

### 第 38 問

基礎応用 140 頁・12(1)、

論証集 76 頁・12(1)

#### (事案)

1. 甲株式会社（以下「甲社」という）は、会社法上の取締役会設置会社である。

甲社の取締役は、A、B 及び C の 3 名であり、その代表取締役は A と B である。A 及び B については取締役及び代表取締役として、C については取締役として、会社法の規定に従い、それぞれ登記がなされている。

2. 令和 4 年 5 月 1 日、C は、甲社の取締役を辞任することで退任したが、その際、A から「会社の都合上、取締役としての登記を残してほしい。」と懇願され、A に対して恩義を感じていたため、「分かりました。登記はそのままでも構いません。」と回答し、取締役の退任登記の申請をしなかった。これにより、C が甲社の取締役を退任した後も、C の取締役としての登記が残存していた。

なお、C は、甲社の取締役を退任した後、甲社の取締役としての行為は一切行っていない。

3. 同年 10 月頃、A と B が不正な融資を行ったことにより、甲社は、資金繰りが急激に悪化し、倒産するに至った。これにより、乙株式会社（以下「乙社」という）は、甲社に対する 1 億円の売掛債権を回収することができなくなった。

なお、C は、A と B が不正な融資を行おうとしていることに気が付いていたが、取締役ではない自分が口を出すことではないと考え、何らの措置も講じなかった。また、当時、乙社は、C が甲社の取締役を退任している事実を知らなかった。

#### (設問)

上記 1 から 3 までを前提として、C の乙社に対する会社法上の損害賠償責任について、論じなさい。

(参考答案)

1. Cは、「第三者」である乙社に対して、甲社の取締役として、乙社が甲社から回収できなくなった1億円について、損害賠償責任(会社法429条1項)を負わないか。

2. Cは、A・Bによる不正融資があった時点では、既に甲社の取締役を退任していた。

取締役を退任した者であっても、退任後に積極的に取締役として対内的又は対外的な行為をあえてしていた場合には、事実上の取締役として429条1項の類推適用を受けると解されている。

しかし、Cは、退任後、甲社の取締役としての行為は一切行っていなかったのだから、事実上の取締役には当たらない。

3. もっとも、Cは、退任後も取消事由としての登記が残存しているため、908条2項の適用によりCとの関係で取締役とみなされ、その結果、「役員」(429条1項)に当たることにならないか。

(1) 確かに、登記簿上の取締役は原則として「役員」に当たらないし、登記義務者ではないため「不実の事項を登記した者」にも当たらないから908条2項の直接適用も認められない。しかし、外観理論という同条項の趣旨に照らし、退任登記未了の登記簿上の取締役は、不実登記を残存させることについて明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情の存する場合には、908条2項の類推適用により、善意の第三者に対する関係では取締役でないことを対抗できなくなり、その結果「役員」に当たると解する。

(2) Cは、取締役を退任した際に、取締役としての登記を残存させることについて、Aから懇願されて「分かりました。登記はそのままでも構いません。」と回答することで明示的な承諾を与えたのだから、上記の特段の事情が認められる。そして、乙社は、貸付けの当時、Cが甲社の取締役を退任している事実を知らなかったのだから、善意の第三者に当たる。したがって、Cは、乙社との関係では取締役たる「役員」に当たる。

4. Cは、乙社との関係では、取締役であることを対抗できない以上他の取締役と同様の義務を負う。

(1) 取締役会設置会社の代表権のない取締役は、監督機関たる取締役会(362条2項2号)の構成員たる地位に基づき、「その職務」として他の取締役の職務について監視義務を負う。そして、この監視義務は取締役会非上程事項にも及ぶと解する。

(2) そうすると、取締役会設置会社である甲社の登記簿上の取締役であるCは、「その職務」として、他の取締役の職務について監視義務を負う。

Cは、AとBが不正な融資を行おうとしていることについて

基礎応用 141頁・46)、論証集 77頁・33)

基礎応用 141頁 [論点 3]、論証集 77頁 [論点 3]

基礎応用 132頁 [論点 5]、論証集 72頁 [論点 5]

