

1 【第2問】(配点：200〔設問1から設問4までの配点の割合は、5：5：3.5：6.5〕)

2 次の文章を読んで、以下の1から4までの設問に答えよ。

3

4 I 山野弁護士は大手の丙銀行株式会社(以下「丙銀行」という。)の顧問弁護士を、川野弁護士は
5 丁株式会社(以下「丁社」という。)の顧問弁護士をそれぞれ務めていたが、平成20年5月中旬
6 ころ、それぞれ、各社の法務担当者から相談を受けることとなった。各社からの相談は、いずれ
7 も以下の1から16までの事実経過を前提としたものであり、丙銀行からは17の経緯で、丁社
8 からは18の経緯でそれぞれされたものとする。

9

10 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
11 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
12 会社であり、乙社が汎用性のある部品の開発に成功したことをきっかけとして設立されたもの
13 である。

14 2. 乙社は、理工学系の大学院で機械工学を学んだAが友人であるBとともに設立した会社であ
15 り、その株主は、A及びBの2人だけである。また、同社の取締役には、A及びBのほか、A
16 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。同社は、その製品に関
17 して多数の特許を取得し、順調に事業を展開していたことから、会社法上の公開会社でない株
18 式会社でありながら、大きな信用力を保持していた。

19 3. 甲社は、国内外の工作機械製造会社から注文が殺到したために急成長し、平成15年には、
20 東京証券取引所(マザーズ)への上場を果たした。同社の株式は、乙社が30%を、A及びB
21 が各10%を保有していたほか、経理及び財務に明るい人物が必要だということで、Aの友人
22 である税理士資格を有するDにも5%を保有してもらっていた。

23 4. 甲社の取締役には、A、B及びDが就任していた。同社の技術力はA個人の能力に負うとこ
24 ろが大きかったことから、Aが代表取締役に選定され、他方で、Bは、父親が日本有数の自動
25 車製造会社の取締役であることから、その広い人脈を駆使して営業活動の指導に当たることと
26 し、Dは、予定どおり甲社の経理及び財務を担当することとなった。Dは、就任後間もなく、
27 取引銀行との付き合いを広げる必要があると考え、丙銀行を甲社の主たる取引銀行とすること
28 とした。

29 5. 平成18年になり、Aの開発した部品が特許の取得に成功し、その結果、甲社は、莫大な利
30 益を上げることとなったため、同社においては、その利益の運用が重要な課題となった。しか
31 しい、このころから、開発の成功を背景として、社内におけるAの発言力が増大し、その横柄な
32 態度を不愉快に感じたDとAとの間で、軋轢が生じるようになっていった。このようなことか
33 ら、Aは、これまで資金の運用を一手に引き受けていたDを無視して、Bを通じて知り合った
34 金融ブローカーであるEに甲社の資金50億円の運用を一任することを計画した。Dは、取締
35 役員会において、Eへの資金の運用の一任に強く反対したが、A及びBが賛成したため、この計
36 画は、実行に移されることとなった。

37 6. Eは、平成18年10月、Aに対し、投資リスクを分散するため、差し当たり甲社の資金5
38 0億円をリスクの小さな金融商品に投資し、他方で、なるべく多くの資金を銀行から借入れ、
39 その借入資金を金融先物取引などのハイリスク・ハイリターン型の投資に振り向けたいと伝え
40 た。その際、Aは、Eから、この投資に協力してくれる銀行が必要である旨を言われたため、
41 投資のことはよく分からなかったものの、Dに相談することなく、丙銀行と付き合いがある旨
42 を伝え、さらに、融資を受けるには乙社の保証が必要である旨を言われたため、これを了解し
43 た。

44 7. これを受け、Eは、早速、丙銀行の融資担当者であるFと接触し、甲社と乙社が共同で海外

45 に新しく工場を建設することになったとの架空の話をねつ造して、甲社を主たる債務者、乙社
46 を保証人として融資を受けたい旨の申入れを行った。その際、Eは、この架空の話の信ぴょう
47 性を高めるため、知人に依頼して工場の簡単な設計図を作ってもらうとともに、虚偽の資金計
48 画書を自ら作成して、これらをFに手渡した。Fは、海外における工場建設の話であったため、
49 直ちに現地に赴くことも困難であり、また、これまで取引のなかった乙社との間に密接な関係
50 を築きたいとの思惑もあったことから、これらの書類を鵜呑みにした上で、積極的に動き始め
51 た。

