

論文式試験問題集
[商法]

[商 法]

以下の文章を読んで〔設問1〕から〔設問4〕までの各問に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は工作機械の部品の製造及び販売を業とする株式会社、である。同社は、工作機械の製造及び販売を業とする乙株式会社（以下「乙社」という。）の子会社である。
2. 乙社は、Aが友人であるBとともに設立した会社であり、その株主は、A及びBの2人のみである。また、同社の取締役には、A及びBのほか、Aの妻であるCが就任し、代表取締役には、A及びBが選定されていた。乙社は取締役会設置会社であるが、従来、取締役会は開催されておらず、AとBとの相談で業務執行の決定を行っていた。
3. 甲社は、令和元年に、東京証券取引所（グロース）への上場を果たしたが、後記9.の株式交換の前までは、同社の株式を乙社30%、A及びBが10%、Dが5%保有していた。甲社の取締役はA、B及びDであり、Aが代表取締役に選定されていた。
4. 甲社および乙社の取締役会の決議を経ることなく、令和5年1月、Aが甲社を代表して丙銀行との間で30億円の金銭消費貸借契約を締結するとともに、Bが乙社を代表して丙銀行との間でこの甲社の債務についての保証契約を締結した。なお、Aの依頼に基づいて丙銀行からの30億円の融資の打診を行っていたAの友人であるEが、丙銀行の融資担当者であるFに対し、甲社及び乙社ともに取締役会の議事録を用意することはできない旨を伝えたところ、Fは、甲社及び乙社の役員に対して自ら確認することはしないで、Eに対し、取締役会の議事録に代わるものを提出するように求めた。そこで、Eは、このFの求めに応じ、甲社及び乙社の双方について、各取締役会で前記の融資及び保証について承認があった旨の確認書を作成した上、Aに署名捺印させ、これをFに手渡した。しかし、Fは、この確認書だけでは丙銀行内部の決裁が得られないと考え、「甲社及び乙社の役員全員に面談し、各取締役会の承認を受けていることを確認した上で、両社の代表取締役であるAから確認書を取得した。」旨を記載した稟議書を作成し、これにより、上記の融資案件をまとめるに至ったという経緯があった。
5. 令和3年4月ごろから、Aは、Bと結託し、甲社の下請企業等に依頼して、架空の取引を循環させ、損益計算書において利益の過大計上を行っていたが、令和5年3月に、Aから不適切な会計処理を行うよう強要されたとして、甲社の経理部の従業員が東京証券取引所に通報したことから、同社の株式は監理ポスト（監理銘柄）に指定された。このため、これ以前には、1株6000円程度で安定していた甲社の株価は下落し、1株1000円をはさんだ値動きとなった。
6. そこで、Dは、甲社の取締役会において、Aを代表取締役から解職するよう提案したが、定時株主総会において株主に事情を説明し、その判断を仰ぐべきではないかというBの意見に従い、解職決議には至らなかった。Dは、株主提案権を行使し、A及びBの

解任を定時株主総会の目的とするよう請求し、令和5年6月28日に開催された甲社の定時株主総会においては、A、B及び乙社が反対し、A及びBを取締役から解任する旨の議案はいずれも否決された。

7. その後、A及びBは、甲社の一般株主の不満を解消するため、乙社との間で1株当たり6000円の金銭を対価とする株式交換（本件株式交換という。）を行うことを計画した。
8. 乙社は、株式交換の場合に求められる法定の事項を、定款所定の官報に掲載する方法により公告したものの、知れている債権者に対する各別の催告はしなかった。丙銀行は、乙社に対し異議を述べたが、乙社は、保証契約は無効であるとして、丙銀行に対し、弁済、相当の担保の提供または財産の信託をすることはなかった。
9. 令和6年1月17日、甲社及び乙社の双方において、臨時株主総会が開催され、本件株式交換契約を承認する旨の決議がなされ、株式交換の効力発生日（同年2月28日）が経過した。
10. A及びBは、取引を装って甲社の財産を乙社に移転させることを画策し、甲社をAが、乙社をBが、それぞれ代表して、両社の取締役会の承認を受けることなく、令和6年4月中旬から同月下旬までの間、甲社に不利で乙社に有利な条件で、さまざまな取引を繰り返し、同年5月1日に甲社は破産手続開始の申立を行い、同月10日に破産手続開始決定がなされた。
11. 令和元年12月ごろから、継続的に、丁社は甲社に物品を納入していたが、前記10.の結果、代金全額の支払いを受けることができなくなった。

