

商法						
配点分析						
設問軽く見る						
資料あるか						
設問 1 軽く						
バランス						
時間不足						
条文 正確さ						
量						
まず条文探し出せるか未知問						
基本判例あげる言及						
あてはめ厚くそうじ機同じ						
典型ほどあてはめで差でる						
繰り返しでるここで×落ちる						
事実誤認はじめつまずくと 0						
未知問ねばり						
なお書き重要＝刑法						
時系列						

問題点発見本問いくつある？						
大はずししない						
型 メインは三段論法死守						
問題提起 条文文言						
メインは事実使う						
問い所在						
まず規範次あてはめ順序厳格						
趣旨―すべての理由づけ						
自分で趣旨から規範定立						
規範―絶対にたてる						
要件 1 つ 1 つまず要件書く						
原則例外						
規範なくあてはめ 0 点						
4 2 3 4 2 9 まず〇〇義務						
けっこう論点も出る						
ド典型正確一番あてはめで差						
主張反論書き方						

第1 設問1

- 1 Cは本件株式発行の効力を争うために、甲社を被告として新株発行不存在確認の訴えを提起し(829条1号、834条13号)、不存在事由を主張することが考えられる(新株発行無効の訴えは出訴期間を過ぎているため提起できない。828条1項2号かつこ書)。以下、詳述する。
- 2 829条は新株発行の不存在事由について規定していない。不存在を認めると法的安定性を害すること、出訴期間の制限がないことから、そもそも発行手続が物理的に存在しない場合や、発行手続の瑕疵が甚だしく規範的に見て新株発行が存在するものとは評価できない場合に限られると考える。本件における具体的な瑕疵について検討する。

(1) 株主総会決議の欠缺について

甲社は公開会社でない会社(非公開会社)であるから、募集株式の発行には株主総会の特別決議が必要である(199条2項・309条2項5号)。しかし、Eは株主全員の賛成があった旨の株主総会議事録を作成しているものの、甲社株主A C D Eが一堂に会した席上では、本件株式発行についてCが反発して退席し、Aは態度を保留している。つまり、全員の賛成はなく、そもそも決議自体がなされていないといえる。

そうすると、全員出席総会ゆえに招集手続の欠缺は治愈され瑕疵にならないとしても(300条参照)、募集株式発行に必要な株主総会決議がなされたとは評価できない。そして、非公開会社において株主総会決議という機関決定がなされないと持株比率の維持という重大な利益を守ることができないから、これは重大な瑕疵に当たる。ただ、新株発行無効事由とはなっても、内部的な機関承認がなければ対外的に発行手続が履

踐されているのであれば、これだけでは不存在事由とまではいえない。

(2) 代表権のない者による新株発行について

Eは本件株式発行について出資の履行を適法に行い、変更登記の申請をしているものの、そもそもEが甲社の取締役選任された事実も、代表取締役選定された事実も存在しない。Eは登記簿上、代表取締役ということになっているが、これはAとDが画策して行った虚偽の登記であり実体的にはEは取締役でもなければ代表取締役でもない。

そうすると、本件株式発行は代表権のない者が勝手に手続を進めただけであって(代表権を有するAは本件株式発行に賛成していない)、発行手続の瑕疵が甚だしい。たとえEが適法な出資の履行をしており、変更登記がなされたことで外形的には新株発行が存在するように見えても、上記(1)の瑕疵とも相俟って、発行手続の瑕疵が甚だしく規範的に見て新株発行が存在するものとは評価できないといえる。

(3) 結論

したがって、本件株式発行の不存在確認の訴えは認められる。請求認容判決が確定すると、Eに割り当てられた400株は最初から不存在となり、他方でEが出資の履行として給付した建物及びそこから生じた収益は、不当利得(民法703条)として甲社に対し返還請求することができる。

第2 設問2

1 不実事項の登記について

- (1) 本件借入れはEが甲社を代表して行ったものである。しかし、Eは甲社の取締役でなく甲社の代表権を有していないから、甲社の追認な

き限り無権代表となって甲社に借入れの効力は帰属しない(民法113条1項)。甲社はこのように主張する。

- (2) これに対しHは、Eは登記簿上、甲社の代表取締役とされており、908条2項により甲社はEが代表取締役でないことをHに対抗できない、ゆえに本件借入れの効力は甲社に帰属すると主張する。

- (3) Eは取締役選任されておらず、代表取締役にも選定されていないから、「不実の事項を登記した」といえる。そして、これは甲社代表取締役のAが不実と知りつつ登記申請を行っているから、甲社は「故意……によって不実の事項を登記した者」に当たる。加えて、Hは登記が不実であること(Eが取締役でも代表取締役でもないこと)を知らなかったと思われるから、「善意の第三者」に当たる。

よって、Hの主張が認められる。

2 表見代表取締役について

Hとしては、A及びDがEに副社長という肩書で対外的に活動することを認めていたことから、表見代表取締役の規定(354条)により本件借入れの効力が甲社に帰属すると主張することも考えられる。しかし、Eは「取締役」でなくから354条を直接適用することはできず、甲社の使用人という事実もないから類推適用することもできない。加えて、908条2項で不実事項の登記によって第三者保護が図られる範囲では、354条を適用する必要はないと考える。

