

論文式試験問題集  
[商法]

## 事前特別強化ゼミ 「商法」 課題

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. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、農産物加工品の通信販売を業とする取締役会設置会社であり、監査役設置会社である。甲社は種類株式発行会社ではなく、甲社の定款には、譲渡による株式の取得について取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式の総数は5000株であり、そのうち、Aが2000株を、Bが400株を、Cが1000株を、Dが1600株をそれぞれ保有している。

甲社の取締役はA、B及びEの3名であり、Aが代表取締役である。また、監査役にはFが就任している。Dは、かつて甲社の取締役であったが、数年前に甲社の経営方針をめぐってAと対立し、その際、CがAの側についていたことから、甲社の取締役に再任されず、その後も取締役に選任されることはなかった。AとDの対立は現在まで続いている。

2. 甲社は、かねてより商品を保管する倉庫を建設するための用地を探していたところ、Cが保有している土地（以下「本件土地」という。）が倉庫建設に適していることが判明した。AはCとの間で、本件土地の売買交渉を進め、もう少しで契約が成立するというところまでこぎつけた。

ところが、不動産業者から倉庫建設に適した別の土地の情報がもたらされた。その情報を受け、甲社の取締役会において審議したところ、本件土地に倉庫を建設するより不動産業者から提案された土地に倉庫を建設した方が円滑に商品を出荷することが可能となることから、本件土地の買取りを見送るとの結論に達した。

3. 上記のような取締役会での決定を受け、AがCのもとに赴き、本件土地を買い取ることができなくなったことを説明したところ、Cは納得しなかった。AはCの説得を続けたが、Cは聞き入れず、ついに本件土地の買取りができないなら今後の対応についてDに相談すると言い出した。CとDが協調して行動することを恐れたAは、本件土地の買取りを再検討する旨をCに告げてCのもとを去った。

4. 甲社の取締役会では、Aからの報告を受け、Cから本件土地を買い取ることとし、さらに、準備されていた本件土地に関する資料をもとに買取価格を検討し、2億円で本件土地を買い取ることがA、B及びEの賛成によって決定した（以下「本件取締役会決議」という。）。本件土地に関する資料によれば、本件土地の適正価格は2億円であった。

5. Aが、すぐさまCに甲社の本件取締役会決議の内容を知らせてCと再度交渉したところ、Cは本件土地を2億円で売却することを承諾し、本件土地の売買契約が成立した（以下「本件取引」という。）。

6. この頃、甲社の完全子会社である乙株式会社（以下「乙社」という。）の取締役が任期中に死亡したため、乙社の取締役に欠員が生じた。乙社の代表取締役を兼任するAは、Fを乙社の取締役にすることとし、乙社においてFを取締役に選任する手続を採るとともに、Fに対して乙社の取締役に就任するよう要請した。それを受け、FはAに乙社の取締役に就任すると返答した。

7. 本件取引のことを聞きつけたDは、本件土地より倉庫に適した土地があったにもかかわらず本件取引をしたことは、Cが甲社の株主であるために特別に優遇したものであり、不適切であると考え、友人の弁護士に対し、A、B及びE並びにC（以下「Aら」という。）が、本件取引に関して甲社に対して何らかの責任を負わないか検討してほしいと依頼した。

8. 弁護士のアドバイスを受けたDは、Aらに対して責任追及等の訴えを提起することとし、Fに対して、甲社としてAらに対して訴訟を提起するよう請求した（以下「本件提訴請求」という。）。

本件提訴請求から60日以内に甲社がAらに対して訴訟を提起しなかったことから、Dは、甲社のためにAらに対する責任追及等の訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

〔設問1〕

本件訴えにおいて、Dの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

〔設問2〕

本件訴えの被告であるAらは、本件提訴請求は適法とはいえ、本件訴えは違法であると主張している。本件訴えは適法か、Aらの主張を踏まえて論じなさい。

（令和4年 予備試験「商法」より出題）

# 参考答案

[事前特別強化ゼミ・商法]

## 設問 1

### 第1 考えられる主張

Dは、甲社がCとの間で本件取引をしたのは、CがAに不利益な株主権行使をしないためであるから、本件取引は「株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与」（会社法（以下略）120条1項）をしたものであるとして、A、B及びEは同条4項本文に基づき、Cは同条3項前段に基づき、甲社に対して2億円の支払義務を負うと主張することが考えられる。