〔設問1〕

Dは、A及びBを取締役から解任する旨の議案を否決する決議（前記6.）の取り消しを求めて訴えを提起した。この請求は認容されるか。

〔設問2〕

丙銀行は、前記4.の甲社に対する30億円の融資について、乙社に対して保証債務の履行を求めることができるか。

〔設問3〕

丙銀行は、前記9.の株式交換の無効を主張することができるか。

〔設問4〕

丁社は、A、B及び乙社に対してどのような請求をすることができるか（詐害行為取消権及び破産法上の否認権の行使を除く）。

参考答案
[商法]

<p>1. 【設問1】</p> <p>株主総会においてある議案が否決されたとしても、決議前の法律関係及び利益状況に変動を生じさせるものではない。すなわち、否決決議は第三者に対する効力を有していない。このように考えると、このような否決決議は取り消す実益がなく、会社法831条1項の決議取消しの訴えの対象となる決議に該当しないというべきである。したがって、Dが提起した、A及びBを取締役から解任する旨の議案を否決する決議取消の訴えは却下される。</p> <p>たしかに、株主は、提案につき総株主の10分の1以上の賛成を得られないと3年間再提案できないことになり（会社法305条4項）、否決決議を取り消す実益があるようにも思われるが、否決決議は3か月の経過によって瑕疵を争うことができなくなるもの（会社法831条1項）ではないから、株主は再提案するとき前の決談の瑕疵を主張することができ、否決決議を取り消す実益は認められない。</p> <p>2. 【設問2】</p> <p>乙社が保証債務の無効を主張するとすれば、①利益相反取引であるにもかかわらず、乙社の取締役会の決議を経ていないこと、②重要な借財であるにもかかわらず、乙社の取締役会の決議を経ていないこと、及び、③甲社と丙銀行との間の消費貸借契約は無効であり、したがって、保証契約も無効であることを根拠とすると考えられる。</p> <p>① 乙社は取締役会設置会社であるから、利益相反取引あるいは重要な業務執行について取締役会の決議を経ていないことが問題とな</p>	<p>る。会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意または重過失であることを主張し、立証してはじめて、その無効をその相手方である第三者に主張しうる。本件において、甲社は乙社の子会社であること、乙社においては従来から取締役会が開催されていなかったことなどが認められるのみならず、本件においてはA名義の確認書を徴求しているという点をとらえて、丙銀行には重過失がなかったという立論の余地があるかもしれない。しかし、Fは乙社の役員と直接、面談等をしておらず、しかも乙社は上場会社ではないので、丙銀行側としては議事録の写しを強く要求できたのではないかとも考えられるし、そもそもFが取締役会決議の存在を信じていたと評価できるかどうかは明確でないので、Fについては丙銀行に重過失があったと解される可能性がある。もっとも、本件において、乙社の株主はA及びBであることに鑑みると、保証契約について、株主全員の同意があったとみることができ、取締役会の承認がないことのみをもって、保証契約が無効になるとはいえない。</p> <p>② 保証を行うことは債務を負担することであるから、借財にあたると考えられ、乙会社の資本金、総資産合計額及び負債合計額に占める割合、乙社の取締役会規則が定める取締役会付議事項・従前の取扱い、甲社の弁済能力や他の担保・保証の状況などに照らして、</p>
---	---

30億円が「多額」であると解されるのであれば、多額の借財にあたるものとして、取締役会の決議を経なければならない（会社法362条4項2号）。この場合には、丙銀行に悪意または知らないことにつき過失があれば、乙社は保証契約の無効を主張できることになる。しかし、本件では、株主全員の同意があると考えられ、保証契約は無効となるとはいえない。

③ 甲社は公開会社であり、したがって、取締役会設置会社なので、甲社の資本金、総資産合計額及び負債合計額あるいは売上高、利益額や1事業年度のキャッシュフローに占める割合や甲社の取締役会規則が定める取締役会付議事項・従前の取扱いなどに照らして、30億円が「多額」であると解されるのであれば、多額の借財にあたるものとして、取締役会の決議を経なければならない（会社法362条4項2号）。

そして、取締役会の決議を経るべき行為について経ないでなされた代表取締役の行為は、相手方が決議を経ていないことを知りまたは知り得べかりしときには無効であるから、多額の借財にあたることとすると、丙銀行に悪意または知らないことについて過失があったかどうかが問題となる。本件では、FはAと直接交渉しているわけではないし、取締役会決議があったと信じるに足りる状況はAが作成した確認書のみであり、Fが稟議書に記載した程度のこと取引通念上しなければならないということをFは認識しつつ、そうしなかったともいえ、少なくとも軽過失はあるといわざるをえないので消