て、何らの措置も講じていないから、監視義務違反による任務懈怠が認められる。そして、Cは、気が付いていたにもかかわらず何らの措置も講じなかったのだから、監視義務違反による任務懈怠について「悪意」がある。

5. 乙社には、甲社が倒産したことにより、甲社に対する1億円の売掛債権を回収できなくなったという1億円の間接「損害」が生じている。
6. Cが監視義務を果たしてA・Bによる不正な融資を阻止していれば、甲社が資金繰りの急激な悪化により倒産することもなかったのだから、甲社の倒産により乙社に上記5の「損害」が生じることもなかったといる。したがって、Cの監視義務違反と上記5の「損害」との間には相当因果関係がある。
7. 以上より、Cは乙社に対して1億円の損害賠償責任を負う。



### 第 39 問

基礎応用 140 頁・12(1)、  
論証集 76 頁・12(1)、平成  
27 年予備試験設問 1(1)参  
考

#### (事案)

1. 甲株式会社(以下「甲社」という)は、高級弁当の製造販売事業を営んでおり、これを全国の百貨店で販売している。

甲社は、取締役会設置会社であり、その代表取締役は、創業時から A のみが務めている。

2. 甲社の取締役であり、弁当事業部門本部長を務める B は、消費期限が切れて百貨店から回収せざるを得ない弁当が多いことに頭を悩ませており、回収された弁当の食材の一部を再利用するよう、弁当製造工場の責任者 C に指示していた。

3. 令和 4 年 4 月、上記 2 の指示について C から相談を受けた A は、B から事情を聞いた。B は、食材の再利用を C に指示していることを認めた上で、「再利用する食材は新鮮なもののみ限定しており、かつ、衛生面には万全を期している。また、食材の再利用によって食材費をかなり節約できる。」などと A に説明した。これに対し、A は、「衛生面には十分に気を付けるように。」と述べただけであった。

4. 令和 4 年 8 月、甲社が製造した弁当を食べた人々におう吐、腹痛といった症状が現れたため、甲社の弁当製造工場は、直ちに保健所の調査を受けた。その結果、上記症状の原因は、再利用した食材に大腸菌が付着していたことによる食中毒であったことが明らかとなり、甲社の弁当製造工場は、食品衛生法違反により 10 日間の操業停止となった。

5. 甲社は、弁当の製造販売事業を継続していたが、売上げが伸びず、かつ、食中毒の被害者として甲社に損害賠償を請求する者の数が予想を大幅に超え、被害者である D らに対して損害の全額を賠償することができなくなった。

D らは、食中毒により被った損害のうち、なお 1 億円相当の額について賠償を受けられないでいる。

#### (設問)

A 及び B は、食中毒の被害者である D らに対し、会社法上の損害賠償責任を負うかについて、論じなさい。

(参考答案)

1. B の対第三者責任 (会社法 429 条 1 項)

(1) 同条項の責任は第三者保護のための特別の法定責任であるから、「悪意又は重大な過失」は任務懈怠について存すれば足りると解される。

甲社の取締役として「役員等」に当たる B は、取締役の「職務」として法令遵守義務を負う (355 条)。

会社が業務を行う際に法令を遵守すべきことは当然であるから、会社の業務執行を決定して業務の執行に当たる取締役も、会社に法令違反をさせないようにする職務上の義務を負う。そこで、法令遵守義務における「法令」には、会社を名宛人とする法令も含まれると解する。

B は、弁当事業部門部長として、弁当製造工場の責任者 C に対し、賞味期限が切れて百貨店から回収した弁当の食材の一部を再利用するよう指示をし、その結果、再利用された食材に大腸菌が付着している弁当を販売することにより食中毒被害を引き起こすという食品衛生法違反を犯している。したがって、B には法令遵守義務違反による任務懈怠がある。

(2) 賞味期限切れの弁当の食材の一部を再利用する際、再利用した食材に大腸菌が付着しているなどの理由で食中毒被害が起きるという事態は比較的容易に予測できるから、B には、(1) の法令遵守義務違反について「重大な過失」がある。