### 第2 当否

1 「株主の権利の行使に関し」とは、株主の権利行使又は不行使に影響を与えることをいい、本件では、Aは、CがDと協調してAを取締役から解任する等（309条1項、339条1項等）Aに不利益な株主権行使をしないために本件取引を行っているため、この要件を満たす。

2(1) 次に、本件取引は、甲社が2億円という適正価格でCから本件土地を購入するものだが、適正価格であっても「利益の供与」にあたるか。

120条の趣旨は、株主権行使を経営陣が操作する目的で会社財産が浪費されるのを防ぐ点にある。上記趣旨からすると、適正価格の売買であっても、上記の目的によって会社の財産が流出している場合には、「利益の供与」にあたる。

(2) 本件では、本件土地より円滑に商品を出荷できる土地があるにもか

かわらず、甲社代表取締役であるAが、Cの株主権行使を操作するために2億円という財産を甲社から支出しているから、上記目的によって会社財産が流出しているといえ「利益の供与」にあたる。

(3) したがって、本件取引は120条1項違反にあたる。

3(1) Aは、本件取締役会決議に賛成し、甲社を代表してCと本件取引をしており「当該利益の供与をすることに関与した取締役」（120条4項本文、会社法施行規則（以下「規則」という。）21条1号、同2号イ）であるから、同項本文により、B、E及びCと連帯して、甲社に対して2億円を支払う義務を負う。

なお、Aは本件取引を主導した上、甲社を代表してCと本件取引をしているから「当該利益の供与をした取締役」（120条4項ただし書かつこ書）にあたり、無過失責任を負う。

(2) B及びEも、本件取締役会決議に賛成した取締役であるから「当該利益の供与をすることに関与した取締役」（120条4項本文、規則21条2号イ）である。

また、B及びEは、甲社取締役会において、別の土地に倉庫を建設した方が円滑に商品を出荷することが可能になることから、一旦は本件土地の買取りを見送るという結論に達したにも関わらず、Aからの報告を受けて漫然と本件取締役会決議に賛成しているから、職務を行うにあたり必要な注意を怠ったといえ、無過失免責（120条4項ただし書）は認められない。

したがって、B及びEは、同項本文により、A及びCと連帯して甲

<p>社に2億円を支払う義務を負う。</p> <p>(3) Cは、本件取引により2億円を受け取っているから「利益の供与を受けた者」(120条3項前段)にあたり、同項前段に基づき、甲社に2億円を返還する義務を負う。なお、Cは本件取引によって甲社に本件土地を給付しているから、本件土地の返還を受けることができる(同項後段)。</p> <p>4 以上より、Aらは甲社に対して連帯して2億円を支払わなければならない、Dの主張は認められる。</p> <p><b>設問2</b></p> <p>第1 A、B及びEに対する訴え</p> <p>1 本件訴えは株主代表訴訟(847条3項)であり、提訴請求を必要とする(同条1項)。このうち、甲社取締役であるA、B及びEに対する訴えは、株式会社と取締役間の訴訟として監査役が代表権者になるから(386条1項1号)、提訴請求は監査役に対して行う。</p> <p>Fは甲社の監査役ではあるものの、完全子会社である乙社の取締役を兼任しているため、兼任禁止(335条2項)に違反している。そこで、Aらは、Fは兼任禁止により甲社監査役を辞任したものと解されるから、Fに対する提訴請求は適法な提訴請求ではないと主張することが考えられる。</p> <p>2 しかし、監査役が兼任禁止に違反しても、直ちに監査役の地位を失うわけではないと解する。なぜなら、会社法には、監査役が兼任禁止に違反した場合に監査役の地位を失う旨までは規定されていないし、</p>	<p>このような監査役の地位を無効にすると、法的安定性を害するからである。</p> <p>3 本件では、Fは甲社の子会社乙社の取締役を兼任することにより、335条2項に違反する状態となるが、上記のとおり、Fは監査役の地位を失わないため、Fに対してなされた提訴請求は有効である。</p> <p>したがって、A、B及びEに対する部分の提訴請求は適法であり、本件訴えのうちA、B及びEに関する部分は適法である。</p> <p>第2 Cに対する訴え</p> <p>1 Cは甲社取締役ではないから、Cに対する訴えは、甲社代表取締役であるAが提訴権限を有する(349条4項)。そこで、Aらは、Dは提訴請求をAにすべきであるところ、Fにしている点で適法でないと主張することが考えられる。</p> <p>2 提訴請求の趣旨は、株式会社の代表者に対し、責任追及の訴えを提起するか否かを判断する機会を与える点にある。そこで、提訴請求先が提訴権限のない者であっても、代表者において提訴請求書の記載内容を正確に理解した上で訴訟提起すべきか否かを判断する機会があったといえるときには、適法な提訴請求と同視できると解する。</p> <p>3 本件では、AがF宛の提訴請求の内容を正確に理解したといえる事情はないから、Cに対する部分の提訴請求は適法なものとはいえない。</p> <p>したがって、Cに対する訴えは違法である。</p> <p style="text-align: right;">以上(2202字)</p>
---	---

