

**2020年度同志社大学大学院司法研究科**  
**履修免除試験問題解説**  
**商法**

**出題の趣旨**

- ・会社の資産を代表取締役が買い受ける取引について、利益相反取引の該当性を判断することができるか。
- ・取締役会設置会社において、利益相反取引には取締役会の承認が必要であること、利益相反取締役は特別利害関係取締役にあたると解されていることを踏まえて、取締役会決議の効力を適切に判定することができるか。
- ・取締役会決議の効力についての検討結果を踏まえて、本件契約の効力を適切に判定することができるか。
- ・利益相反取引の当事者となった取締役が会社に対して責任を負うための適用条文（423条1項に加えて、同条3項、428条）を適切に指摘することができるか。
- ・会社資産の時価よりも低い取得価額にしたがい会社資産が処分された場合に、会社の損害の有無を適切に判定することができるか。
- ・任務懈怠の推定規定（423条3項）を正しく理解し、適切に用いることができるか。
- ・帰責事由がないことを理由として免責されないとする428条を正しく理解しているか。
- ・株主代表訴訟を適法に提訴するために、持株要件（期間要件を含む）、提訴請求手続の要否を適切に検討することができるか。
- ・提訴請求の名宛人を正しく理解しているか。

**解答の指針と講評**

**問（1）**

**1. 利益相反取引の該当性**

甲社が所有する土地乙を、甲社の（代表）取締役であるAに対して売却する取引は、甲社において、Aの自己のためにする利益相反取引（自己取引：356条1項2号）に該当する。

Aが自己の名義かつ計算で土地乙を取得する本間の事案においては、名義説、計算説のいずれに立つとしても、Aの自己のためにする取引となることに変わりはない。

取締役会設置会社である甲社においては、利益相反取引をしようとするときは取締役会の承認を得なければならない（365条1項）。

**2. 利益相反取引の承認手続**

利益相反取引を承認する際には、重要事実が開示されなければならない（356条1項柱書）、また、決議に際して特別の利害関係を有する取締役は議決権を行使することができない（369条2項）。利益相反取締役は特別利害関係取締役である、と考えることは広く承認

されている。

本問においては、土地乙の評価額を時価によらずに取得原価に求めたことは、重要事実を適正に開示したことになるか（「評価額」を開示するつもりであれば、取得原価を根拠にすることは誤りであると考えるのが素直）。適切な開示によらずに承認された取締役会決議は、軽微な開示義務違反の場合を除き、無効になると解される。

Aが特別利害関係取締役であることは明らかであるから、本件契約の承認決議に際してAが議決権を行使したことは369条2項違反である。

同項違反の取引については、議決について特別利害関係取締役が議決権を行使した場合であっても、その議決権の行使により議決の結果に変動が生ずることがないときは、そのことをもって、議決の効力が失われるものではない（最判昭和54年2月23日民集33巻1号125頁，最判平成28年1月22日民集70巻1号84頁）。

結論としては、開示義務の違反があると認めるときは、取締役会決議は違法と解される。特別利害関係取締役Aによる議決権行使は、これを数えないときも7名の出席取締役のうち5名の取締役が賛成しているから取締役会決議は無効とはならない。

### 3. 取締役会決議の効力と取引の効力

適法な取締役会決議の承認を得ていない直接取引は無効と解される。

善意の第三者との関係では、直接取引の無効を会社は主張することができない、という考え方があがるが、本問では善意の第三者は登場しないため、この問題に触れる必要はない。他方、適法な取締役会の承認があると考えるときは、本件契約は有効と解される。

## 問（2）

### 1. 利益相反取引についての任務懈怠の推定規定

利益相反取引により会社が損害を被ったときは、適法な承認がなされたか否かを問わず、取締役の任務懈怠が推定される（423条3項）。

### 2. 会社の損害——取得価額と時価

土地乙の取得価額が1億円であるとき、売却時の評価額（時価）が2億円を下らないとしても、本件契約によって甲社が損害を被らないといえるかが問題。

本件契約が無効なときでも、Aが土地乙を甲社に返還するまでは甲社に損害あり。土地乙の評価額の増額分（含み益）を甲社に得させず、その全額を取締役Aに移転する取引は、甲社が潜在的に把握していた含み益を失わせる行為であって、会計帳簿上は甲社に損害は生じないように見えても、甲社の損害ありと考えるのが素直であろう。