(3) C の前記任務懈怠「によって」、「第三者」である D らは、食中毒になるという 1 億円相当の直接「損害」を被った。

(4) したがって、B は、D らに対して (3) の損害を賠償する責任を負う。

2. A の対第三者責任 (429 条 1 項)

(1) 代表取締役は、業務執行者 (363 条 1 項 1 号) 及び代表者 (349 条 4 項) たる地位に基づき、会社の業務全般についてその適正を確保する職責を負う者の「職務」として、他の取締役の職務執行について監視義務を負うと解される。したがって、代表取締役として「役員等」に当たる A は、「その職務」として、取締役 B の職務執行について監視義務を負う。

A は、B から事情を聞くことで、B が賞味期限切れの弁当の食材の一部を再利用するつもりであることを認識していた。そして、このような再利用には衛生面でのリスクが伴い、このリスクが食中毒被害に現実化した場合には会社に莫大な損害が生じかねないから、A には、B が衛生面に万全を期して再利用に係る職務を遂行しているかについて十分に監視する義務があったというべきである。にもかかわらず、A は、B に対し、

基礎応用 128 頁 [論点 2]、  
論証集 70 頁 [論点 2]

基礎応用 132 頁 [論点 5]、  
論証集 72 頁 [論点 5]

「衛生面には十分に気を付けるように。」と述べただけであり、十分な監視を行っていないから、監視義務違反による任務懈怠が認められる。

(2) A の監視義務違反の態様が甚だしいことから、監視義務違反について「重大な過失」が認められる。

(3) A が監視義務を果たしていれば、B が C に対する適切な指示をすることで再利用した食材に大腸菌が付着する事態を回避することができたといえるから、A の監視義務違反「によって」、「第三者」D らに食中毒被害による 1 億円相当の直接「損害」が生じたといえる。

(4) したがって、A は、D らに対して (3) の損害を賠償する責任を負う。

3. 両者の責任は連帯債務の関係に立つ (430 条)。 以上





#### 第 40 問

(事案)

1. 甲株式会社(以下「甲社」という)は、会社法上の取締役会設置会社であり、かつ、公開会社である。

甲社の取締役は、Aほか5名であり、その代表取締役はAのみである。

2. Aが不正な融資を行ったことにより、甲社は、資金繰りが急激に悪化し、深刻な債務超過に陥ったため、破産手続開始の申し立てを行った。

甲社の株式は、甲社に係る破産手続開始の決定により、無価値となった。

(設問)

Aは、甲社の株主であるBに対し、会社法上の損害賠償責任を負うかについて、論じなさい。

基礎応用 140 頁・12(1)、  
論証集 76 頁・12(1)、平成  
27 年予備試験設問 1(2)参  
考

(参考答案)

1. Bが保有する甲社の株式が無価値となったことについて、甲社の取締役として「役員」に当たるAは損害賠償責任(会社法429条1項)を負うか。
2. 同条項の責任は第三者保護のための特別の法定責任であるから、「悪意又は重大な過失」は任務懈怠について存すれば足りると解される。

Aが不正な融資を行ったことは、Aが「その職務」として甲社に対して負う善管注意義務(330条・民法644条)・忠実義務(355条)に違反するものであり、任務懈怠に当たる。

Aは不正な融資であることを認識していたはずだから、Aの上記任務懈怠には「悪意」がある。
3. 甲社の株主であるBには、甲社が深刻な債務超過に陥り破産手続開始の決定を受けたことにより、その保有する甲社株式が無価値になるという間接「損害」が生じている。
4. Aの上記任務懈怠により甲社の資金繰りが急激に悪化し、深刻な債務超過に陥ったために甲社が破産手続開始の決定を受け、これにより甲社の株式が無価値になったのだから、Aの上記任務懈怠と上記3の「損害」との間には相当因果関係がある。
5. では、間接損害を被ったにとどまる株主であるBも「第三者」(429条1項)に含まれるか。
  - (1) 間接損害を被った株主は、株主代表訴訟(847条)による役員等の対会社責任の追及により会社の損害を回復することを通じて救済されるべきであるから、原則として「第三者」に当たらない。もっとも、株主代表訴訟による救済が期待できない場合には、前述した429条1項の趣旨に照らし、間接損害を被った株主も「第三者」に含まれると解すべきである。
  - (2) 破産開始手続に入っている甲社では、株主代表訴訟を通じて会社損害を補填して株式の価値を回復することは期待できないから、Bも「第三者」に当たる。
6. したがって、AはBに対して上記3の損害を賠償する責任を負う。