3 「多額の借財」について

- (1) もっとも、本件借入れは「多額の借財」にあたり甲社取締役会の承認が必要であったところ(362条4項2号)、Eは本件借入れを独断で行っ

ておりかかる承認を得ていないから、本件借入れの効力は甲社に帰属しない。甲社はこのように主張する。

- (2) これに対しHは、取締役会の承認なき「多額の借財」も原則として有効であり、ただ相手方において承認のないことを知り又は知ることができた場合(悪意又は有過失の場合)にのみ、民法93条ただし書類推により契約が無効となって効果が帰属しないにすぎない、本件においてHには悪意も有過失も認められない、と主張する。

- (3) 「多額の借財」に当たるか否かは、会社の規模等によって相対的に決せられ、会社の資産、資本金、年商等に照らして判断する。本件借入れは2億円であるところ、甲社の資本金2000万円の10倍もの金額であること、甲社の年商は2億円程度であるから、1年分の年商に匹敵する金額であること、本件借入れの利息は年10%(2000万円)と高率であることから、これが「多額の借財」に当たるのは問題ない。

ただ、取締役会の承認なき「多額の借財」も会社の内部的手続を欠くにすぎないから、包括的表見権を有する代表取締役(349条5項)によって行われている以上、取引安全を優先して原則として有効である(これは、本件のように908条2項によって代表取締役であることを対抗できない場合でも同様と考える)。もっとも、相手方において承認のないことを知り又は知ることができた場合は、取引安全を図る必要がないことから民法93条ただし書類推により契約が無効となる。

本件において、Hは甲社の店舗建設のための資金というEの説明が曖昧であったことから甲社の事業計画に関する資料等の交付を求めているが、結局Eがこれらの資料を交付しないまま本件借入れは実行されてい

る。借入金の使途に関する資料を交付できないという事情は、Eが独断で本件借入れを行おうとしていることの徴表ということもでき、取締役会で本件借入れについて審議していたのであれば、その結果も踏まえた事業計画の資料を提出することはできるはずである。それが企業秘密に関するため交付できないというのであれば、少なくとも取締役会の議事録の写しを交付することはできる。しかし、Hは事業計画に関する資料等の交付を受けなかったにとどまらず、甲社取締役会の議事録を徴求してすらいない。これはHに要求される注意義務に違反するものであり、甲社取締役会の承認がないことを知らなかったことについて過失が認められる。

- (4) したがって、民法93条ただし書類推により本件借入れの効力は甲社に帰属しない。

第3 設問3

1 Eに対する責任追及

- (1) 本件土地の所有権移転登記請求について

Eの甲社に対する本件土地の所有権移転登記義務は、甲社とFとの間で締結された売買契約から生じた債務を相続によって承継したものである。このような相続によって取得した取引債務は、株主代表訴訟(847条1項・3項)の責任追及の対象となるか。

判例によれば、代表訴訟の責任追及の対象として、会社と役員等との間の取引債務が包含される。それは、会社と役員等との間での取引行為によって生じた債務についても、会社の役員同士の馴合いによって責任追及が懈怠されるおそれがあるからである。しかるに、会社と役員等以外

の者との間でなされた取引によって生じた債務であっても、その後相続によって役員等が取引債務を承継するに至った場合においては、会社と役員等との間の取引債務となるのであるから、馴合いによって責任追及が懈怠されるおそれは同様に認められる。よって、相続によって取得した取引債務も株主代表訴訟の責任追及の対象となると考える。

本件でも、Eの甲社に対する本件土地の所有権移転登記義務は株主代表訴訟の責任追及の対象となる。

- (2) 本件借入れ及び本件貸付けに係る任務懈怠責任の追及について

本件借入れに係る2億円は本件貸付けによって乙社に対する貸金債権となっているが、乙社の財務状態悪化によりかかる貸金の返還を受けられないことが確実となっている。これにより甲社には2億円の損害が生じているが、かかる損害につき本件借入れ及び本件貸付けを独断で行ったEの任務懈怠責任(423条1項)を追及することはできるか。

423条1項の責任主体は「役員等」である。同項の責任は民法上の債務不履行責任(民法415条)の特例であり、契約責任であるから、Eが「取締役」でない以上、同項の責任を追及することはできない。908条2項ないし354条をここでも適用することが考えられるが、甲社は「第三者」ではないから、これらの条文を用いてEを「取締役」とすることはできない。

したがって、Eの任務懈怠責任を追及することはできない。一般不法行為責任(民法709条)で処理することになる。

2 Dに対する責任追及

Dは任期満了に伴い、本件借入れ及び本件貸付けよりも前の平成24年5

月20日に退任しているが、Eが取締役に選任されていないため、取締役会設置会社である甲社の取締役は員数不足となっている(331条5項)。そのため、Dはなお取締役の権利義務を有することになる(346条1項)。これを前提として、本件借入れ及び本件貸付けに係る任務懈怠責任(423条1項)を代表訴訟で追及することが考えられる。

Dが「任務を怠った」といえるか検討するに、Dは本件借入れ及び本件貸付けについてEから相談された際、「やめた方がよいのではないか。」と述べているが、それ以上のことはしていない。ただ、漫然と放置したわけではなく一応Fの提案について乗らないようにアドバイスはしていることから、監視義務違反とまではいえないと考える。

よって、Dの任務懈怠は認められず、423条1項の責任追及はできない。

以上