費貸借契約は無効と解される可能性がある。

たしかに、金員の授受がないため被担保債権が成立しない場合については保証債務の付従性が認められるが、金員が授受されたが消費貸借が無効であるような場合には、保証契約は不当利得返還請求権をも担保する趣旨であったと解釈することができるし、また、さらに進んで、消費貸借の保証人は不当利得返還義務について保証責任を負うと解するべきであるから、甲社が負っている不当利得返還義務について乙社は保証人として責任を負うと考えられる。

3. [設問3]

甲社と乙社との間の株式交換の問題点としては、特別利害関係人が議決権を行使しており、株式交換比率が著しく不公正であること、及び、債権者保護手続が履践されていないのではないかということ等を挙げられる。乙社が甲社の発行済株式の30%を保有しており、株式交換の一方当事会社であったことから、株式交換決談においては特別利害関係人（会社法831条1項3号）にあたり、かりに、株式交換比率が著しく不公正であるというのであれば、株式交換決議には取消し原因があり、したがって、株式交換の無効原因が存在すると考える余地がある。もっとも、甲社の株主にとっては有利な株式交換の条件であり、乙社が議決権を行使しなくとも株式交換契約の承認決議は成立した可能性があり、その場合には、特別利害関係人が議決権を行使したことによって著しく不公正な決議がなされたとはいえないので、決議取消し原因があるとはいえず、その点をと

らえて、株式交換無効原因があるとはいえない。株式交換比率が著しく不公正なこと自体が株式交換無効原因であるかどうかとも問題となるが、たとえば、すべてその株主がある株式交換比率に賛成しているような場合に、株式交換を無効とすることができると解することには問題があるので、株式交換比率が著しく不公正なこと自体は株式交換無効原因ではないと考えてよいのではないかと思われる。また、そもそも、会社債権者は決議取消しの訴えの原告適格を有しない（会社法 831 条 1 項）から、承認決議に取消事由があることを株式交換無効原因として主張することはできないと考えられる。すなわち、会社債権者は、自らに対して債権者保護手続が履践されなかったことを理由として株式交換無効の訴えを提起することはできないが、それ以外の無効原因に基づいて訴えを提起することはできると考えられる。その範囲で訴えを提起することが認められれば、会社債権者保護に欠けるとはいえないからである。

たしかに、丙銀行に対して個別の催告をしていないが、丙銀行は公告により本件株式交換を知り、異議を述べているのだから、この点は株式交換無効原因とはならない。

そこで、丙銀行が異議を述べたにもかかわらず、弁済等を行わなかったことが債権者保護手続を履践しなかったと評価できるかどうか問題となる。保証契約が有効であるとすれば、弁済等を行わなかったことは、会社法が定める手続を踏まなかったことを意味し、株式交換無効原因にあたる。このような場合には、債権の存在や額

について争いがあったとしても、丙銀行は「知っている」債権者にあたると思えば、丙銀行の保誤に欠けるからである。

4. 【設問 4】

第 1 に、A 及び B に対して、会社法 429 条に基づく損害賠償請求をすることが考えられる。すなわち、甲社の取締役として、A 及び B は甲社の利益を図る立場にあるにもかかわらず、甲社にとって不利益な取引を繰り返しているのであり、悪意に基づく任務懈怠があり、その結果、丁社に損害が生じていれば、会社法 429 条に基づき損害賠償請求をすることができる。また、計算書類の虚偽記載と丁社の損害との間に相当因果関係が認められる場合には、会社法 429 条 2 項 1 号ロに基づき、A 及び B に対して損害賠償請求をすることができる。

第 2 に、A 及び B に対して、故意による債権侵害を理由とする不法行為（民法 709 条）に基づく損害賠償請求をすることができる。そして、A 及び B は乙会社の代表取締役であり、A 及び B は債権侵害の不法行為を行っていると考えられるため、会社法 350 条に基づき、乙会社は丁会社に対して損害賠償責任を負う。なお、不法行為責任と会社法 429 条の責任は請求権競合の関係に立つ。

第 3 に、A 及び B に甲社に対する任務懈怠が認められ、そして、その任務懈怠によって甲社が損害を被ったと評価できれば、甲社は A 及び B に対して、会社法 423 条、任用契約上の債務不履行または一般不法行為に基づき、損害賠償を請求することができるから、