52 8. 平成18年12月になり、Aは、Eから、丙銀行から30億円の融資を受けることができる
53 ことになったので甲社と乙社の取締役会において承認を受けてほしい旨を言われた。しかし、
54 このことがDに知れると甲社に内紛が起りかねないし、また、乙社の取締役会もこれまで全
55 くといっていいほど開かれていなかったため、Aは、Eに対し、適当に対処してほしい旨を伝
56 えた。そこで、Eは、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
57 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
58 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。Eは、このFの求めに応じ、
59 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
60 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
61 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
62 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
63 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。

64 9. 平成19年1月、Aが甲社を代表して丙銀行との間で30億円の融資契約（金銭消費貸借契
65 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
66 契約を締結し、丙銀行の甲社の口座に30億円が入金された。これにより、Eは、甲社の自己
67 資金50億円と合わせて合計80億円の運用を任されることになった。

68 10. しかし、Eは、当初の話とは異なり、80億円のすべてをハイリスク・ハイリターン型の投
69 資に振り向けてしまい、その投資に失敗した結果、巨額の損失を出すこととなり、このまま
70 では甲社の期末の決算では、資本の欠損が生ずることは明らかとなった。

71 11. そこで、Aは、甲社の先行きに不安を感じたため、Bと結託し、同社の下請企業等の取引先
72 に頼んで架空の取引を循環させ、不適切な会計処理を行った。ところが、平成19年3月にな
73 り、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
74 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）に指定されることになった。
75 このため、市場では、上場廃止になるだろうとの観測が広がり、甲社の株価は、1株6000
76 円程度で安定していた不祥事発覚前の株価と比べて大きく下落し、1株1000円程度で下げ
77 止まった。

78 12. Dは、東京証券取引所の前記11の措置に伴い、巨額損失の発生を初めて知ることとなり、甲
79 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
80 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、決議するには至
81 らなかった。Dは、Aだけでなく、Aに同調するBも解任すべきであると考え、株主提案権を
82 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た。そして、平成19年6月
83 28日、甲社の定時株主総会が開催され、同総会において、A及びBを取締役から解任する旨
84 の議案が決議の対象とされたが、株主であるA、B及び乙社の反対により、当該議案はいずれ
85 も否決される結果となった。

86 13. その後、A及びBは、甲社の上場廃止は避けられないと判断し、同社の一般株主の不満を解
87 消するため、乙社との間で金銭を対価とする株式交換を行うことを計画した。Aは、この計画
88 を実行すべく、株式交換に際して甲社の株主に対して交付すべき対価の額について証券会社に

89 助言を求めたところ、株式交換の決議を行う株主総会の基準日の時価によるべき旨の回答を得
90 るところとなった。しかし、Aは、これでは一般株主からの責任追及は免れ難いと判断し、知
91 り合いのM&Aアドバイザーに頼んで、不祥事発覚前の株価である6000円程度を基準にし
92 て対価を交付することが適切である旨の意見書を書いてもらい、これを盾にして証券会社を説
93 得し、株式交換を実施することとした。

94 14. 乙社は、株式交換の手続として必要な法定の事項を官報に掲載する方法により公告したもの
95 の、知っている債権者に対する各別の催告はしなかった。そこで、丙銀行は、乙社に対し、前
96 記9の保証債権の存在を前提として、甲社との間の株式交換は株主に対して交付する対価の算
97 定に問題があり、乙社の現金を不当に流出させて債務の弁済に支障を来すものであると主張し、
98 異議を述べた。しかし、乙社は、丙銀行に対し、保証契約の効力は認められないと主張し、何
99 ら、弁済、相当の担保の提供又は財産の信託をすることはなかった。

100 15. 平成20年1月17日、甲社及び乙社の双方において、臨時株主総会が実施され、株式交換
101 契約の承認決議が成立し、その後、株式交換の効力発生日が経過した。

102 16. A及びBは、取引を装って甲社の財産を乙社に移転させ、甲社を倒産させることを画策し、
103 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、平成2
104 0年4月中旬から同月下旬までの間に、価格の不自然な取引を繰り返した。そのため、甲社の
105 資金繰りは悪化し、同年5月上旬からは、丙銀行に対する利払いが継続して滞る事態に陥った。
106 他方で、乙社は、甲社より財産の移転を受けたものの、株式交換の対価として巨額の現金を流
107 出させたことによる財務状態の悪化は解消しなかった。

108 17. そこで、丙銀行は、前記9の30億円の融資について、甲社に支払を求める訴えを提起した
109 いと考えたが、同社の弁済能力には不安があったので、併せて、乙社に対して前記9の保証債
110 務の履行を求めることができるかどうか、さらに、甲社と乙社の間で行われた株式交換に法的
111 な問題がないかどうかを、山野弁護士に相談した。