以上

基礎応用 142頁 [論点5]、  
論証集 78頁 [論点5]

#### 第 4 1 問

基礎応用 143 頁・12(2)、  
論証集 78 頁・12(2)、平成  
22 年司法試験設問 2 参考

##### (事案)

1. 甲株式会社(以下「甲社」という)は、会社法上の取締役会設置会社である。

甲社の取締役は、A、B 及び C の 3 名であり、その代表取締役は A のみである。

2. A は、甲社の業績が年々悪化し、資金繰りが悪くなっていたことから、銀行から融資を受けようと考えた。

A は、実際には甲社の現金が 5000 万円しかないにもかかわらず、資産の部における現金(流動資産の一種)を 2 億円と記載した虚偽の貸借対照表を作成した上で、これを乙銀行に示して、1 億円の融資を申し入れた。

乙銀行は、現金が 1 億円未満であれば回収不能リスクが高いため融資に応じるつもりはなかったが、A から示された貸借対照表を見て甲社には現金が 2 億円もあるのだから回収不能になることはまずないと考え、甲社に対して 1 億円を貸し付けた。

3. その後、甲社は、業績を回復することができず、破綻した。これにより、乙銀行は、甲社に対する 1 億円の貸付債権を回収することができなくなった。

##### (設問)

上記 1 から 3 までを前提として、A、B 及び C の乙銀行に対する会社法上の損害賠償責任について、論じなさい。

(参考答案)

## 第1. Aの責任

### 1. 会社法429条2項1号の責任

- (1) 甲社の代表取締役として「役員」に当たるAは、「計算書類」たる貸借対照表の「重要な事項」に当たる資産の部の現金について、真実が5000万円であるのに2億円という「虚偽の記載」をした(1号口)。
- (2) 「第三者」である乙銀行は、現金が1億円未満であれば回収不能リスクが高いため融資に応じるつもりはなかったが、Aから示された虚偽の貸借対照表を見て甲社には現金が2億円もあるのだから回収不能になることはまずないと誤信して、甲社に対して1億円を貸し付けた。そうすると、上記(1)の行為と貸付債権の回収不能によって乙銀行に生じた1億円の「損害」との間には相当因果関係があるといえる。
- (3) 甲は内容が虚偽であることを知りながら上記(1)の行為に及んでいるから、無過失証明による免責もない(429条2項但書参照)。
- (4) したがって、Aは乙銀行に対して1億円の損害賠償責任を負う。

### 2. 会社法429条1項の責任

- (1) Aが虚偽の貸借対照表を作成した上でこれを乙銀行に示して乙銀行を欺罔したことは、詐欺による犯罪行為であるから、法令違反による任務懈怠に当たる。
- (2) 乙銀行は、上記の欺罔行為により錯誤に陥り、甲社に対して1億円を貸し付けたのだから、Aの欺罔行為と貸付債権の回収不能によって乙銀行に生じた1億円の「損害」との間には相当因果関係があるといえる。
- (3) したがって、Aは乙銀行に対して、429条1項に基づく損害賠償責任も負う。

## 第2. B・Cの責任

### 1. 会社法429条2項1号の責任

貸借対照表の虚偽記載に関与していないB・Cは、429条2項1号の「取締役」に当たらないから、429条2項1号に基づく損害賠償責任は負わない。

### 2. 会社法429条1項の責任

- (1) 取締役会設置会社の代表権のない取締役は、監督機関たる取締役会(362条2項2号)の構成員たる地位に基づき、「その職務」として他の取締役の職務について監視義務を負う。そして、この監視義務は取締役会非上程事項にも及ぶと解する。  
したがって、甲社の取締役であるB・Cは、「その職務」とし