これらの場合において甲社が無資力であるときは、丁社はそれらの損害賠償請求権を代位行使することができる。

第4に、甲社は特定の株主である乙社に対して財産上の利益の供与をし、甲社が受けた利益が供与した財産上の利益に比して著しく少ないことに注目して、株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法120条）にあたり、乙社は甲社に対して受けた財産上の利益を返還しなければならないとして、甲社が無資力であれば、その返還請求権を代位行使することが考えられる。甲社はその株主である乙社に対して財産上の利益を提供しているが、これは、剰余金の配当にあたるとして、分配可能額を超えている場合には、丁社は自己に対して金銭の支払を求めることが考えられる（会社法463条2項）。さらに、甲社がA及びBに対して有している会社法120条4項または462条1項6号に基づく支払請求権を、甲社が無資力であれば、代位行使することも考えられる。すなわち、甲社から乙社への財産の移転が株主権の行使に関する利益供与あるいは分配可能額を超える剰余金の配当であると評価できる場合には、A及びBは甲社に対して供与した利益の価額あるいは配当財産の価額について支払義務を負うことになるから（会社法120条4項・462条1項6号）、甲社が無資力であるときは、丁社はそれらの請求権を代位行使することができる（民法423条）。

以 上

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〕	(8)	8	
〔設問 2〕	(15)		
取締役会の決議を経ない利益相反取引の効力		5	
乙社にとって多額の借財にあたるか／ 当たると解した場合の取締役会の決議を経ない多額の借財の効力		5	
甲社にとって多額の借財にあたるか／ 当たると解した場合の取締役会の決議を経ない多額の借財の効力／甲社の借入れが無効である場合の乙社の保証債務の帰趨		5	
〔設問 3〕	(11)		
丙銀行に対して個別の催告をしなかったことは株式交換無効原因となるか／ 丙銀行は知っている債権者か		5	
異議を述べた丙銀行に弁済等をしなかったことは株式交換無効事由となるか		3	
株式交換契約承認決議に瑕疵があるか／あるとしたら丙銀行はそれを理由として株式交換無効を主張できるか		3	
〔設問 4〕	(11)		
A及びBの会社法429条の責任		4	
A及びBの不法行為責任		2	
乙会社の会社法350条の責任		2	
A,B及び乙社に対する甲社の損害賠償請求権の代位行使など		3	
裁量点	5	5	
合 計	(50)	50	

商法 解説レジュメ

1. 〔設問1〕

学説としては、実質的に同一の議案につき株主総会において総株主（当該議案について議決権を行使することができない株主を除く）の議決権の10分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の賛成を得られなかった日から3年を経過していない場合には株主提案ができないことになるので（会社法305条4項）、総株主の議決権の10分の1以上の賛成が得られなかった否決決議を取り消す実益があるとする見解や役員解任の訴え（会社法854条）のように、株主総会での否決決議（取締役解任決議が否決されたこと）が法律上の要件となっている場合には、否決決議を取り消す実益があるとする見解があった。

他方、ほとんどの下級審裁判例は、否決の決議は決議取消の対象とならないとの判断を示していた。その根拠としては、訴えの利益がないこと（東京地判平成23年4月14日資料版商事法務328号64頁など）または否決の決議は第三者に対する効力を有しないこと（東京高判平成23年9月27日資料版商事333号39頁など）が指摘されていた。

このような中で、最判平成28年3月4日民集70巻3号827頁は、「会社法は、会社の組織に関する訴えについての諸規定を置き（同法828条以下）、瑕疵のある株主総会等の決議についても、その決議の日から3箇月以内に限り訴えをもって取消しを請求できる旨規定して法律関係の早期安定を図り（同法831条）、併せて、当該訴えにおける被告、認容判決の効力が及ぶ者の範囲、判決の効力等も規定している（同法834条から839条まで）。このような規定は、株主総会等の決議によって、新たな法律関係が生ずることを前提とするものである。しかるところ、一般に、ある議案を否決する株主総会等の決議によって新たな法律関係が生ずることはないし、当該決議を取り消すことによって新たな法律関係が生ずるものでもないから、ある議案を否決する株主総会等の決議の取消しを請求する訴えは不合法であると解するのが相当である。このことは、当該議案が役員を解任する旨のものであった場合でも異なるものではない。」として、否決決議の取消しを請求する訴えは不合法であるとした。

なお、千葉裁判官の補足意見では、「株主総会の決議は、……第三者に対しても効力を及ぼすという点で、いわば対世的な効力を有するもの……であるため、その取消し、無効については、……どのような理由及び手続でこれを主張することができるのかは、集团的・組織的な規制、すなわち会社法上の定めにより全て処理されることとされている」ところ、「議案が株主総会で否決された場合には、当該議案が認められなかったのであるから、議案が提出される前と同じ状態が続くこととなり、組織的にも第三者に対しても、当該議案の成立による新たな法律関係が形成されることはない。このような点からすると、否決の決議については、その効力を否定するための手続を限定したり、法律関係が多数形成される前までに出訴しなければ提訴を許さないとする時間的制限を設けたり、取消し等の訴えについての特別な各種の規制を設ける必要はないというべきである。すなわち、否決の決

