

2023 司法試験 会社法 再現答案

設問 1

第 1 小問 1

1、 G の A に対する、会社法（以下略）423条1項の請求が認められるには、①役員等の任務懈怠、②会社の損害、③、①と②の因果関係、④役員等の帰責事由（428条i項参照）という要件を充たす必要がある。

2（1） ア、①について、任務懈怠とは、善管注意義務等違反（330条、民法644条、会社法355条）又は、法令違反をいう。

イ、 A は、甲社の代表取締役であるから役員である。そして、同人は、本件土地を校舎に買い取らせているが、これは、利益相反取引（356条1項3号、365条1項）、又は重要な財産の譲り受け（362条4項i号）に該当しうるが、会社法所定の手続きが行なわれているので、これに関する違法はない。

ウ、 しかし、本件土地の購入は、A の個人的な隣人トラブルを解消するためになされたものであること、また、甲社において本件土地は、なんらしようされず、放置されていたことからすれば、会社のためになされたものではない。

したがって、A が甲社に本件土地を買い取らせたことは、善管注意義務違反であり、任務懈怠が認められる（①充足）。

（2） ア、 ②、③について、本件土地は時価1000万円程度しかないにもかかわらず、甲社はこれを、5000万円で購入しているので、その差額4000万円の損害が同社に生じている（②、③充足）。

（3） ④については、本件は、法令違反の場合ではないので、④は問題とならない。

3、 以上より、G の上記請求は認められる。

第 2 小問 2

1、 （1）乙社の A に対する429条1項に基づく損害賠償請求が認められるには、①役員等の任務懈怠、②、①についての悪意又は重過失、③第三者の損害、④、①と③の因果関係という要件を充たす必要がある。

（2） 同項の趣旨は、会社が経済社会で重要な役割を果たしながらも、その活動を役員等の職務執行に依存することを踏まえ、第三者保護のために、得に役員等に法廷の責任を課した点にある。そのため、②については、加害行為についてではなく、任務懈怠についてあれば足りると解する。

2（1） ア、①について、A が役員等に該当することは先に述べたとおりである。そして、本件債務にかかる契約締結時においては、営業利益が減少しつつあったといえども、運転資金が枯渇するような状態ではなかったことから、この契約締結自体に任務懈怠はないと考える。

イ、しかし、本件定期預金は、上記の乙社との契約にかかる債務の引き当てとして予定されていたところ、A が個人的な理由により、本件売買契約を締結したことにより、その定期預金が本件売買契約の債務の支払いにあてられている。

甲社は営業利益が悪化しつつあったことを踏まえると、本件定期預金を本件売買契約の債務の支払いにあてるべきではなかったし、そもそも、本件売買契約自体すべきではなかった。

したがって、A が、本件売買契約を締結したこと及びその債務の支払いとして本件定期預金を用いたことは、乙社に損害を被らせないようにする義務に違反したといえ、善管注意義務違反がある。よって、任務懈怠が認められる（①充足）

（２） ②について、A は、代表取締役という立場にあったことから、甲社の営業利益が減少しつつあったことは当然に把握していたと考えられる。そして、このような経営状況の中、５０００万円もの代金支払いをとまなう本件売買を行えば、乙社との契約にかかる債務の引き当てとして予定された本件定期預金を取り崩さざるをえなくなり、本件債務の支払いが困難となることは、会社の経営者として容易に想定できたことであることからすれば、A は、本件売買契約の締結等の任務懈怠につき少なくとも重過失はあったと考えられる。（②充足）

（３） ③、④について、本件売買契約の締結等の任務懈怠により、甲社は、実質的な債務超過に陥り、事業活動を継続することができなくなった。その結果、乙社への本件債務の支払いができなくなり、同社に３０００万円もの損害を被らせている。したがって、A の任務懈怠と乙社の３０００万円の損害との因果関係が認められる。（③、④充足）

３、以上より、乙社の請求は認められる。

設問２

第１ 小問１

１、I は、本件決議の１の取り消しの訴え（８３１条１項１号）を提起している。

２、上記の訴えの原告適格は、「株主等」（８３１条１項柱書）にあるところ、I は、A を相続し、その株式４万株をH と準共有しているが、株式の準共有者も、「株主」に該当すると解されている。

したがって、I には原告適格がある。

３、（１）次に、訴えの利益とは、特定の訴訟物にについて、紛争を解決するために本案判決を得る必要性ないし実効性をいう。

（２）会社法１０６条本文は、民法２６４条但書の「特別の定め」にあたる。そして、会社法１０６条但書の会社の「同意」がある場合には、「特別の定め」たる同条本文を排除する趣旨であり、この場合に株式の準共有者の一人が株式についての権利を行使するには、民法２５２条１項が適用される（民法２６４条本文）。

本件で、I は、上述のように株式の準共有者であるが、１０６条本文の「通知」がなさ

れていない。しかし、本件決議1に際して、Bは、Hが本件準共有株式の全部について議決権を行使することについて同意しているため、その権利行使については、民法252条1項の適用があるため、持分価格の過半数の同意が必要である。

