

論文式試験問題集
〔商法〕

[商法]

次の【事例】を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

1. 株式会社甲（以下「甲社」という。）は、1990年に設立された、工業用機械の製造販売を業とする株式会社である。甲社の発行済み株式総数は1000株であり、株主はA（700株保有）及びD（300株保有）の2名である。甲社の定款には、甲社の株式を譲渡するには取締役会による承認を得なければならない旨の記載がある。また、甲社は株券発行会社ではない。
2. 甲社の取締役はB、C及びD、監査役はEであり、Bが代表取締役である。BはAの子であり、CはBの妻である。Aはもともと甲社の代表取締役であったが、2019年5月1日、Aが55歳になったときに、経営を息子に引き継ぐことを考え、Dとも相談のうえ、同月、Bを甲社の取締役に選任した。また、Bの妻Cは公認会計士の資格を有していたことから、その会計的手腕に期待して、Bとともに甲社の取締役に選任したのであった。
3. Bが代表取締役になった直後、甲社は、Bが全ての株式を保有する、飲食業を営む株式会社乙（以下「乙社」という。）に1000万円を融資（以下「本件融資」という。）することにした（なお、B、C及びDはいずれも乙社の代表取締役その他の役員ではない。）。当時乙社は一時的に運転資金に窮していたものの、3期連続の黒字であり、経営状況としては必ずしも悪いわけではなかった。また融資利率その他の融資の条件についても適切に設定されており、乙社に特に有利なものであるといった事情はない。当該融資に際しては2019年8月1日に甲社において取締役会が開催されたが、Bと乙社との個人的な関係を疑問視するDはこれに反対したものの、BとCが賛成したことから、本件融資は承認され、同月15日に融資が実行された。
4. 本件融資の話が事後になって聞かされたAは、Bの経営手腕及び経営者の資質について疑問を感じるようになり、自己が保有する甲社株式を売却することを考えるようになった。そして、仲介会社を通じて紹介された丙社に、自己の有する全株式を売却することにした（以下「本件株式譲渡」という。）。
5. Aの妻は既に死亡しており、Aに相続が発生した場合にはBが唯一の相続人となることが想定されていた。ゆくゆくはAから株式を相続し、自身が甲社の株主となるものと考えていたBは、Aから甲社株式の売却の話聞いて、これに反対した。Aは自己の有する甲社株式を売却すべく、2019年9月23日付で甲社に対して株式譲渡の承認を求めたため、甲社は2019年10月1日に取締役会を開催し、本件株式譲渡を承認するか否かが審議された。当該取締役会において、Dは本件株式譲渡に賛成したが、Bは、「丙社に甲社のノウハウを取られてしまう懸念がある」との理由で本件株式譲渡に反対し、CもBに同調し反対に回ったため、本件株式譲渡は不承認となり、同日その旨がAに通知された。
6. 2020年になって、新型コロナウイルスの世界的な感染拡大が懸念されるようになり、同年1月15日、Bはその保有する乙社株式の全てを第三者に売却した。同年4月7日、新型コロナウイルスの蔓延に伴い日本全国に緊急事態宣言が発令され、これにより経営する飲食店の営業自粛に追い込まれた乙社は業績が急速に悪化、同年10月30日にその経営が破綻し、これにより甲社の乙社に対する本件融資は全額回収不能となった。

〔設問 1〕

Aの丙社に対する甲社株式の譲渡の効力について論じなさい。

〔設問 2〕

本件融資が回収不能となったことについて、甲社の監査役であるEはBに対して会社法上の責任を追及することを検討している。Eの立場から考えられる主張及びその当否について論じなさい。

以 上

2023年3月12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 甲社は譲渡制限会社であることから、本件譲渡が有効となるためには、本件譲渡が甲社において承認される必要がある（法 134 条）。
- 2 まず、本件譲渡については、2021 年 10 月 1 日付け取締役会決議により不承認の決議がなされているところ、当該決議にはAの推定相続人であるB及びその妻であるCが参加している。仮にB及びCが当該決議について特別の利害関係を有する者であるということになれば、B及びCは当該決議に参加することができず（369 条 2 項）、両名が参加してなされた当該決議は無効となるものと考えられる。