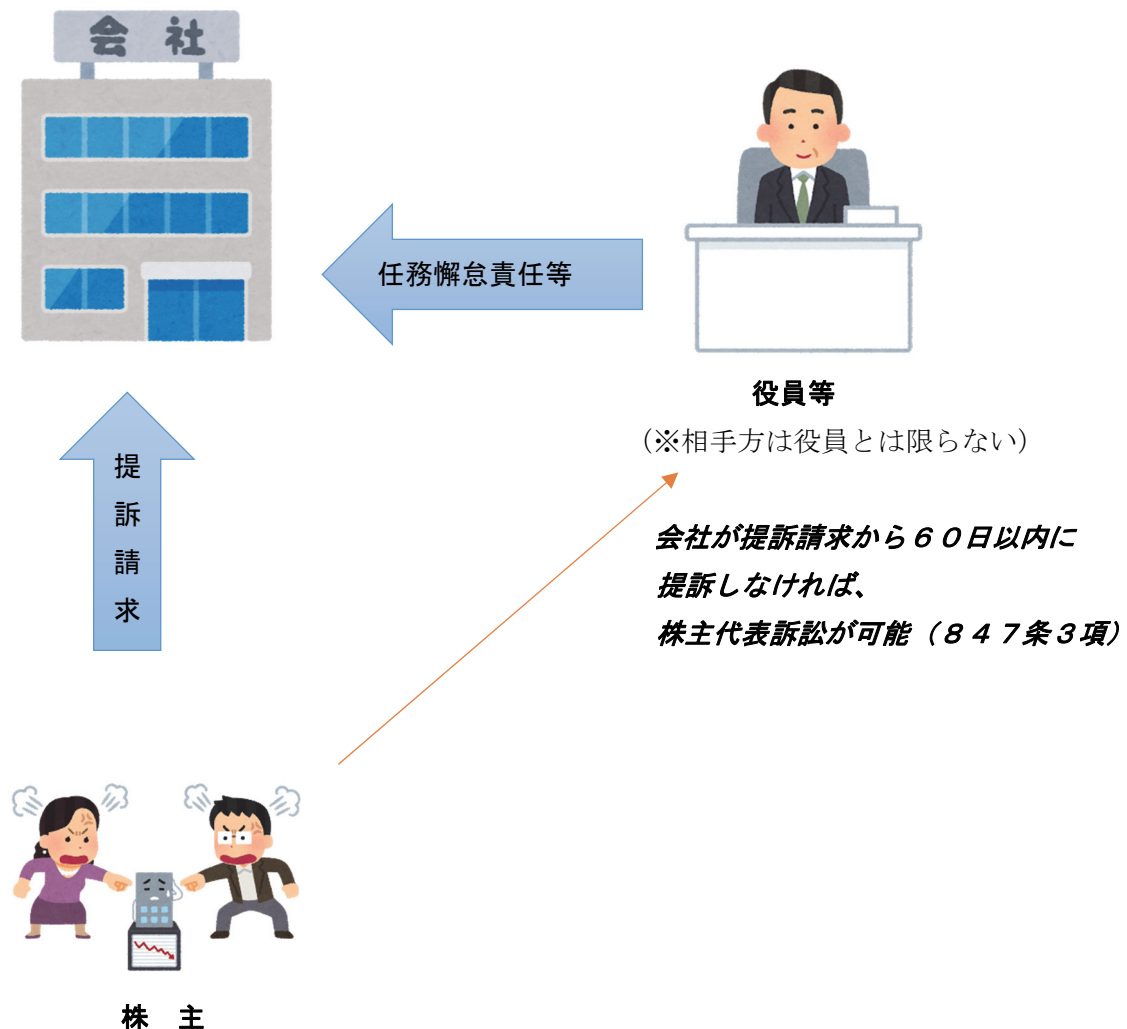
# 事前特別強化ゼミ「商法」解説レジュメ

司法修習生 瀬戸 悠未

## 第1 出題の趣旨

本問は令和4年予備試験商法の問題であり、設問1では株主権行使に関する利益の供与（会社法（以下略）120条）、設問2は株主代表訴訟の提訴請求先について問う問題である。いずれも、会社法の条文を知っていれば解きやすい問題ではあるが、株主代表訴訟の仕組みを理解するのに有用な問題であるため出題した。

## 第2 株主代表訴訟



役員等が株式会社に対し、任務懈怠責任（423条1項）その他の責任を負う場合、その責任は、会社自身が追及することが原則である。しかし、責任追及の判断を会社のみ

任せると、役員間の同僚意識が働いて本来追及されるべき責任が追及されないおそれがある。そこで、会社法は、株主が会社に代わって役員等の責任その他一定の会社関係者の責任を追及する訴訟を提起することを認めている（847条以下）。これを株主による責任追及等の訴えまたは株主代表訴訟という。

提訴適格：原則として、6か月前から引き続き株式を有する株主（847条1項）

非公開会社では、6か月要件は不要（同2項）

代表訴訟の対象：役員等の会社に対する責任（423条1項、120条4項等）、利益供与の受益者の責任（120条3項）、不公正な払込金額で株式、新株予約権を引き受けた者の責任（212条1項、285条1項）、出資の履行が仮装された場合の引受人の責任（102条の2第1項等）（847条1項）