しかし、本件では、HIは、各2分の1の持分を有していたところ、Iの同意がないので同条の要件を満たしていない。それにもかかわらず、Hは、準共有株式についてIに無断で権利行使している。

したがって、Iは、取締役の選任に関与することができておらず、決議取り消しの本案判決を得る必要性があるため、同人には訴えの利益がある。

4、 請求の当否

(1) 上述のように、Hは、Iの同意がなく、民法252条1項の要件を充たしていないにもかかわらず、本件準共有株式の全部についてその議決権行使をしており、決議方法の法令違反(831条1項1号)がある。

(2) したがって、Iの本件決議1の取り消しの訴えは認められる。

第2 小問2

1、(1) 小問2では、本件決議1によって、取締役選任されたのはB、C、Dであり従前の取締役と同様である。しかも、その後、取締役会において以前と同様のBが代表取締役選任されている。

そのため、Hが無断で株式の権利行使をしたといえども、以前と状況が変わっていないため、訴えの利益がないのではないか。

(2) 他方で、本件決議2では、取締役のうち、CDとHKが入れかわっているため、本件決議2を争う前提として(違法な本件決議1で選任されたBが本件株式総会2を招集しているため、831条1項1号の招集手続きの法令違反がある)、本件決議1を争う訴えの利益があるようにも思える。

(3) もっとも、本件決議2については、HIが共同して議決権を行使しており、Iに選任についての関与の機会が与えられているため、上記の考えは妥当しない。

2、 以上より、本件決議1の取消しの訴えの利益は認められない。

以上

設問 1

小問 1

会社の財産を不当に流出させる行為だから善管注意義務違反・忠実義務違反が認められる。

小問 2

取引相手に不当な損害を与えないように注意する義務に違反しているため、善管注意義務違反・忠実義務違反が認められる。

設問 2

小問 1

過半数の同意も会社の同意もないため、訴えの提起できない。原告適格ない。

どのみち決議 2 で BHJ が選任されているため、取り消す必要ない。訴えの利益なし。

小問 2

決議 1 を取り消すと、決議 2 で BHK が選任されるため、訴えの利益ありそう。

ただ、もともと任期が満了しているため、決議 1 を取消し必要ない。訴えの利益なし。

設問 1

第 1 小問 1 について

- 1 G は、A に対し、会社法（以下法名略）423 条 1 項に基づく損害賠償請求をしている（847 条 1 項）。①役員等が、②任務を怠ったとき、③損害の発生、④②と③の因果関係という要件を満たすか問題となる。

- (1) 本件では、A は、甲社の取締役であるから役員等にあたる（①充足）。
(2) A の行為は、間接利益相反取引（356 条 1 項 3 号）にあたり、423 条 3 項によって、②任務懈怠が推定されないか。

甲社が E から 5000 万円で本件土地を購入することとなった売買契約は、株式会社である甲社が、取締役以外の者である E と取引をするものである。A は、自己の E とのトラブルを解決するために本件土地を E から購入しようとしていたのであるから、当該売買契約により、A は本件土地の売買代金債務を支払わなくて済みながらも E とのトラブルを解決できる一方で、甲社は 5000 万円の支払債務を負うこととなる。したがって、かかる売買契約は、甲社取締役である A と甲社の利益が相反する取引であるから、356 条 1 項 3 号の間接の利益相反取引にあたる。そのため、423 条 3 項 1 号より、A は任務懈怠の推定を受ける。

もっとも、A は、自己に任務懈怠がないと反論すると考えられる。具体的には、甲社は、売買契約を締結したことで、代金債務を負ったが、代わりに本件土地を得ているから、甲社に売買契約を締結させることを A が決定したことは、善管注意義務（330 条、民法 644 条）違反にないため、任務懈怠がないと反論すると考えられる。もっとも、A は、甲社の代表取締役として、適切な対価で取引を行い甲社に損害を与えない義務を善管注意義務として負っている。そして、本件売買契約は、1000 万円しか評価額がない本件土地を甲社に購入させるものであり、対価が到底適切とはいえず、この対価を適切とすべき特段の事情もない。そして、甲社は本件土地を利用することなく放置しているから、かかる売買は、もっぱら A の自己の利益のためだけに甲社に無駄な土地を購入させたものと認められる。したがって、A に善管注意義務違反が認められるから、A の反論は認められない。経営判断原則の適用についても、A は、本件土地の評価額を知ったうえで、自己が 5000 万円を用意することは難しいためなんら関係のない甲社にその負担を負わせたのであるから、その判断過程や結果に合理性があるとは到底言えず、善管注意義務違反は問題なく認められる。

以上の事情から、A の行為は任務懈怠にあたる（②充足）。なお、かかる任務懈怠が A に帰責性がないと認められる事情はない（428 条 1 項反対解釈）。

- (3) そして、A の間接利益相反取引による本件売買で、甲社は、評価額 1000 万円の土地を 5000 万円で購入することとなっているから、甲社に 4000 万円の損害が認められる（③④充足）。

- 2 以上より、G の請求は認められる。

第2 小問2

- 1 乙社は、甲社に対し、429 条 1 項に基づく損害賠償請求をしている。①役員等が、②その職務を行うについて悪意または重大な過失があったとき、③第三者への損害発生、④②と③の因果関係、が認められるか。