⇒ これを肯定する限り、Aの任務懈怠が推定される。→反証の可否が次の問題。

### 3. Aの任務懈怠なしと反証する余地はあるか

Aは、取引時における土地乙の評価額が2億円を下らないことについて予想することができた、とされているので、

- ・本件契約の前に不動産鑑定を経るべきであった、
- ・不動産鑑定の結果を得て、含み益の額を明らかにした上で利益相反取引の承認を求めべきであった、あるいは、
- ・取引時の時価にしたがって売買価額を決定することにより、甲社が把握している含み益をAに移転する行為を回避すべきであった、

等の問題があることから、Aの任務懈怠がないとの反証は難しいと考えられる。

甲社の損害ありと認める限り、これが直接取引を原因とすること（因果関係）は明らか。直接取引につきAに任務懈怠があるなら、この任務懈怠と甲社の損害の間の相当因果関係も肯定される。

### 4. 帰責事由について——428条1項

自己のために直接取引を行ったAは、任務懈怠につき帰責事由がないことをもって責任を免れることができない（428条1項）。

Aは、取引時における土地乙の評価額が2億円を下らないことについて予想することができた、とされているので、甲社に損害が生じることにつき予見可能性があり、任務懈怠につき帰責事由がないとの主張をすることは、そもそも難しいと考えられる。

### 5. 結論

本件契約が無効であるときは、Aが土地乙を甲社に返還するまでは甲社に損害があり、本件契約が有効であるときは、Aは甲社に対する土地乙の返還義務を負わないから、甲社に損害が生じたことを否定できない。そして、本件契約に基づき甲社に生じた含み益の喪失という損害、少なくとも1億円は、Aの任務懈怠と因果関係のある損害であり、Aはこの任務懈怠につき帰責事由がないと主張することができない。以上より、Aはこの損害を甲社に対して賠償する責任を負う。

## 問（3）

### 1. 株主代表訴訟の提訴権者

甲社は、株式譲渡制限を定める定款規定を置いていない公開会社（2条5号）であるから、6か月前から継続して1株以上の株式を継続保有する株主は、株主代表訴訟の提訴権を

有する（847条1項）。3年前から1万株の甲社株式を保有するXはこの要件を満たす。

## 2. 提訴請求手続

株主代表訴訟の提訴権者であるXは、自ら提訴する前に、甲社に対して提訴請求する必要がある（847条1項）。株主による適法な提訴請求がなされてから60日間、会社が取締役に対して訴訟を提起しないときは、提訴請求した株主は自ら取締役を被告として、会社に対する責任を追及する訴訟を提起することができる（847条3項）。

60日の期間経過により、甲社に回復することのできない損害が生じるおそれがあるときは、Xは提訴請求手続を経ないで直ちに代表訴訟を提起できるが（同条5項本文）、本問の事案には、そのような緊急を要すべき事情は認められない。この点は論じなくて良い。

監査役設置会社においては、提訴請求の名宛人は、取締役と会社との訴訟につき、また、提訴請求の通知を受けるにつき、会社を代表する権限を有する監査役である（386条2項1号）。

株主が提訴請求を誤って代表取締役宛に通知したときは、提訴請求は不適法となり、その後60日の経過するまで会社が取締役に対する訴訟を提起しなくても、提訴請求手続の瑕疵は治癒されない。

但し、監査役において、提訴請求の内容を正確に認識した上で取締役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、監査役は、甲社の代表者として監査役が記載された提訴請求書の送付を受けたのと異なる状態に置かれたものといえるから、株主が提起した代表訴訟については、代表者として監査役が記載された適式な提訴請求書があらかじめ会社へ送付されていたのと同視することができ、これを不適法として却下することはできない（最判平成21年3月31日民集63巻3号472頁）。