「責任」の範囲：任務懈怠（423条1項）を始めとする会社法上の責任のほか、取締役が株式会社との間の取引により負った債務も含まれる（最判平成21・3・10）

順序：提訴請求（847条1項）→60日以内に会社が提訴しない場合→株主代表訴訟の提起（847条3項）

判決の効果：株主代表訴訟で株主が勝訴した場合、賠償金は株主ではなく会社に支払われる。代表訴訟の確定判決の効力は、勝訴・敗訴を問わず会社にも及ぶ（民訴法115条1項2号）。

### 第3 本問の解説

#### 1 総論

本問では、甲社の株主Dが取締役（A、B、E）と株主（C）に対して責任追及しようとしている。これが株主代表訴訟であることは、問題文8の「責任追及等の訴え」という文言や、Dが訴訟に先立ち提訴請求をしている点から容易に理解できたと思われる。

設問1では、株主代表訴訟におけるDの主張及びその当否について問われているが、問題文7の「本件取引をしたことは、Cが甲社の株主であるために特別に優遇したものであり」という点から、株主の権利行使に関する利益供与（120条）を思いつけるかどうかポイントであった。120条に気づけた場合、取締役（A、B、E）に対しては同条4項、利益供与を受けた者（C）に対しては同条3項に基づきダイレクトに責任追及できる。