- (1) A は甲社取締役であり役員等にあたる (①充足)。
- (2) ②については、429 条の趣旨は、現代社会において会社が占める地位及び取締役の職務の重要性に鑑みて、第三者保護の観点から法が特に法定責任を認めた点にあるから、「職務を行うについて」とは役員等の会社に対する任務懈怠のことを意味すると解する。また、上記趣旨より「悪意又は重過失」は任務懈怠について存すれば足りる。

そこで、A は、自身に善管注意義務違反がないと反論すると考えられる。もっとも、A は、甲社の代表取締役として、経営状態を適切に保ち会社債権者を不当に害しないようにする義務を負うと解される。そして、A は、甲社の運転資金が減りつつある状態で、甲社に不利な条件で不要な本件売買契約を締結して過大な債務を負わせ、甲社を実質的な債務超過に陥らせた。したがって、A に上記義務違反が認められる。

もっとも、A は、経営判断原則を主張し、かかる行為が義務違反には当たらないと反論すると考えられる。経営判断原則は、業務執行上の決定は高度に専門的な判断であり、専門的知識を持たない裁判所の介入はできるだけ控えるべきであること、後知恵による事後的審査となること、業務執行上の決定は限られた時間の中で行なわなければならないことから、取締役の行為が決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り善管注意義務に違反するものでないとする考え方である。しかし、本件で A が行っている行為は利益相反取引であり、会社に損害を与える可能性が高い取引である以上、決定過程・内容に不合理な点がないか、で判断すべきである。そして、A は甲社の運営資金の減少及び乙社に対する債務の存在を把握しながらも、甲社の状態と債権者に配慮することなく、自己の利益のためだけに本件土地を甲社に不利益な条件で購入させ、甲社を債務超過に陥らせたものであるから、かかる行為の決定過程・内容に合理性があるとは到底認められない。したがって、A の反論は認められない。

よって、A に、善管注意義務違反が認められ、任務懈怠があったといえる。そして、A は自己の行為を認識し自己の利益のために行動している以上、かかる任務懈怠に悪意または重過失が認められる (②充足)。

- (3) ③損害が認められるか。A は、乙社は A の上記行為によって直接本件債務が回収できなくなったわけではないから、乙社に損害が認められないと反論すると考えられる。

もっとも、上記の 429 条の趣旨より「損害」には直接損害のみならず間接損害も含まれると解する。そして、A の任務懈怠により、甲社は債務超過に陥り、それによって乙社の本件債務が回収不能になったから、乙社は間接損害を被ったと認められる。そこで、乙社が回収できなくなった本件債務の額である 3000 万円について、A の任務懈怠によって乙社に損害が発生したと認められる (③④充足)。

2 よって、乙社の請求は認められる。

設問2

第1 小問1

1 Iの原告適格について

- (1) Iは、本件決議1について株主総会決議取消の訴え（831条1項）を提起しているところ、かかる訴えの原告適格がIに認められるか。「株主」といえるか問題となる。
- (2) 相続された準共有株式について、「株主」であることを主張するためには、権利行使者を指定し、会社に通知することを要すると解されている（106条本文）。そして、準共有者の全員が一致しなければ権利行使者を指定することができないとすると、準共有者のうちの一人でも反対すれば全員の社員権の行使が不可能となるのみならず、会社の運営にも支障をきたすおそれがあり、会社の事務処理の便宜を考慮して設けられた106条の趣旨にも反する結果となるから、権利行使者は、持分価格の過半数の決定で指定することができる。そこで、本件では、IとHが1/2ずつの持分で本件準共有株式を準共有しているところ、IとH間で権利行使者の指定が有効にできておらず、原告適格が認められないとも思える。
- (3) もっとも、後述のとおり、本案で、甲社は原告以外の準共有者であるHが本件相続株式について有効に権利行使したことを主張する立場にある。もっとも、権利行使には過半数の同意が必要であるところ、過半数の同意がない以上その者を権利行使者に指定できないはずである。そして、会社が、Iに対する過半数の同意がなく「権利行使者を指定できない」ことを会社に有利になる場面でのみ主張することは、106条の趣旨を同一訴訟手続内で恣意的に使い分けるものとして、信義則（民法1条2項）に反する。

そこで、訴えの提起について権利行使者の指定・通知ができなくても、信義則に反するような特段の事情があるから、Iに原告適格を認めるべきである。

- (4) よって、Iに原告適格が認められる。

2 訴えの利益について

- (1) 本件では、取消訴訟の対象となる決議で取締役を選任されたBHJが、任期満了より退任しているため、取消を求める選任決議に基づく取締役全員がもはや現存しない。したがって、特別の事情がない限り、決議取消の訴えは訴えの利益が認められないと解する。
- (2) もっとも、本件決議1を前提とした本件決議2が存在するから、本件決議1の瑕疵が本件決議2に連続し、「特別の事情」が認められないか。