では、B及びCは法 369 条 2 項にいう「特別の利害関係を有する取締役」に該当するか。ここでいう「特別の利害関係」とは、取締役が会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的な利害関係というものと解されているところ、確かに、BはAの推定相続人であり、ゆくゆくは甲社株式を含めAの財産を承継する立場にあることから、個人的な利害関係があるものと解する余地もある。しかしながら、Aはまだ55歳あるいは56歳という若さであり、相続発生まで甲社株式の保有を継続する蓋然性は必ずしも高いものではないのであって、ABが親子関係にあることは未だ忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的な利害関係を有するとまではいえ

ないものとする。そして、Bが特別利害関係人に該当しない以上は、Cもまた同様であるとする。

従って、当該取締役会にB及びCが参加していることについては、特段法令違反はないものとする。

- 3 もっとも、当該取締役会においては、甲社の普通株式300株を有する、もう一人の甲社株主であるDが本件譲渡に賛成している。このような場合に、法 139 条 1 項の規定にかかわらず、株式会社の承認があったものと解されないかが問題となる。

思うに、株式の譲渡制限の趣旨は、会社にとって好ましくない第三者が株主として経営に関与することにより、譲渡人以外の株主が被る不利益を排除しようとするものである。そうすると、譲渡人以外の株主全員が株式譲渡に賛成している場合には、取締役会の承認の有無にかかわらず、会社の賛成があったものとして扱うべきである。

- 4 従って、譲渡人A以外の甲社株主であるDが本件譲渡に賛成している以上、有効な会社の承認があったものと解すべきであり、本件譲渡は有効であるとする。

第2 設問2について

- 1 Eは、本件融資は、甲社代表取締役Bが全株式を保有する乙社に対して行われたものであるから、法 356 条 1 項 3 号にいう利益相反取引に該当するところ、当該取引について承認を得べき2021年8月1日付け取締役会において、本件融資に特別な利害

関係を有するBが決議に参加したことから、当該取締役会決議は違法であり、かかる違法な決議に基づき本件融資が行われ、これが回収不能となったことから、Bは甲社に対して法423条1項に基づき損害賠償責任を負うと主張するものと考えられる。

2 まず、本件融資は、法356条1項2号又は3号所定の利益相反取引に該当するか。この点、法356条1項2号の「自己又は第三者のために」とは、取締役が自己または第三者の名義で取引を行う場合を指すものであるところ、乙社とBとは別人格であるうえ、Bは乙社の代表取締役でもない以上は、B自身が乙社のために本件融資取引を行ったものと解することはできず、356条1項2号にいう「自己のため」にも「第三者のため」にも該当しない。

もっとも、Bは乙社の全株式を保有しており、剰余金の配当決議を含め、会社法上株主総会の決議事項とされる事項について、Bの意のままに決定することができる立場にある。乙社とBの経済的な利害関係は完全に一致するものであり、それ故乙社への融資は甲社の利益を犠牲にしてBを利する可能性のある取引といえることから、356条1項3号にいう「取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引」に該当するものと解すべきである。

3 従って、甲社による乙社に対する本件融資に際しては、重要事実を開示のうえ、取締役会による承認を得なければならない。また、Bは本件融資の相手方たる乙社の全株式を保有する株主であ

ることから、本件融資について特別の利害関係を有するため、取締役会決議に参加することはできない(369条2項)。

4 然るに、本件融資の承認に係る取締役会においては、Bが決議に参加し、賛成多数により本件融資が承認されているのであるから、当該取締役会決議は違法であり無効である。

5 ここで、Bとしては、本件融資の実行の際は乙社は3期連続の黒字であり、経営状況も決して悪くはなかったことや、乙社の経営が破綻する6か月以上も前の時点で既に乙社の株式を譲渡し株主ではなくなっていたものであるから、乙社の経営破綻により本件融資が回収できなくなったことについては、何ら帰責性がないと反論することが考えられる。