議については、上記の各規制を及ぼす理由はなく、その意味で、一般に、会社法 831 条所定の株主総会の決議には当たらないというほかなく、否決の決議の取消しを求める訴訟なるものは、同法が想定しておらず、許容されないものであって、不適法とされることになる。」と敷衍して説明されている。そして、「否決された議案については、会社法 304 条ただし書は、当該提案が総株主の議決権の 10 分の 1 以上の賛成が得られなかったものであるときは、3 年以内の再提案を認めていない。その点について、否決の決議を取り消せばこの制限が無くなり再提案が即時にできるので、取消しの訴えの利益を肯定できるという見解があるかもしれない。しかし、上記の制限は、否決された提案を短期間に繰り返すことが適当でないとして設けられたものであり、その趣旨を踏まえると、否決の決議が重大な瑕疵を有する手続によってされた場合は、これは再提案の制限の前提となる否決の決議にはなり得ないとして、3 年間の制限は及ばず再提案ができると解釈すべきであり、否決の決議を取り消すまでの必要はない。このような場合に、否決の決議の取消しの利益を肯定するというのは、結局、否決の決議の取消訴訟という形で実質的に再提案が蒸し返されるおそれがあり、制度の趣旨に反することにもなりかねず、採り得ない」とし、「このほか、会社法の規定等に基づき否決の決議取消訴訟の訴えの利益が問題となり得るような事例が生じたとしても、そのような事例は、ほとんどの場合、根拠とされた規定等の合理的な解釈により、あるいは信義則や禁反言等の法理の適用で対処することができ、また、そうすべきである」と述べられている。

2. 〔設問 2〕

(1) 保証債務履行請求の可否

まず、甲会社と丙銀行との間の金銭消費貸借契約が有効であるかどうかを検討しなければならない。したがって、甲会社にとって多額の借財であるかどうか、もし、多額の借財であるとすれば、取締役会の決議を経ていない多額の借財が有効であるかどうか問題となる。

甲会社と丙銀行との間の金銭消費貸借契約が有効である、あるいは無効であるとしても、保証が不当利得返還債務をカバーするとなると、今度は、乙会社と丙銀行との間の保証契約の有効性が問題となる。こちらについても、乙会社が取締役会設置会社であるとする、取締役会の決議を要する事項なのか、そうであるとすれば、取締役会の決議を経ていない保証契約の締結が有効なのか問題となり、同様に、検討することになる。また、A は甲会社の代表取締役でもあるので、乙会社を代表して甲会社のために保証をすることは利益相反取引にあたるので、たとえば、相対的無効説によって検討を加える必要がある。もっとも、乙会社の株主は A 及び B であること、乙会社の取締役は A、B 及び C であるが、C は A の妻であること、甲会社は乙会社の子会社であるという特殊性に注目すべきである。

①主債務の有効性

(a) 多額の借財であるかどうか

甲会社は公開会社であり、したがって、取締役会設置会社なので、甲会社の資本金、総資産合計額及び負債合計額あるいは売上高や1事業年度のキャッシュフローに占める割合や甲会社の取締役会規則が定める取締役会付議事項などに照らして、30億円が「多額」であると解されるのであれば、多額の借財にあたるものとして、取締役会の決議を経なければならぬと解される（会社法362条4項2号）。

(b) 必要な取締役会の決議を経ないでなされた多額の借財の効力

判例（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）は、「代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する点にかんがみれば、代表取締役が、取締役会の決議を経てす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つて、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つて、無効である」と判示しており、この立場によると、本件において、多額の借財にあたることとすると、取締役会の決議がなかったことを丙銀行が知り、または知らないことについて過失があったかどうかが問題となる。