本件で、本件決議1の取消しが認容されれば、BHJは取締役を選任されなかったことになる。そこで、取締役欠員が生じ、BCDが権利義務取締役となる（346条1項）。そこで、取締役でないHJが取締役として参加し、取締役であるCDが参加していない取締役会決議は、369条1項に反し私法の一般原則に照らして無効となる。かかる取締役会決議による代表取締役の選定は無効であり、Bが権利義務代表取締役となる（351

条 1 項))。そうすると、本件決議 2 が行われた株主総会は代表取締役でない J が招集したものであるから、本件決議 2 は不存在であると認められる。したがって、本件決議 1 が取り消されると本件決議 2 にも瑕疵（決議不存在事由）が生じる。

以上より、本件決議 2 の不存在確認を請求する前提として、本件決議 1 を取り消す実益があるから、このような場合には「特別の事情」があるものとして、本件決議 1 の取消しを請求する訴えの利益は消滅しない。

なお、本件決議 2 の不存在確認請求をする前提として訴えの利益を認めるのであるから、本件決議 2 の不存在確認請求（830 条 1 項）も併合提起する必要がある。

(3) よって、訴えの利益が認められる。

3 本案請求について

- (1) 上記より、共有株式について株主としての権利行使をするには、106 条本文の指定・通知が必要であるが。本件では H はそれをしないまま本件決議 1 で議決権行使をしている。したがって、本件決議 1 は株主でない者が議決権行使をしたものであるとして、341 条 1 項に反し、決議方法の法令違反があると認められるとも思える。
- (2) もっとも、106 条但書より、H の権利行使が認められないか。この点、106 条但書は、株式会社が同意をした場合には、民法の共有規定の「特別の定め」（民法 264 条但書）である 106 条本文の規定、すなわち、権利行使者の指定・会社への通知という手続を要しないことを示す規定であると解される。そのため、106 条但書の株式会社の同意があっても、議決権行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、当該権利の行使は適法となるものではないと解する。そして、共有に属する株式についての議決権の行使は、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど特段の事情のない限り、株式の管理行為として、民法 252 条 1 項により、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられる。したがって、議決権行使が共有者の持分の価格の過半数によって決定された場合に、株式会社が同意をすれば、適法な議決権行使と認められる。そして、本件では、本件決議 1 の内容は取締役選任であるから、これについての議決権行使は本件準共有株式の管理行為であり、H と I で過半数により議決権行使が決められなければならないところ、それがないまま勝手に H が議決権行使をしている。したがって、会社の同意があっても、106 条但書に照らし適法な議決権行使がされたとはいえない。
- (3) よって、本件決議 1 は、決議方法が 341 条 1 項に反するため、決議取消事由（831 条 1 項 1 号）に反する。そして、H が議決権行使をしていなければ、本件決議 1 は可決要件をみたさなかったのであるから、瑕疵が決議の結果に影響しないとは認められず、裁量棄却はされない（同条 2 項）。なお、本件準共有株式については、議決権行使はできないが、かかる権利行使の制限は権利行使者を指定し通知するまでの一時的なものにすぎないため、決議の定足数には含まれる。
- (4) よって、本件訴えにかかる請求は認められる。

小問2

- 1 本件では、小問1と同様、BCDは本件決議2の時点で退任しているため、訴えの利益を認める特別の事情があるか問題となる。そして、本件では、本件決議1でBCDが再任されており、BCDが取締役として取締役会決議を行い、Bを代表取締役を選任している。そこで、本件決議1を取り消したとしても、権利義務代表取締役であるBCDによる適法な取締役会決議がされ、適法に代表取締役が選任されたうえで、適法に本件株主総会2が開催されたと認められるから、瑕疵が本件決議2に連続せず、本件決議1を取り消す実益を認めるべき特別の事情はない。
- 2 したがって、本件決議1を取り消す訴えの利益は認められない。

以上

商法

第1 設問 1 小問 1

1 GのAに対する任務懈怠責任（会社法（以下略）423条1項）に基づく損害賠償請求は認められるか。

（1）まず、Aは甲社の「取締役」である。

（2）では、Aは「任務を怠った」といえるか。本件売買契約が「利益が相反する取引」（356条1項3号）に当たり、423条3項1号によって任務懈怠が推定されないか。

ア 同号の規制範囲を広くとらえるのは、取引の安全の見地から妥当でない。

そこで、「利益が相反する取引」に当たるか否かは、外形的客観的に見て会社の利益の犠牲の下、取締役が利益を得る形での行為といえるかによって判断すべきと解する。

イ 本問では、本件売買契約の目的物である本件土地の評価額は1000万円程度であった。もっとも、Aは本件土地を所有するEとの個人的なトラブルを解決するために、甲社を代表して、評価額の5倍もの5000万円で本件土地を購入した。

そうだとすれば、甲社は評価額よりも高額で本件土地を購入するという不利益を負う一方、AはEとのトラブルを解決し、平穩に暮らしていくという利益を得ている。そこで、甲社の利益の犠牲の下、Aが利益を得る形での行為といえ、本件売買契約は「利益が相反する取引」に当たる。