6 しかしながら、そもそも本件融資の承認に係る取締役会においては、Bは決議に参加することは許されないものであって、Bが決議に参加しなかったとすれば、Cが賛成に回ったとしても、Dが反対することにより賛否同数となるのであり、取締役会における承認は得られなかった筋合いである。当該取締役会が会社法に基づき適法になさされていれば本件融資は実行されず、それ故乙社の経営破綻について甲社に損害が出ることもなかった。取締役の法令遵守義務(355条)に鑑みても、Bは会社法423条1項所定の任務懈怠責任を免れない。

7 よって、Eの主張は正当であり、Bは本件融資が回収不能となったことについて会社法上の責任を負う。 以上

商法（2023年3月12日出題） 解説レジュメ

1. 出題趣旨

設問1は、株式譲渡制限が付された比較的小規模な株式会社を想定し、株式譲渡の承認請求がなされた場合に、株主との間で個人的な関係を有する取締役が取締役会で反対した場合の取締役会決議の効力、及び株式譲渡について譲渡人以外の株主が承諾している場合における株式譲渡の効力を問うものである。

設問2は、甲社の代表取締役Bが100%株主となっている乙社に対してなされた本件融資が利益相反取引に該当することを前提に、当該融資が新型コロナウイルスの感染拡大という事由で回収不能となったことにより、Bがどのような責任を負うかを問うものである。

譲渡承認請求（法136条以下）、取締役会における特別利害関係人（法369条2項）、利益相反取引（法356条2号・3号）といずれも予備試験において繰り返し問われている論点だが、設問1においては、取締役会で賛成が得られなかったものの株主が承諾しているケースにおいて譲渡の効力をどう考えるべきか、矛盾のない論述が求められるし、設問2においては、利益相反取引といっても法356条2号と3号どちらに該当すると解するかによって、任務懈怠の有無についての論述が変わってくる（2号所定の取締役の自己取引であると論ずる場合には、法428条1項により不可抗力を抗弁にできなくなる）という点にひねりが加わっている。

2. 設問1

(1) 設問の検討

問われているのは、「甲社株式の譲渡の効力」である。設問に答えるという意味では、まずは株式譲渡が有効となるための要件から検討することになるが、譲渡制限会社における株式譲渡の有効要件は、①株式譲渡契約が有効であること、②株式譲渡について有効な株式会社の承認があること、の2つであるが¹、本問では②のみを問題とすべきことは明らかであるため、書き出しは、「本件譲渡が有効となるためには、本件譲渡が甲社において有効に承認される必要がある」といった形で始めるのがよい。ただし、②については、譲渡承認請求から2週間以内に承認ないし不承認の通知をしない場合に会社が承認したものとみなされる規定があり（法145条1号）、これを使う場合には、書き出しは「本件譲渡が有効となるためには、本件譲渡が甲社において有効に承認されるか、有効な承認又は不承認通知がないまま2週間経過する必要がある」となるであろう。このように、論述問題の書き出しは、論述する内容次第で変わってくるものであるため、書き出す前には十分な答案構成が求められるのである。

(2) 取締役会決議における「特別な利害関係」

取締役会の決議は、原則として議決に加わることができる取締役の過半数を以て行い、当該決議について「特別の利害関係を有する取締役」は議決に加わることができない（法369条1項、2項）。「特別の利害関係」を有する取締役の例として、譲渡制限株式の譲渡制限において、譲渡人又は譲受人が取締役である場合や、競業取引・利益相反取引における相手方たる取締役の場合が挙げられる。

本問におけるBは、表向きは「丙社に甲社のノウハウを取られてしまう懸念がある」との理由で本件株式譲渡に反対し、Cもこれに同調しているが、BはAの唯一の推定相続人という立場にあり、CはBの妻という立場であり、これらの立場が法369条2項にいう「特別の利害関係」といえ

¹ 株券発行会社の場合、株券の交付があることも株式譲渡の効力発生要件となるが、本問では該当しない。

るか、が問題となる。

法 369 条 2 項の趣旨は、取締役が会社のために忠実に職務を執行する義務を負うこと（会社法 355 条）の表れとされており、それ故「特別の利害関係」とは、取締役が会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められるような個人的な利害関係をいうとされる。