たしかに、たとえば、東京高判平成11年1月27日金法1538号68頁は、当該「融資は、Xから、Yと事実上緊密な関係を有するAへの貸付であるところ、これに関して締結された本件保証予約は、当時のYの代表取締役Zと財務を統括していた専務取締役Cの、いわば会社の経営の実権を握るナンバーワンとナンバーツーともいふべき二人が共謀し、取締役会決議のないことを承知の上、本件保証予約の締結に必要な手続を採りあるいは害類を作成し、これをXに交付するなどした結果、行われたものである。そして、Xは、Aの専務取締役であるBの斡旋のもとにYのCに面会してYの保証意思を確認するなどしており、右契約の締結自体に関して言えば、必要な諸手続はすべて採られ、しかも、その手続は極めて円滑に進んでおり、右諸手続に疑問を抱かせるに足りる事情は全く認められない状況であった。また、Xの事務手続書上では、株式会社が保証人となる場合には原則として当該会社の取締役会議事録を徴求するものとされていたことから、XのDは、CからYの右保証意思を確認したのち、直接Yには尋ねることはしなかったものの、本件融資の債務者であり本件保証予約の締結に関するいわば窓口役ともいふべきAのBに対し、Y取締役会決議の議事録の提出を求めているのであって、同人から、E銀行との保証予約の締結に当たっても提出していないことを理由に断られ、上場企業等の大企業についてはXとしても取締役会議事録の提出を免除する場合もあることなどから、それ以上の要求は差し控えたのである。上場企業であるYの財務担当の専務取締役から直接本件保証意思の確認を得た上、契約締結自体に必要な手続はすべて履践され、しかも右手続に疑問を抱かせるに足りる事情がない以上、これらの経緯を踏まえたXが、Yでは取締役会決議を含む必要な一切の手続が履践されていると信じた……としても、軽率であったとの識りをたやすく受けるべきものとはいえない。右の諸手続が履践されているにもかかわらず、更にXに、直接Y

に対して取締役決議（ママ）の有無を確認し、あるいはその議事録の提出を求めるなどの行為を要求することは、実際上些か酷な要求であるといわざるを得ない（「わざわざ確認するのは失礼」と考えることもあり得るし、そのように考えたとしても、上場企業の専務取締役に対する態度としては極く自然なものであるともいえる。また、仮に、XがCに対して右のような要求をしたとしても、前記のとおり、本件保証予約の締結が同人とZとの共謀によるものである以上、右要求に沿った実効性のある対応がたやすく得られるとは考えられない。）。もとより、取締役会決議の存在を確認するため議事録の提出を求めることは一つの有効な手段ではあるが、契約締結の際の状況等諸般の事情如何によっては、必ずしも右の提出を求めるまでの必要はないのである。Yにおいては、当時、保証予約を含む借財については、その全てを取締役に付議していたという訳ではなく、常務会の了承のみで決定することすらなくはなかったこと及び右常務会のメンバーとしては、代表取締役たるZとC専務の両名のみであった（少なくとも右両名がその中心メンバーであった。）ことすら窺われる……のである。右に見た諸事情に、このような当時のYの経営実態をも併せ考慮すると、Xが、既にYにおいて取締役会決議を含む一切の必要手続が履踐されたものと信じ、それ以上の措置を講じなかったことは、まことにやむを得ないことであったというべきであり、本件保証予約の締結に際し、Xにおいて、Yの取締役会決議が不存在であったことを知り得る状況にあったとは認められないというべきである。Y及びZは、取締役会議事録に代わる確認書の徴求をしなかったことを理由に、Xの措置についての落ち度を指摘するが、そもそもXとしては、取締役会決議の存在を信じていたのであり、また、先にみたYの経営の実態に徴すると、仮に確認書が徴求されたとしても、それは、正規の手続を経てのものではなく、Cの一存・独断のもとに（若しくは代表取締役たるZとの共謀により）容易に作成され得る公算が大きいのであって、これを求める実質的意味は乏しく、確認書の徴求をしなかったことが前記判断を左右するものではない。」として、Xの過失を否定している。

そこで、本問の事案と比較すると、甲会社が上場会社であるという点では共通しているが、上場会社に対しては取締役会議事録を徴求しないというのは近時の実務とはいえないし、また、東京高判平成11年1月27日の事案はグループ会社のための保証予約という事案であって（類似の状況が存在した福岡高那覇支判平成10年2月24日金判1039号3頁でも過失がないと判断されている）、会社が自ら借入れを行う場合には妥当しないという解釈も可能であろう。さらに、FはAと直接交渉しているわけではないし、取締役会決議があったと信じるに足りる状況はAが作成した確認書のみであり、Fが稟議書に記載している内容からは、その程度のことはしなければならぬということをFは認識しつつ、あえてそうしなかったということを示しているということもでき、少なくとも軽過失はあるといわざるを得ないのではないかと思われる。

もっとも、取締役会の承認を経ないでなされた多額の借財の無効は善意無重過失の相手方には主張できないという見解も存在する。すなわち、民法93条1項ただし書きの場合と

は利益状況が異なること、利益相反取引の無効ですら、善意無重過失の第三者に主張できないのであれば、多額の借財の無効は善意無重過失の第三者に主張できないと解することが首尾一貫すること、取引の安全を固むという観点からは軽過失の相手方は保護されることが適当であることなどを根拠とする。