（3）では、甲社に「損害」が発生しているか。

ここで、Aの立場から、本件売買契約後も甲社の経営は順調であり、甲社が資金繰りに困ることが予想される状態でなかったのだから、甲社に「損害」はないとの反論が考えられる。

もっとも、評価額通りの額で購入した場合と比べて、甲社の資金が4000万円減少したことは変わりないため、4000万円の「損害」が発生したといえる。したがって、上記反論は失当である。

（4）そして、任務懈怠の推定を覆す事情はないため、Aは「任務を怠った」といえる。また、Aは任務懈怠について悪意である。

2 よって、Aに任務懈怠責任が成立し、上記請求は認められる。

第2 設問 1 小問 2

1 乙社のAに対する429条1項に基づく損害賠償請求は認められるか。

（1）そもそも、同項は、企業が経済社会において重要な地位を占めており、その職務執行が専ら取締役によって行われていることから、取締役に課された法定責任である。

そこで、その責任の範囲は広くとらえるべきであり、「悪意又は重大な過失」は、任務懈怠について存すれば足り、「損害」は間接損害をも含む。

- (2) 本問では、Aは甲社の代表取締役であり、甲社の債権者である乙社に対して、返済が滞ることによって損害を与えない義務(330条、民法644条)を負う。甲社が本件債務を負った当時、甲社の営業利益は減少していたが、運転資金が枯渇するような状態ではなかった。また、Aは、運転資金が足りなくなれば、本件定期預金によって対応する予定であった。そうだとすれば、当時、Aが本件債務の返済が可能と判断したことが妥当であり、上記義務違反があるとはいえない。

しかし、その後本件売買契約の締結に当たって、本件定期預金を取り崩している。同預金は本件債務の補填として予定されていたのだから、Aはこれに手を付けてはならなかった。それにもかかわらず、同預金を取り崩した行為は、上記義務に反し、乙社の利益を害する行為である。

そこで、任務懈怠があり、これについてAは悪意といえる。

そして、この任務懈怠に「よって」甲社の資金が減少し、乙社は本件債務の返済を受けられないという間接「損害」を被っている。また、Aは「役員等」(423条1項っこ書)である。

- 2 したがって、上記請求は認められる。

第3 設問2小問1

- 1 まず、本件訴えに係るIの原告適格は認められるか。Iが「株主等」(831条1項柱書)に当たるかが問題となる。

- (1) 株式の準共有者であって、取消しの対象となっている株主総会決議において議決権を行使していない者も、決議の公正を求める利益を有するから、「株主等」に当たる。
- (2) 本問では、本件決議1において、本件準共有株式につきHがIとの協議を経ることなく議決権を行使しているが、Iも準共有者であり「株主等」に当たる。したがって、Iの原告適格が認められる。

- 2 次に、本件訴えに訴えの利益は認められるか。

- (1) 役員の選任についての株主総会決議の取消訴訟は、当該役員が全員その任期を満了した場合には、原則として訴えの利益が失われる。

もっとも、先行決議の瑕疵が後行決議に連鎖しており、後行決議の取消訴訟が先行決議の取消訴訟と併合提起されている場合には、先行決議の瑕疵が後行決議の取消訴訟における前提問題となるため、例外的に訴えの利益が認められると解する。

- (2) 本問では、先行決議である本件決議1には、後述の通り、決議方法の法令違反の瑕疵がある。同決議では、取締役としてB、H、Jが選任されているが、いずれも任期を満了している。もっとも、本件株主総会2は、選任に瑕疵のある取締役により選定された代表取締役Jにより招集されている。そこで、本件株主総会2における本件決議2に先行決議の瑕疵が連鎖している。

しかし、本件決議2には、本件決議1と同様、Hによる議決権行使に違法があり、独自の取消事由が認められる。また、本件決議2では、本件決議1と同じ取締役が再任されているため、本件決議2を取り消せば、Iの目的は達される。

したがって、訴えの利益を認める必要がなく、本件訴えに訴えの利益は認められない。

3 仮に、訴えの利益が認められたとすると、本件訴えに係る請求は認められるか。準共有株式については、106条本文の通知が必要であり、これを欠いたままなされた議決権行使は原則、違法となる。では、本件準共有株式について、Hが当該通知を欠いたまま議決権を行使していることが決議方法の法令違反（同項1号）といえるか。甲社による同条ただし書の同意によって議決権行使が適法とならないかが問題となる。

（1）同条本文は、「特別の定め」（民法264条ただし書）であり、権利行使に当たっての加重要件を定めている。そして、106条ただし書の会社の同意によって同法の適用が外れ、一般法である民法に戻ることになる。

そして、準共有株式の議決権行使は管理行為（民法252条1項）であるから、共有者の持分の過半数によって決されている場合には、その議決権行使は適法となると解する。

（2）本問では、HとIは本件準共有株式についてそれぞれ2分の1の持分を有している。そして、両者の間に協議などはなく、Hが単独で議決権を行使しているため、その行使が過半数によって決されているとはいえない。

したがって、Hによる議決権行使は違法であり、本件決議1には決議方法の法令違反の取消事由が認められる。

（3）そして、本来適法と扱ってはならない株式について適法と扱ったことは、「違反する事実が重大」でないとはいえない（831条2項）。したがって、本件訴えに係る請求は認められる。