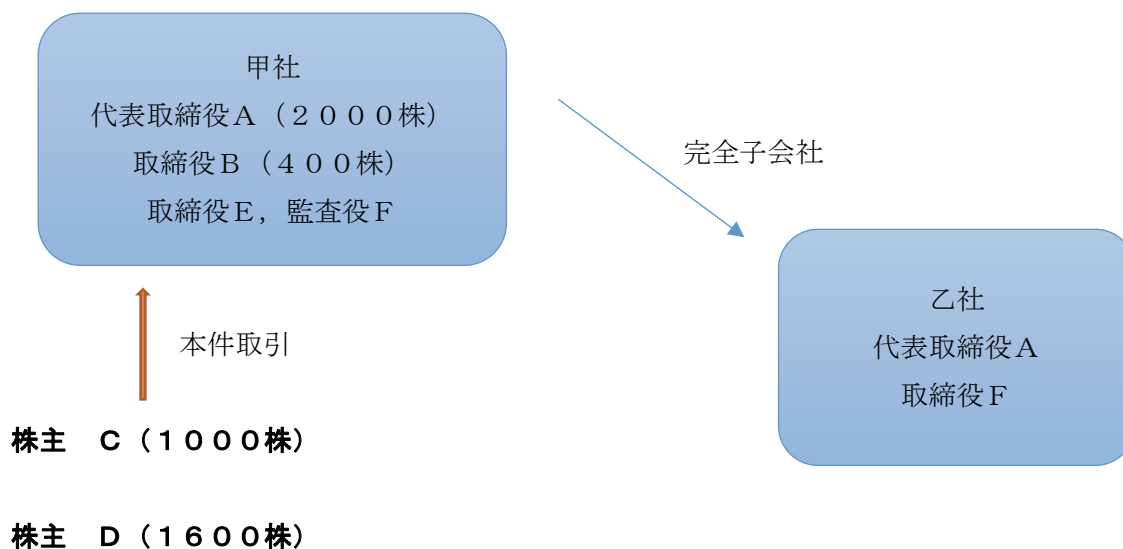
A、B、Eに対しては、120条を検討した後に423条1項の責任についても検討することが考えられるが、損害の構成が難しく、書きにくい参考答案では120条の主張にとどめた。

設問2では、「本件提訴請求は適法とはいえず、本件訴えは違法である」というA



らの主張の意図を組み取る必要がある。Aらの「本件訴えは違法である」という主張は、本件訴えは訴訟要件を満たしていないから、中身の審理に入らず訴えを却下してほしいという意味であり、ここから、335条2項等にたどり着いたかがポイントとなる。

【関係図】



2 設問1

(1) 利益供与の禁止 (120条1項)

趣旨：株主権行使を経営陣に都合の良いように操作する目的で会社財産が浪費されることを防止し、会社経営の公正性・健全性を確保する

利益供与の例：会社が株主に対し、株主総会で会社（取締役会）提案の議案に賛成するように依頼し、その見返りとして金銭を供与すること

要件

「何人に対しても」：株主に限らない

「株主の権利の行使に関し」：株主の権利行使または不行使に関すること

「財産上の利益の供与」：会社が相当な対価を得てした利益供与であっても、株主の権利行使に関して供与したと認められる限り、利益供与にあたる。

(2) 120条1項違反の効果

ア 利益供与を受けた者（本問のC）

当該利益を株式会社又はその子会社に返還しなければならない（無過失責

任)。利益を受けるのと引き換えに給付したものがあるときは、その返還を受けることができる。(120条3項)

イ 当該利益の供与をすることに関与した取締役(本問のA、B、E)

株式会社に対して、連帯して、供与した利益の価額に相当する額を支払う義務を負う(120条4項本文)。

※当該利益の供与をすることに関与した取締役の範囲は、会社法施行規則21条各号に規定されている。

本問のA：本件取引を行うことを決定した取締役会決議に賛成するとともに、甲社を代表して本件取引を行ったため、規則21条1号及び同2号イに該当する。また、AはCがDと協調して行動することを恐れて本件取引をすることを企て、実際に甲社を代表して本件取引を行った張本人であり、「当該利益を供与した取締役」(120条4項ただし書かっ書)にあたる。

→ Aは無過失責任を負う。

本問のB、E：本件取引を行うことを決定した取締役会決議に賛成した取締役であり、規則21条2号イに該当する。

→ もっとも、問題文からすると、B及びEは、Aが本件土地をCから買い取るに至った経緯(問題文3)を知らない可能性があるから、無過失免責(120条4項ただし書)が認められないかを検討する。

→ 本問では、より商品の円滑な出荷が可能な土地が存在し、一旦は取締役会で本件土地の買取りを見送るという結論に達したにもかかわらず(問題文2)B及びEは漫然と本件取締役会決議に賛成したから「その職務を行うについて注意を怠らなかった」とはいえず、無過失免責は認められない。

### 3 設問2

株主は、株主代表訴訟に先立ち、株式会社に対し、提訴請求を行う必要がある(847条1項)。提訴請求は、提訴権限のある者に行わなければならないから、会社の代表者に対して行う。

【株式会社の代表者】

原則：代表取締役(349条4項)

例外：監査役設置会社と取締役と間の訴えにおいては、監査役(386条1項1号)

→本件訴えについて、Cに関する部分については、甲社代表取締役であるAに提訴請求(349条4項)