基礎応用 132 頁 [論点 5]、  
論証集 72 頁 [論点 5]

て、代表取締役 A の職務執行について監視義務を負う。

にもかかわらず、B・C は、A による第 1 の 1・2 の行為を監視して、阻止することを怠ったのだから、監視義務違反による任務懈怠が認められる。

- (2) B・C は、何らの監視も行っていないから、監視義務違反の態様が甚だしいといえ、監視義務違反による任務懈怠について「重大な過失」が認められる。
- (3) B・C が監視義務を果たしていれば、A の行為に気が付き、これを阻止することができたといえるから、監視義務違反と乙銀行の 1 億円の「損害」との間には相当因果関係がある。
- (4) したがって、B・C は乙銀行に対して 1 億円の損害賠償責任を負う。

以上



## 第 4 2 問

基礎応用 159 頁・1、論証  
集 88 頁・1、平成 26 年司  
法試験設問 3 参考

(事案)

1. 甲株式会社(以下「甲社」という)は、会社法上の取締役会設置会社であり、かつ、非公開会社である。

甲社の取締役は、A ほか 3 名であり、その代表取締役は A のみである。

2. 甲社は、その事業に必要なものとして、A から A が所有する土地(以下「本件土地」)を購入することとし、適法な招集手続を経た上で取締役会を開催し、甲社が A から本件土地を購入することについて、重要な事実を開示した上で、取締役会の承認を得た。

その後、甲社は、A との間で、甲社が A から本件土地を代金 1 億円で購入する旨の契約(以下「本件契約」という)を締結し、A に対して本件契約の代金として 1 億円を支払った。

(設問)

甲社の株主である B は、本件土地の所有権登記の名義が A のままであることから、A に対して本件土地の所有権移転登記手続を求める訴えを提起したいと考えている。

B の訴えが認められるかについて、論じなさい。

(参考答案)

1. Bは、甲社の「株主」(会社法 847 条 1 項本文、2 項)として、甲社の代表「取締役」である A の甲社に対する本件土地の所有権移転登記義務について、甲社に対して提訴請求をし、60 日以内に甲社が提訴しなかったならば、自ら同責任を追及する株主代表訴訟を提起することができる(同条 3 項)。
2. A は、甲社との間で締結した本件契約(民法 555 条)に基づく財産権移転債務の一環として、本件土地の所有権移転登記義務を負っている(民法 560 条)。では、このような取引上の債務も株主代表訴訟の対象である「責任」に含まれるのか。
  - (1) 株主代表訴訟の趣旨は役員間の同僚意識による責任追及懈怠のおそれへの対処にあるところ、責任追及懈怠のおそれは取締役の地位に基づく責任に限られない。また、取締役は会社に対する取引債務についても会社に対し忠実に履行すべき義務を負う。そこで、役員等の「責任」には、会社法上の責任のみならず、取締役の会社に対する取引債務も含まれると解する。
  - (2) A の登記義務は本件契約に基づく取引債務であるから、株主代表訴訟の対象である「責任」に含まれる。
3. したがって、上記 1 の訴えが認められる。 以上

基礎応用 160 頁 [論点 1]、  
論証集 88 頁 [論点 1]



### 第 4 3 問

基礎応用 159 頁・1~2、論

証集 88 頁・1~2、令和 2 年

予備試験設問 1 参考

#### (事案)

1. 甲株式会社（以下「甲社」という）は、会社法上の取締役会設置会社であり、かつ、非公開会社である。

甲社の取締役は、A ほか 3 名であり、その代表取締役は A のみである。

乙株式会社（以下「乙社」という）は、会社法上の取締役会設置会社であり、かつ、非公開会社である。また、乙社は、甲社の完全子会社でもある。

乙社の取締役は、B ほか 3 名であり、その代表取締役は B のみである。

甲社の総資産額は 10 億円であり、甲社が保有している乙社の株式の帳簿価額は 3 億円である。

2. B が乙社の代表取締役として不正な融資を行ったことにより、乙社には貸付債権の回収不能による 1 億円の損害が生じた。

なお、A は、B が不正な融資を行おうとしていることに気が付いていたが、子会社の取締役の職務執行についてまで口を挟む気はないと考え、何らの措置も講じていなかった。