②保証債務の付従性

保証債務は、主たる債務を保証するものであるから、主たる債務が存在しなければならず、主たる債務が無効であるときは保証債務も成立しない（保証債務の付従性）。しかし、主たる債務が無効あるいは不存在の場合にも、相手方に損害を与えないという趣旨の「保証」契約も、契約自由の原則の下では締結可能であり、そのような契約であるか否かは当事者の意思の解釈に依存する。

特定物売買における売主の保証人は売買契約の解除によって発生した代金返還義務について保証責任を負うとする裁判例（最判昭和40年6月30日民集19巻4号1143頁）は存在するものの、金銭消費貸借が無効である場合については保証債務の付従性を認めるのが判例の傾向であると考えられる（最判昭和41年4月26日民集20巻4号849頁）。これに対して、金員の授受がないため被担保債権が成立しない場合には付従性は認められるが、金員が授受されたが消費貸借が無効であるような場合には、保証契約は不当利得返還請求権をも担保する趣旨であったと解釈することができるし、また、さらに進んで、消費貸借の保証人は不当利得返還義務について保証責任を負うと解するべきであるという見解も有力である（星野英一「判批」法学協会雑誌84巻4号577-578頁）。

③保証契約の有効性

主債務が有効であるとしても、乙会社は取締役会設置会社であるから、利益相反取引あるいは重要な業務執行について取締役会の決議を経ないことが問題となる。すなわち、判例は、平成17年改正前商法265条の解釈として、「甲乙両会社の代表取締役が、甲会社の債務につき、乙会社を代表して保証をなすが如き場合も、甲会社の利益にして、乙会社に不利益を及ぼす行為であって、同条にいう取締役が第三者のためにする取引に当るものというべきであるからである。」としている（最判昭和45年4月23日民集24巻4号364頁）。したがって、本件において、Aは甲会社の代表取締役でもあるので、乙会社を代表して甲会社のために保証をすることは利益相反取引にあたり、それにもかかわらず、乙会社の取締役会の決議を経ない。

取締役会の決議を経ない利益相反取引について、判例は、「取締役が右規定に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。このことは、同条は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けないでした行為は、民法108条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となることを

予定しているものと解すべきであるからである。取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあっては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、その行為の無効を主張し得ることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っていること）であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である。」としている（最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁）。もっとも、下級審裁判例（東京高判昭和48年4月26日高民集26巻2号204頁）・通説（大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中）〔第3版〕』〔有斐閣、1992年〕245頁、龍田節「会社法大要」〔有斐閣、2007年〕80頁など）は重過失の第三者にも対抗できると解している。

そこで、本件において、丙銀行に重過失があったかが問題となる。前掲東京高判平成11年1月27日がどの程度の先例的価値を有するかは不明であるが、本件において、甲会社は乙会社の子会社であること、乙会社においては従来から取締役会が開催されていなかったことなどが認められるのみならず、本件においてはA名義の確認書を徴求しているという点をとらえて、丙銀行には重過失がなかったという立論の余地があるかもしれない。

しかし、東京高判平成11年1月27日の事案と異なり、Fは乙会社の役員と直接、面談等をしておらず、しかも、乙会社は上場会社ではないので、丙銀行側としては議事録の写しを強く要求できたのではないかと考えられるし、そもそもFが取締役会決議の存在を信じていたと評価できるかどうかは明確でない。さらに、東京高判平成11年1月27日は当該事件当時の実務を前提としているが、現在の銀行実務は異なってきていることを考應に入れるのであれば、Fについては丙銀行に重過失があったとされる可能性はある。

もっとも、丙銀行に重過失があったとしても、株主全員の同意が実質的であったということも理由として、乙会社の保証契約は有効であると解する余地はあるかもしれない。すなわち、最判昭和49年9月26日民集28巻6号1306頁は、株主全員の同意がある場合には、取締役会の承認を要しないとしているが（また、最判昭和45年8月20日民集24巻9号1305頁）、本件において、乙会社の株主はA及びBであることに鑑みると、保証契約について、株主全員の同意があったとみる余地があり、取締役会の承認がないことのみをもって、保証契約が無効になるとはいえない。

他方、保証を行うことは債務を負担することであるから、借財にあたると考えられ（東京地判平成10年6月29日判時1669号143頁）、乙会社の資本金、総資産合計額及び負債合計額に占める割合、乙会社の取締役会規則が定める取締役会付議事項、甲会社の弁済能力などに照らして、30億円が「多額」であると解されるのであれば、多額の借財にあたるものとして、取締役会の決議を経なければならない（会社法362条4項2号）。この場合に