→本件では、監査役Fに提訴請求しているから、提訴請求先を誤っており違法(後記(1)へ)

→A、B、Eに関する部分については、監査役Fに提訴請求（386条1項1号）

➡適法となるのが原則（後記(2)へ）

(1) 提訴請求先を誤ったら一律違法か

農業協同組合の理事に対する代表訴訟を提起しようとする組合員が、農業協同組合の代表者として監事ではなく代表理事を記載した提訴請求書を農業協同組合に対して送付した場合であっても、監事において、右請求書の記載内容を正確に認識した上で当該理事に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときには、代表者として監事が記載された適式な提訴請求書があらかじめ農業協同組合に送付されていたのと同視することができる。（最判平成21・3・31）

→本件では、Aに、Cに対して訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるかどうかの問題となるが、そのような事情は問題文に表れていないため、原則どおり違法となると考えられる。

(2) 監査役Fに提訴請求した場合の問題点

Fは甲社の子会社である乙社の取締役を兼任しているが（問題文6）、監査役が子会社の取締役を兼任することは禁止されている（335条2項）。そこで、乙社の取締役に就任したことが、Fの甲社監査役の地位に影響を与えるか。

→ 兼任禁止にふれる者が監査役に選任される場合には、従前の地位を辞して監査役に就任したと解され、同人が事実上従前の地位を辞さなかったとしても、監査役の任務懈怠の原因となるにすぎず、選任決議の効力に影響を及ぼさない（最判平成元・9・19）。

→ 監査役が後発的に兼任禁止にふれる地位に就いたときには、監査は無効と解する見解が有力

➡ 本件で上記の説を採った場合、Fは甲社の監査役の地位を辞したと解されるから、提訴請求が適法ではなくなってしまう。しかし、Fが適法な監査役か否かについては、ただの株主にすぎないDが確認することは困難。そこで、何らかの理屈をつけて適法な方向に持っていきたい。

【参考文献】

- ・田中亘「会社法 [第3版]」（東京大学出版会 2021年）
- ・「会社法判例百選 [第3版]」（有斐閣 2016年）
- ・江頭憲治郎「株式会社法 [第7版]」（有斐閣 2017年）

## 最優秀答案

回答者 : S. I.

事前特別強化ゼミ 商法 答案

第1 小問1について

1. まず、Dは本件訴えにおいて、本件取引が利益供与（会社法120条1項、以下法令名省略する。）にあたり、「利益の供与を受けた者」であるCは甲社に対して2億円の返還義務を負い（同条3項前段）、「利益の供与をすることに関与した取締役」であるA、B、及びEは連帯して「供与した利益の価額に相当する額」である2億円の支払い義務を負う（同条4項前段）と主張することが考えられる。

2. そこで、本件取引が利益供与にあたるかについて以下検討する。

(1) まず、「財産上の利益の供与」があったといえるか。

ア 120条の趣旨は会社財産の浪費を防止し、もって企業経営の健全性を確保することにある。このような趣旨からすると、会社が相当な対価を得て取引が行われた場合でも、会社にとって合理性がないと判断される場合には「財産上の利益の供与」にあたと解する。

イ これを本件についてみると、本件取引は本件土地が甲社の倉庫建設に適しているという事情のもと、適正価格である2億円で取引が行われているから、利益供与にはあたらないとも思える。

しかしながら、本件取引の裏には、本件土地よりも円滑に商品を出荷することが可能な別の土地の情報が不動産業者からもたらされ、一度は本件土地の買取りを見送ったという背景がある。

そうすると、本件土地よりも円滑に商品を出荷することが可能な別の土地を買い取るという選択肢があったにもかかわらず、土地を売却したいCの要望を聞き入れて本件土地を買い取ることは甲社にとって合理性があるとはいえない。

ウ したがって、「財産上の利益の供与」があったといえる。

(2) 次に、本件取引は「株主の権利の行使に関し」行われたものといえるか。

ア 前述の趣旨からすると、「株主の権利の行使に関し」とは、株主の権利の行使又は不行使に影響を与えることであると解する。

イ これを本件についてみると、AはDと経営方針をめぐって対立しており、AはCとDが協調して行動することを恐れてCの言い分を取締役に報告し、A、B、及びEの賛成によって本件土地を買い取ることが決定されている。