#### (設問)

C は、甲社の発行済株式 1000 株のうち 100 株を保有しており、甲社の株主として、B の乙社に対する損害賠償責任と A の甲社に対する損害賠償責任を追及したいと考えている。B 及び A の会社法上の損害賠償責任の有無とそれぞれの責任を C が追及する方法について、論じなさい。

(参考答案)

1. Bの乙社に対する責任

(1) Cは、乙社の発行済株式の全てを保有する甲社の発行済株式1000株のうち100株を保有しているから、「株式会社の最終完全親会社」甲社の「総株主…の議決権の百分の一…以上の議決権を有する株主」(会社法847条の3第1項本文、同条6項)として、Bの乙社に対する損害賠償責任(423条1項)について、乙社に対して提訴請求をし、60日以内に乙社が提訴しなかったならば、自ら同責任を追及する多重代表訴訟を提起することが考えられる(同条7項)。

Bの不正融資の時点において、甲社が保有する乙社株式の「帳簿価額」は3億円であり、これは「当該最終完全親会社等の総資産額」10億円の「5分の1を超える」(同条4項)。

したがって、Cは上記訴えを提起することができる。

(2) Bが不正な融資を行ったことは、Bが「その任務」として甲社に対して負う善管注意義務(330条・民法644条)・忠実義務(355条)に違反するものであり、任務懈怠に当たる。

(3) Bの(2)任務懈怠に「よって」、乙社には貸付債権の回収不能による1億円の「損害」が生じた。

(4) Bは不正な融資であることを認識していたはずだから、帰責事由(428条1項参照)もある。

(5) したがって、Bは乙社に対して1億円の損害賠償責任を負う。

(6) よって、上記訴えが認められる。

2. Aの甲社に対する責任

(1) Cは、甲社の「株主」(847条1項本文、2項)として、Aの甲社に対する損害賠償責任(423条1項)について、甲社に対して提訴請求をし、60日以内に甲社が提訴しなかったならば、自ら同責任を追及する株主代表訴訟を提起することができる(同条3項)。

(2) 子会社株式は親会社の資産であるため、子会社の損害は親会社が保有する子会社株式の減価を通じて親会社の損害にもなるから、362条4項6号にも照らし、親会社取締役は「その任務」として、子会社の業務を監視・監督する義務を負うと解する。

Aは、Bが不正な融資を行おうとしていることについて気が付いていたのだから、これを阻止するための措置を講じることを内容とする監視義務を負っていた。にもかかわらず、Aは、何らの措置も講じなかったのだから、監視義務違反により「その任務を怠った」といえる。

基礎応用 163 頁・2、論証  
集 89 頁・2

基礎応用 159 頁・1、論証  
集 88 頁・1

基礎応用 133 頁 [論点 6]、  
論証集 74 頁 [論点 6]

- (3) 乙社に1億円の「損害」が生じたことにより、乙社の完全親会社である甲社には、その保有する乙社株式の減価を通じて1億円の「損害」が生じたといえる。
- (4) Aが監視義務を果たしていればBの不正融資を阻止することができたのだから、(3)の損害とAの監視義務違反との間には相当因果関係がある。
- (5) Aは、Bが不正な融資を行おうとしていることに気が付いていたが、子会社の取締役の職務執行についてまで口を挟む気はないという不合理的な理由に基づき、何らの措置も講じていなかったのだから、帰責事由(428条1項参照)もある。
- (6) したがって、Aは甲社に対して1億円の損害賠償責任を負う。
- (7) よって、上記訴えも認められる。 以上



#### 第 4 4 問

基礎応用 168 頁・3、論証  
集 91 頁・3、平成 24 年司  
法試験設問 2(1)