第4 設問2 小問2

1 本件訴えに係る訴えの利益があるといえるか。前述の基準で判断する。

（1）本問では、小問1と同様、本件決議1によって選任された取締役によって選定された代表取締役Bが招集した本件決議2に先行決議の瑕疵が連鎖しているといえる。また、小問1とは異なり、本件決議2では本件決議1と異なる取締役が選任されている。そして、本件準共有株式についてHとIが共同で議決権を行使しており、この点で瑕疵はない。さらに、本件決議2で選任された取締役のうちH及びKについて、HとIは「特別の利害関係を有する者」（同条1項3号）に当たるとも思えるが、これによって「著しく不当な決議」がなされたとはいえない。したがって、同決議に取消事由は認められない。

（2）よって、本件決議1を取り消す必要性がある。

2 そこで、本件決議2の取消訴訟を併合提起すれば、本件決議1の瑕疵が先行問題となり、訴えの利益があるといえる。

以上

第1 設問1

1 小問1

(1) Aは、甲社の代表「取締役」(会社法(以下、法令名省略)423条1項)である。

(2) Aは、本件売買契約の締結につき「任務を怠った」(423条1項)といえるか。

ア 取締役が、法令遵守義務(355条)、善管注意義務(330条、民法644条)、忠実義務(355条)に違反した場合、任務懈怠が認められる。

イ Gは、本件売買契約が、私益相反取引(356条1項3号)にあたると主張することが考えられる。これに対し、Aは、本件売買契約の締結に先立ち、取締役会の決議等(365条1項、356条1項柱書)の会社法所定の手続が行われていることから法令違反はないと反論し、この反論が認められる。

ウ Gは、評価額1000万円の本件土地を5000万円で買い受ける旨の本件売買契約は取締役の善管注意義務に違反すると主張することが考えられる。

これに対し、Aは、本件売買契約締結には経営判断原則が適用され、善管注意義務には違反しないと反論することが考えられる。

(ア) 執行上の決定は高度に専門的な判断である。また、裁判所の事後的審査により取締役にとって厳しい認定がされるおそれがあり、取締役の経営判断を過度に委縮させ、会社の発展を阻害することにもつながりかねない。

そこで、通常の経営者の判断として、著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反しないと解する。

(イ) 評価額1000万円の土地を5000万円で購入することは特段の事情のない限り、通常の経営者の判断として不合理であると考えられる。たとえ甲社の経営が順調であったとしても、Aは本件土地が1000万円程度の価値しかないことを知ったうえで、自身が平穩に暮らしていくという自己の利益を図るために本件土地を不当に高額な5000万円で購入し、利用することなく放置することには、特段の事情があるとはいえない。そのため、通常の経営者の判断として、著しく不合理であるといえ、善管注意義務に違反する。

エ したがって、Aによる本件売買契約の締結には任務懈怠があるといえる。

(3) Aは、評価額1000万円の土地を5000万円で購入したこと「によって」、評価額で購入した場合との差額4000万円の損害が生じているといえる。

(4) よって、Gの損害賠償請求(423条1項)が認められる。

2 小問2

(1) Aは甲社の代表取締役であり、「役員等」にあたる。

(2) Aに「職務を行うについて悪意又は重大な過失」があったといえるか。

ア 429条1項は、取締役の地位等の重要性に鑑み、取締役に課された法定責任であることから、「職務を行うについて悪意又は重大な過失」は、任務懈怠についての悪意又は重過失を意味すると解する。そして、債務超過に近い状態の会社の取締役に、会社債権者の損害を阻止するよう行動することが、善管注意義務として課されていると解する。

イ A は、本件債務の発生当時、本件債務を含む甲社の債務の履行のための運転資金が足りなくなれば、本件定期預金を取り崩す等により対応することを予定していた。そして、甲社は、本件売買契約に基づく代金支払いにより実質的な債務超過に陥り、事業活動を継続することができなくなっていることから、本件売買契約時点において A は、会社債権者の損害を阻止するため、本件債務を含む甲社の債務の履行のための本件定期預金を確保しておく必要があったといえる。そうであるにもかかわらず、A は、本件売買契約の代金 5000 万を本件定期預金を取り崩すことによって賄っており、上記善管注意義務に違反したといえる。

したがって、A には「職務を行うについて悪意又は重大な過失」があったといえる。

- (3) A が、甲社を代表して本件売買契約を締結したことに「よって」、「第三者」である乙社は本件債務 3000 万円の弁済を受けることができなくなっていることから、3000 万円が損害となる。
- (4) よって、乙社は、本件債務の額に相当する 3000 万円を損害賠償請求（429 条 1 項）することができる。