このことは、甲社の株式を1000株保有するCが1600株を保有するDの側につくと、発行済株式総数5000株の過半数を超えて経営方針の主導権を握られてしまうため、CがDの側につくのを防ぎ、現経営陣の意思に沿う権利行使を求めて本件取引を行ったといえ、株主の権利の行使又は不行使に影響を与えることと評価できる。

コメントの追加 [y1]: Dの主張を端的に指摘できています。

コメントの追加 [y2]: 120条の趣旨OKです。

コメントの追加 [y3]: 本件の事情を上手く評価できており、好印象です。

コメントの追加 [y4]: その通りです。

コメントの追加 [y5]: その通りです。本問の事情をよく理解できています。

ウ したがって、本件取引は「株主の権利の行使に関し」行われたものといえる。

3 よって、本件取引は利益供与にあたり、Dの上記主張は認められる。

4 次に、Dは、A、B、及びEに任務懈怠が認められ、甲社に対し損害賠償責任を負う（423条1項）と主張することが考えられる。

5 そこで、A、B、及びEが423条1項に基づく責任を負うかにつき、以下検討する。

(1) 本件では甲社の「取締役」であるA、B、及びEがCに対して利益供与（120条1項）を行っており、法令違反があるため「任務を怠った」といえる。

(2) では、甲社に「損害」が生じたといえるか。たしかに、本件で甲社は本件土地を適正価格の2億円で買い取っているから、損害はないとも思える。しかしながら、より円滑に商品を出荷することができる別の土地を買い取って倉庫を建設していれば、会社の運営コストを削減できたといえるから、運営コストのかかる本件土地を買い取ったことで甲社に「損害」が生じているといえる。また、法令違反行為と損害の間に因果関係も認められる。

(3) したがって、A、B、及びEは423条1項に基づく責任を負う。

6 よって、上記Dの主張は認められる。

## 第2 小問2について

1 Aらは、本件提訴請求は847条1項に基づくものであり、取締役の責任追及の訴えの場合に会社を代表するものは監査役である（386条2項1号）ところ、Fは甲社の監査役としての地位を喪失しているから、Fに対して行われた本件提訴請求は不適法であると主張することが考えられる。

2 上記の主張をふまえて、本件提訴請求が適法か、以下検討する。

(1) まず、本件でFは、Aに対して甲社の完全子会社である乙社の取締役に就任すると返答している。監査役は子会社の執行役を兼任することができない（335条2項）から、Fは甲社の監査役の地位を喪失しており、本件提訴請求は不適法であるとも思える。

(2) しかしながら、Fが乙社の取締役に就任し、甲社の監査役の地位を喪失したと考えると甲社の監査役が欠員となるところ、346条1項は欠員が出た場合には新たな役員が就任するまで監査役としての権利義務を有する旨規定しているため、Fははまだ甲社の監査役としての権利義務を有するといえる。

また、兼任を禁止する335条2項の規定の趣旨は、不公正な監査が行われることを防ぐことにありと解されるところ、本件提訴請求においてFに監査役としての権利義務を認めても上記の趣旨には抵触しないと考える。

(3) したがって、DのFに対する本件提訴請求は適法である。

3 よって、本件訴えは適法である。

以上

コメントの追加 [y6]: その通りなのですが、取締役A、B、Eがどのように利益供与に関与したか（120条4項前段関係）についてももう少し詳しく記載できるとより良かったです。

コメントの追加 [y7]: 423条1項についても簡潔に触れられていて良いです。

コメントの追加 [y8]: 「Aら」には、取締役ではないCも含まれることに注意しましょう。

コメントの追加 [y9]: 386条1項1号です。

コメントの追加 [y10]: そのとおりです。Aらの主張をよく理解できています。

コメントの追加 [y11]: 監査役権利義務者の規定をよく理解しています。

コメントの追加 [y12]: Fを監査役権利義務者にした場合の不都合性（法に違反する状態になった者を権利義務者にして本当に良いのか）に対しても手当てしており、とても良いです。

コメントの追加 [y13]: 答案作成おつかれさまでした。よくできていました。条文理解、解釈、あてはめ、形式面いづれも申し分ありません。

設問2については、取締役でないCも被告となっている点に言及し、Cに対する部分の提訴請求がF宛で本当に良かったのかを検討する必要がありますので、この部分は復習しておきましょう。