かかる観点から、B の立場について検討する。確かに、このまま A が株主であり、相続が発生した場合には、B は A を相続することにより甲社株式を取得できる筋合いではある。とはいえ、A はまだ 55 歳という若さであり、我が国の平均寿命に鑑みても、相続が近い将来、少なくとも B の取締役の任期満了までの間に相続が発生する蓋然性は必ずしも高くないし、場合によっては A が B 以外の者に包括遺贈すること等により、B に甲社株式が相続されない事態も想定できる。また、B が A の推定相続人であることをあまりに強調すると、例えば自益権が問題となる取締役会決議について B は常に特別利害関係人であるということになり、この種の小規模閉鎖会社においては取締役会の機能不全を起こすことにはならないか、という点も気になるところである（例えば剰余金配当議案や、募集株式や新株予約権を全ての株主に発行することはどうであろうか。）。

いずれにせよ、ここは特に判例があるところではないので、法 369 条 2 項の趣旨に立ち返り、説得力のある論述ができていれば結論はどちらでも構わない。

(3) 違法な取締役会決議の効力

取締役会の招集手続や決議の方法が違法である場合、当該取締役会においてなされた決議の効力については、株主総会決議のような特別の訴えの制度（法 830 条、831 条）を用意していないので、一般原則により決議は無効となるものと考えられている²。

ただし、本件においては、本件株式譲渡を承認しない決議が無効となった場合でも、本件株式譲渡を承認する取締役会決議が成立するわけではないため、直ちに本件株式譲渡が有効となるわけではない。ここで、本件株式譲渡を有効と解する見解に立つ場合には、どのような理屈でこれが有効となるのかは別途検討が必要となる。考えられる法律構成としては、①違法な取締役会決議に基づき承認・不承認の通知（法 139 条 2 項）がなされたとしても、当該通知も違法無効と評価されるべきであり、それ故法 145 条 1 号に基づき譲渡承認請求から 2 週間を経過することを以て承認されたものとみなされる、というものと、②後述(4)の法律構成、の 2 つが考えられる。

(4) 株主全員の承諾と株式譲渡の効力

本件においても一つ検討しなければならないのは、もう一人の株主である D が取締役会において賛成しているという点である。

譲渡制限株式の制度趣旨は、専ら会社にとって好ましくない者が株主となることを防止し、もって譲渡人以外の株主の利益を保護することにあると解され、1 人会社の株主がその保有する株式を他に譲渡した場合は、取締役会の承認がなくとも、会社に対する関係において株式譲渡は有効になるとされている³。また、有限会社の事案であるが、株式譲渡について、譲渡人以外の社員全員の同意がある場合も、当該株式譲渡は社員総会の承認がなくとも有効となると解するのが判例である⁴

かかる最高裁の判例に照らすと、取締役会の席上とはいえ本件株式譲渡について、他の株主である D が賛成している以上は、取締役会における決議の結果にかかわらず、本件株式譲渡の

² 神田秀樹『会社法』（第 19 版）220 頁

³ 最判平成 5 年 3 月 30 日 民集 47 卷 4 号 3439 頁

⁴ 最判平成 9 年 3 月 27 日 民集 51 卷 3 号 1628 頁

効力を認めることもできるのではないかと考えられる（ただし、取締役としての賛否の表明は株主としての賛否とは異なるので、取締役会における賛成の意思表示は株主の承諾とみなすべきではないとの見解もあり得るように思われ、説得的でさえあれば論述としては問題ない。）。

3 設問2

(1) 設問の検討

問われているのは、監査役である E が B に対して会社法上の責任を追及する場合に考えられる主張及びその当否である。このタイプの設問に対しては、「E としては・・・であることを理由に、法・・・条に基づき、B に対して・・・の責任を追及することが考えられる。」という形になると思われる。乙社の株主が B であることから、本件取引が利益相反取引に該当することとならないか、との点が検討の端緒となる。