第 2 設問 2

1 小問 1

- (1) I は、本件準共有株式を所有していることから、「株主等」にあたる。
- (2) 本件訴えは、本件決議 1 の取消しであるところ、同決議によって取締役を選任された B、H、J は、任期満了（甲社の定款①）によって退任していることから、訴えの利益が失われているのではないか。
- ア 原則として、上記の場合には訴えの利益が否定される。もっとも、i 先行決議の取消しにより後行決議に瑕疵を生じさせ、ii 先行決議の取消訴訟に後行決議の効力を争う訴えが併合提起されている場合には、先行決議の存否を判断することが先決問題となることから、特別の事情があるとして、第一決議の取消しを請求する訴えの利益は消滅しない。
- イ 本件決議 1 において、H が本件準共有株式の全部について議決権を行使することについて、「同意」（106 条ただし書）している。

106 条ただし書は、同条本文の適用を排除するものであり、なお民法の共有に関する規定が適用されるから、議決権の行使にあたっては持分価格の過半数（民法 252 条 1 項）による決定を要する。

H が、本件準共有株式の全部について議決権を行使するに際し、I との間で何一つ合意は行われていなかったのであるから、本件決議 1 において H に議決権を行使させたことは、「決議方法の法令違反」（831 条 1 項 1 号）にあたる。

先行決議である本件決議 1 が取り消された場合、B、H、J は、取締役を選任されなかったことになり、B、C、D がなお権利義務取締役となる。そうすると、取締役でない J によって招集された本件株主総会 2 は、招集権限（295 条 3 項）のない者によって招集されていることとなり、決議不存在事由（830 条 1 項）があるといえる。

したがって、先行決議である本件決議 1 が取消された場合、後行決議である本件決議 2 に瑕疵が生じるといえ、i 要件を満たす。

もっとも、本件決議 2 の効力を争う決議が併合提起されていないことから、ii 要件を満たさず、本件訴えにかかる訴えの利益は認められない。

2 小問 2

(1) 上記の小問 1 とは異なり、本件株主総会 2 は、招集権限のある B によって招集されているため、本件決議 1 が取消されることにより本件株主総会 2 に瑕疵が生じるとは言えない (i 不充足)。

(2) よって、本件訴えにかかる訴えの利益は認められない。

以上

第一 設問1

1. 小問(1)について、Gは株主代表訴訟（会社法（以下法令名省略）847条3項）を適法に提起し、Aに対し任務懈怠に基づく損害賠償請求（423条1項）をしている。この請求は認められるか。

(1) Aは甲社の「取締役」である。

(2) 善管注意義務（330条、民法644条）に反した場合、「任務を怠った」といえる。

ア Dとしては、Aが甲社を代表してEから評価額1000万円の本件土地を5000万円で購入することは、甲社を害するものであって善管注意義務に反する旨主張すると考えられる。

イ これに対し、Aからは、本件土地は甲社の事業に用いられる可能性のあるものであるから、本件契約の締結については、いわゆる経営判断原則が適用されるとの反論が想定される。

ウ この点、確かに本件契約が経営判断に基づくことは否めない。そして、経営判断については取締役が広い裁量を有しており、その判断を委縮させるべきではないことから、裁量審査をすべきである。もっとも、本件契約はAE間の紛争を解決するために締結されたものであって、甲社とAの間には利益相反的な関係がある。そうすると、本件契約は甲社に害する危険があるものであり、経営判断原則は適用されない。そのため、本件契約については判断代置審査によるべきである。

本件で、Aは、本件土地の評価額が1000万円であることを知りながら、本件契約を締結した。さらに、本件土地は甲社の事業に用いられずに放置されている。これらを考慮すると、Aが甲社を代表して本件契約を締結したことは、善管注意義務に反し、「任務を怠った」といえる。

(3) 本件契約に「よって」、甲社は5000万円を支払い本件土地の評価額との差額4000万円について「損害」が生じている。

(4) 上記行為について、Aの責めに帰することができない事由（428条参照）はない。

(5) よって、Gの請求は認められる。

2. 小問(2)について、乙社のAに対する3000万円の損害賠償請求（429条1項）は認められるか。

(1) 前述の通りAは甲社の取締役であり、「役員等」にあたる（423条1項参照）。

(2) 「職務を行うについて悪意又は重大な過失があったとき」とは、任務懈怠及びそれについての悪意又は重過失をいう。

ア Aが甲社を代表して乙社に対し本件債務を負担した時点では、甲社の運転資金が枯渇するような状態ではなかった。また、Aは、甲社の運転資金が足りなくなれば、本件定期預金を取り崩すか担保に入れることにより対応することを予定しており、それは可能であった。そうすると、本件債務を負担すること自体は乙社を害するものではなく、善管注意義務に反しない。

イ また、本件債務の弁済期において甲社は債務超過になっており、本件債務を弁済することができない状態にあった。そうすると、甲社が本件債務を弁済しないことについて、Aの行為は介在しておらず、それゆえこの点にAの善管注意義務違反はない。

ウ もっとも、Aが上記のような意思を有していた以上、Aには乙社への弁済のため、本件定期預金を維持する義務があったといえる。それにもかかわらず、AはEに対し、本件売買契約の代金を本件定期預金によって弁済しており、上記義務に反している。そのため、Aには善管注意義務違反があり、任務懈怠がある。また、これについてAは当然悪意又は重過失がある。したがって、「職務を行うについて悪意又は重大な過失があった」といえる。