##### (事案)

1. 甲株式会社(以下「甲社」という)は、監査役会設置会社であり、かつ、公開会社である。

甲社は、その純資産は30億円であるものの、近年、業績が下落の一途を辿っている。

甲社の取締役は、Aほか3名であり、その代表取締役はAのみである。

甲社の監査役は、B、C及びDの3名である。

甲社の発行済株式の総数は100万株であり、Eは、甲社の創業当時から10万株を保有している。

乙株式会社(以下「乙社」という)は、設立以来、株主も取締役もAの旧友であるFだけの会社であるが、実際の事業活動は、ほとんど行っていない。

2. Aは、Fから乙社に融資をして欲しいと頼まれたため、適法な招集手続に基づいて開催された取締役会において、乙社に対して無利息かつ無担保で10億円を貸し付けること(以下「本件貸付け」という)について提案した。これに対し、監査役として取締役会に出席していたDは、反対である旨の意見を述べたが、取締役の賛成多数により上記提案が可決された。

3. Dは、この取締役会の後に引き続いて開かれた甲社の監査役会でも、本件貸付けはさせるべきでない旨を強く主張したが、B及びCは、これに取り合わなかった。最終的には、Bが、本件貸付けについては問題視しないことを監査役会の方針とする旨の提案をし、Dが反対したものの、Cは、この提案に賛成した。

4. Dと、甲社の創業当初から甲社の株式を保有しているEは、本件貸付けをあらかじめ阻止したいと考えている。

##### (設問)

Aが甲社を代表して本件貸付けを実行しようとしている場合、D及びEが本件貸付けをあらかじめ阻止するために行使することができる会社法上の権限について、論じなさい。

(参考答案)

1. E は、甲社の創業時から甲社株式を 10 万株保有しているのだから、甲社の株式を「六箇月前から引き続き…有する株主」として、甲社の代表「取締役」A による本件貸付けの差止請求（会社法 360 条 1 項、3 項）をするとともに、差止請求権を被保全権利として差止仮処分申立て（民事保全法 23 条 2 項）をすることが考えられる。

(1) まず、「法令」には、取締役の善管注意義務を定める 330 条・民法 644 条も含まれると解される。

本件貸付けは、事業活動をほとんど行っていない乙社に対し、10 億円もの金額を無担保で貸付けるものであるから、ほぼ確実に回収不能の損害が生じる。そして、甲社・乙社間に業務提携関係等もないことからすると、回収不能の蓋然性が高い巨額の貸付けを行う合理的理由はない。

したがって、A の善管注意義務違反による「法令…違反」が認められる。

(2) 次に、監査役会設置会社である甲社においては、株主の差止請求における損害要件は、「著しい損害」から「回復することができない損害」に加重される（360 条 3 項）。

確かに、10 億円の回収不能による損害は相当重大である。

しかし、金銭的損害それ自体は、事後回復の余地のあるものである。しかも、貸付額 10 億円はそれ自体として高額であるものの、甲社の純資産が 30 億円もあることからすれば、10 億円の回収不能という金銭的損害が甲社の倒産にまで波及するとはいい難い。

したがって、「回復することができない損害が生ずるおそれ」があるとまではいえない。

(3) よって、E の請求等は認められない。

2. D は、「監査役」として、差止請求（385 条）をするとともに、差止請求権を被保全権利として差止仮処分申立て（民事保全法 23 条 2 項）をすることが考えられる。

(1) まず、「法令…違反」は上記 1 (1) の通りである。

(2) 次に、近年、甲社の業績が下落の一途を辿っていたことも考慮すると、純資産 30 億円の約 33%にも相当する 10 億円の回収不能は、「著しい損害」であると言わざるを得ない。したがって、「著しい損害が生ずるおそれ」があり、385 条の要件を満たす。

(3) そして、監査役会では本件貸付を問題視しない方針決定がされている（390 条 2 項 3 号）が、監査役が独任制の機関であることから、上記の決定は監査役 D の差止請求権の行使を妨げ

るものとはならない（390条2項但書）。

（4）したがって、Dによる差止請求が認められる。また、甲社に10億円という巨額の損害が発生する蓋然性の高さから、保全の必要性もあるといえ、差止仮処分の申立ても認められる。

3. Dは、監査役としての業務監査権限（381条1項）に基づき、本件貸付けの適法性を調査（同条2項）し、違法であると判断した場合にはその旨を取締役会に報告する（382条）こともできる。