は、丙銀行に悪意または知らないことにつき過失があれば、乙会社は保証契約の無効を主張できることになる。しかし、この場合にも、株主全員の同意があるということができれば、保証契約は無効となるとはいえないと解すべきであろう。

なお、かりに、乙会社が取締役会不設置会社であるとすれば、平成17年法律による廃止前有限会社法の解釈として「有限会社において代表取締役が選任されている以上、代表取締役は他の取締役の同意なしに設備資金の借入れ等業務執行権限を有する」と判示した裁判例（東京地判昭和62年7月20日金法1182号44頁）の考え方が妥当するというのも一つの考え方である。

他方、利益相反取引について株主総会の承認を得ていない点については、株主全員(A及びB)の同意がある以上、この点をとらえて、保証契約が無効であると評価すべきではないと考えられる。

3. 〔設問3〕

株式交換比率が著しく不公正であり、特別利害関係人が議決権を行使していることが、株式交換無効原因にあたるのではないかという点、及び、債権者保護手続が履践されていないといえるのか、いえるとする、株式交換無効原因にあたるのではないかという点が問題となる。いずれにしても、提訴権者によって、主張できる無効原因が異なる可能性に気付くべきである。そして、本件においては、丙銀行が「知っている」債権者といえるのかについて簡単に述べ、丙銀行が「知っている債権者」であるとしても、丙銀行は株式交換が行われることを知って異議を述べたことからすれば、個別催告を受けていなくとも不利益は受けていないのであるから、個別催告を行わなかったことは株式交換無効原因とはならないのではないか、他方、保証契約が有効であるとすれば、弁済等を行わなかったことは株式交換無効原因にあたるのではないかということなどを検討すればよいのではないか。

なお、解答とは関係がないが、株式交換が無効であるとされても、甲会社が上場会社であったということに鑑みると、旧株主に対して受領した株式交換対価の返還を求めることは現実的ではないといえよう。すなわち、丙銀行としては、乙会社が無資力であり、代位行使の要件をみたしても、旧株主に返還を求めるのでは、費用と手間とがかりすぎるからである。

4. 〔設問4〕

A及びBに対して、会社法429条に基づく損害賠償請求を行うことが考えられる。また、計算書類の虚偽記載に基づく損害賠償請求をA及びBに対して行うことが考えられる（会社法429条2項1号）。さらに、A及びBに対して、債権侵害を理由とする不法行為（民法709条）に基づく損害賠償請求をすることも考えられる。そして、A及びBは乙会社の代表取締役であり、A及びBは債権侵害の不法行為を行っていると考えられるため、会社法

350条に基づき、乙社は丁会社に対して損害賠償責任を負うと構成することも考えられる。

以上に加えて、甲社が会社法423条に基づいてA及びBに対して有している損害賠償請求権、甲会社がA及びBに対して有している会社法120条4項または462条1項6号に基づく支払請求権を、甲会社が無資力であれば、代位行使することも考えられる。

さらに、乙社に対して請求する法律構成として、利益供与、違法配当、法人格否認の法理が考えられるほか、甲会社が乙会社の子会社であることに注目して、乙社を事実上の取締役とみて、会社法429条による損害賠償請求をするという理論構成もあるかもしれない。すなわち、甲社は乙社の完全子会社であり、AおよびBは両者の取締役であり、しかも、A及びBは甲社の取引を支配していることから支配の要件がみたされ、また、甲社を倒産させるといった目的での取引を行い、丁社に対する債務履行を免れようとしていると評価できるとすれば、違法な目的の要件もみたされるため、法人格否認の法理を適用して、乙社を甲社と同一視して、丁社は甲社に対して支払を求めることができるといった主張が考えられる。もっとも、法人格否認の法理との関係では、判決効の拡張や執行力の拡張が認められないため、丁社は甲社に対する勝訴判決のみに基づいて、乙社に対して執行することができない。すなわち、乙社を被告として、請求認容判決を得なければ、乙社に対して執行することができない。

また、実質的には乙社が甲社の業務執行を決定しているとみて、乙社は甲社の事実上の取締役であるところ、甲社の利益を害するような業務執行を行っており、それは悪意または重大な過失による任務懈怠であるとして、乙社に対し、損害賠償請求を行うことが考えられる（会社法429条）

もっとも、法人格否認の法理の適用はやや大きな道具立てすぎるので、これだけを指摘するのでは不十分であろうし、事実上の取締役理論も判例上は十分に受け入れられていないというきらいがある。