(3) Aの上記行為に「よって」、乙社は本件債務の弁済を受けることができず、3000万円の「損害」を生じている。

(4) よって、乙社の上記請求は認められる。

第二 設問2

1. 小問(1)について

(1) Iは、本件準共有株式を有するため、「株主」(831条1項柱書)として原告適格が認められるとも考えられる。もっとも、①本件準共有株式について名義書換(130条1項)がされたとの事情がないこと、及び②本件準共有株式に係る権利が106条によって制約されていることから問題となる。

ア ①について、本件準共有株式は名義書換がされていないことから、Iは自己が「株主」であることを甲社に対抗できないとも思える。

しかし、130条1項は「譲渡」、すなわち特定承継を対象とし、包括承継たる相続を対象としていないように読める。また、130条1項の趣旨は会社の事務処理に関する便宜を図る点にあるところ、相続にも130条1項が適用されるとすると、被相続人が死亡している以上、権利行使の空白が生じ、上記趣旨を超えて株主に不利益を与えることになる。そこで、相続に130条1項は適用されないと考える。

したがって、①を理由にIは原告適格を否定されない。

イ ②について、そもそもIはHとともに本件準共有株式を準共有(民法264条)しているところ、権利行使者の指定(106条本文)はされておらず、Iが本件訴えを提起することについての甲社の「同意」(同条但書)もない。そのため、Iは本件訴えを提起することができず、「株主」(831条1項柱書)と扱われないとも思える。

もっとも、本件決議1において、BはHの議決権行使に対して「同意」している。106条本文の趣旨は上記の通り会社の事務処理の便宜を図る点にあるものの、会社がこの利益を放棄することは可能である。そのため、106条但書の「この限りではない」とは、「特別の定め」(民法264条)たる106条本文が適用されず、民法上の共有規定が適用される。そうすると、Bの上記同意は、甲社の事務処理上の便宜を放棄し、HとIが本件準共有株式の株主であることを認めるものである。それにもかかわらず、

そのような本件決議1の瑕疵を争う訴え（831条1項）においてはIが本件準共有株式の株主であることを否定することは、上記の同意と矛盾する。そこで、Iが本件訴えを提起することについて、信義則上甲社の「同意」が擬制されるところ、本件訴えは、Iによる本件訴えについては民法上の共有規定が適用されるところ、本件訴えは、本件決議1の瑕疵を争うものであり、これは保存行為（民法252条5項）にあたる。したがって、Iは単独で本件訴えを提起することができ、なお原告適格は否定されない。

ウ 以上より、Iは原告適格を有する。

(2) 訴えの利益とは、本案判決の必要性及びそれによる紛争解決の実効性をいう。本件訴えは、B・J・Hを選任した本件決議1の取消しを求めるものであるが、当該決議で選任された3名は任期満了で退任している。そのため、特別の事情がない限り本案判決の必要性がないとして訴えの利益が欠ける。

ここにいう特別の事情とは、なお本件決議1の取消しの必要性がある場合を指す。そして、本件決議1の瑕疵が本件決議2の先決問題となる場合には、このような必要性があり、特別の事情があるといえる。

仮に本件決議1が取り消された場合、B・J・Hは遡及的に選任されなかったと扱われる（839条参照）。そのため、本件株主総会2の招集時点においては取締役の員数を欠き（331条5項）、B・C・Dが権利義務取締役（346条1項）になる。そして、Bは、権利義務代表取締役（351条1項）でもある。そうすると、本件株主総会2の招集権限を有するのはBであってJではなく、招集権限のないJによって招集されて行われた本件決議2は全員出席総会が成立しない限り不存在（830条1項）となる。このことから、本件決議1の瑕疵は本件決議2の先決問題となり、上記特別の事情があるといえる。なお、株主総会決議不存在確認の訴えには決議取消訴訟（831条1項）のような出訴期間制限はないため、本件訴えに本件決議2不存在確認の訴えを併合提起することは求められない。

以上より、本件訴えには訴えの利益が認められる。

(3) では、Iの請求は認められるか。

上記の通り、本件決議1にあたってはBが甲社を代表してHの議決権行使について「同意」（106条但書）している。そのため、民法上の共有規定が適用される。そして、本件決議1は取締役選任決議であり、これは誰が甲社を運営するかという事項に関わるものであり、株主にとっては「管理」（民法252条1項）行為にあたる。そのため、過半数の同意がなければHは議決権行使ができない。それにもかかわらず、本件準共有株式の2分の1の持分を有するIの同意を得ていないため、本件決議1には決議方法の法令違反（831条1項1号）がある。

また、この瑕疵は、Iの議決権を奪うものと同視できるから「重大」なものであり、裁量棄却（831条2項）は認められない。

したがって、I の請求は認められる。

2. 小問(2)

この場合、本件決議 1 に瑕疵があったとしても、B が権利義務代表取締役になるため、B が招集して行われた本件決議 2 は不存在とならない。また、取締役会決議での欠員はいないため、この点に瑕疵もない。そのため、上記特別の事情はなく、本件訴えは訴えの利益を欠く。

以 上