(2) 利益相反取引

本件では甲乙間において本件融資取引が行われていたものであるところ、甲社の代表取締役である B は乙社の 100% 株主である。

かかる取引は、法 356 条 1 項 2 号の「取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき」、あるいは同項 3 号の「株式会社が取締役の債務を保証することその他取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引をしようとするとき」に該当し、当該取締役は重要事実を開示したうえで、取締役会の承認を得なければならないのではないかが問題となる（356 条 1 項、365 条 1 項）。答案構成上注意しなければならないのは、同項 2 号と 3 号どちらの利益相反取引に該当すると認定するかによって、任務懈怠について論じる内容が大きく変わる可能性があるということである。すなわち、本件融資について、法 356 条 1 項 2 号の「取締役が自己・・・のために株式会社と取引をしようとするとき」に該当すると論述する場合には、法 428 条 1 項により、取締役は自己の責めに帰することができない事由によるものであることを以て免れることはできないとされているため、たとえ本件融資の回収不能が、B が乙社株式を譲渡した後に生じた感染症拡大にあったというようなことを主張しても、主張自体失当となるのである。

そこでまず、「取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき」に該当するか否かを検討すべきことになるが、例えば乙社について法人格否認の法理が適用されるのであれば、乙社とその 100% 株主は同一人格であると認定されることになると思われる。法人格としては同一でなくとも、B が乙社の経営を完全に掌握していること等を理由に、実質的に同一視すべき、とする見解も検討に値する。もっとも、法 356 条 1 項 2 号における「ために」とは「自己または第三者の名義で」行為を行った場合を指すのであり、それ以外の実質的な利害関係の有無については 3 号にいう間接取引該当性を論ずべきという見解もあり得るところである。この点については平成 15 年の商法第 1 問でも同様の出題がされているので、検討してみるとよい。

(3) 任務懈怠の内容

本件融資が法 356 条 1 項 2 号にいう自己取引に該当すると論じた場合には、その後の任務懈怠については簡単に論じればよいことになるだろうが、法 356 条 1 項 3 号の間接取引として論じた場合には、具体的に何を以て任務懈怠というのかを次に論じる必要がある（法 423 条 3 項において、利益相反取引を決定し、あるいは賛成した取締役は任務懈怠が推定されるが、あくまでも推定にすぎない以上は、結局任務懈怠の内容についてはしっかりと論ずる必要がある。）。

本件においては、融資実行時には 3 期連続の黒字であったことや、乙社の経営破綻時には既

に B は乙社株式を手放しており、また乙社の経営破綻は感染症拡大に伴う緊急事態宣言発令のためであり、B のコントロールの及ばないものであったのではないか、といった、B の責任を否定するような事情に多く言及されている。もっとも、本件融資の承認のための取締役会において、B は決議に参加し、賛成票を投じているという事情がある。設問 1 の場合と異なり、本件融資について利益相反取引であると論じた場合には、B はまさにその当事者であるから、法 369 条 2 項にいう特別利害関係があることは明らかであり、B が決議に参加していなければ、本件融資は承認されず (C が賛成しても D の反対により可否同数となり、過半数の賛成は得られない)、それ故本件融資が実行されることもなかったのではないか。そうだとすると、その点において B には任務懈怠 (法令違反) があり、これを理由として B の会社法上の責任を認めるという見解もあり得よう。ちなみに、実務の肌感覚としては、やはり新型コロナウイルス感染症の拡大以降の訴訟ないし紛争事案においては、これが不可抗力事由として主張する事案は多いように思う。私が受任している訴訟・交渉事件においても、これを不可抗力として主張する事案もあれば、主張されている事案もあり、今後の裁判所の判断が待たれるところである。

任務懈怠の内容については、上記のとおり法 356 条 1 項 2 号と 3 号どちらの利益相反取引に該当すると考えるかによって論述の方向性は変わってくると思われ、どちらの見解であっても矛盾なく論ずることができていれば問題はない。

ちなみに、参考答案是、B の妻である C についての特別利害関係は論じていないが、これを論じ出すと相当程度紙幅と検討時間を使うことになるうえ、B について論じられれば取締役会の効力については結論が出る (可否同数では可決できないため) ことから、あえて論じていないものである。これについて論じている答案があれば加点事由にはなり得るであろう。

4 参考文献・参考判例

脚注及び本文記載のもの

以 上

2023 年 3 月 12 日

担当：弁護士 氏森政利