112 18. 一方、丁社は、甲社と乙社の間で行われた株式交換の効力発生日の直後に甲社から手形の振
113 出しを受けたものの、当該手形がその後不渡りとなったことから、債権の回収について社内
114 で検討を行い、当該手形の取得後に行われた甲社と乙社との間の価格の不自然な取引に疑問を
115 持つに至った。そこで、丁社は、甲社に対する破産手続開始の申立てを検討するとともに、仮
116 にこれを行わない場合に自らの債権の回収に役立つ法律論が展開できないかどうかを、川野弁
117 護士に相談した。

118

119 **〔設問1〕** 丙銀行から相談を受けた山野弁護士は、乙社に対する保証債務履行請求の可否及び甲
120 社と乙社との間の株式交換の問題点についてどのように回答すべきか、あなたの考えを述べなさい。

121

122 **〔設問2〕** 丁社から相談を受けた川野弁護士は、債権の回収に役立つ法律論についてどのように
123 回答すべきか、あなたの考えを述べなさい（詐害行為取消権や債権侵害の不法行為の成否につい
124 ては、検討することを要しない）。

設問 1

設問 1 は、取締役会の承認を受けずに締結された保証契約の効力と、甲社及び乙社の間で行われた株式交換の問題点を指摘させるものである（出題の趣旨）。

1. 乙社に対する保証債務履行請求の可否

(1) 主債務の発生原因である金銭消費貸借契約の有効性

乙社に対する保証債務履行請求（民法 446 条参照）が認められるためには、保証債務の付従性との関係で、主債務が成立・存続していることが必要である。そこで、まず初めに、甲社・丙銀行間の金銭消費貸借契約（民法 587 条）の成立・有効性から検討することになる。甲社・丙銀行間では、要物契約としての金銭消費貸借契約が成立している。問題は、その有効性である。

ア. 「多額の借財」（362 条 4 項 2 号）

(ア) 「多額の借財」

まず、甲社が丙銀行との間で締結した金銭消費貸借契約…は、「多額の借財」（会社法第 362 条第 4 項第 2 号）に当たるものとして、…会社の取締役会の承認を受けなければならないものと考えられる（出題の趣旨）

「借財」には、借入れのみならず、これと同じような効果を会社にもたらす契約類型も含まれる。したがって、債務の保証も含まれる。

「多額の借財」に当たるか否かは、個々の事情により異なるから、①当該借財の額、②①が会社の総資産・経常利益等に占める割合、③借財の目的、④会社における従来の取扱等の事情を総合考慮して判断する。

答案で詳述する通り、甲社・丙銀行間の借入額 30 億円の金銭消費貸借契約は「多額の借財」に当たる。

(イ) 取締役会の承認を受けていない多額の借財の効力

甲社が丙銀行との間で締結した金銭消費貸借契約…は、…取締役会の承認を受けていないため、その効力が問題となる。この問題点の解決に当たっては、様々な理論構成を用いることが考えられるが、例えば、民法第 93 条ただし書を類推適用する判例の立場を採った場合には、取締役会の承認を受けていないことを知らなかったことについて丙銀行の側に過失がなかったかどうかという点につき、事例に即して丁寧に吟味することが求められる（出題の趣旨）。

取締役会の承認を受けない代表取締役の個々の取引行為は、内部的意思決定を欠くにとどまる（349 条 4 項参照）から、原則として有効であって、相手方が悪意又は有過失であるときに民法 93 条 1 項但書の類推適用により無効になると解する。

ここでいう「悪意」の対象は、当該行為が 362 条 4 項各号に該当することと、取締役会の決議がないことの 2 点である。

ここでいう「過失」は、上記 2 点について知らなかったことについての過失である。

基礎応用 100 頁 [論点 3]、論証集

56 頁 [論点 3]

②における総資産・経常利益等は、①との比較対象の一例にすぎない

基礎応用 101 頁 [論点 4]、論証集

56 頁 [論点 4]

最判 S40.9.22・百 61

過失の有無は、不審事由（例えば、取締役会の決議がないことを疑わせる事情）⇒決議の有無について正しい認識を得るための調査確認義務の設定（調査確認の内容も含む）⇒義務として要求される調査確認と実際の調査確認の比較⇒調査・確認義務違反の成否という流れで検討する。

イ. 金銭消費貸借契約が無効である場合

丙銀行に悪意又は過失が認められることにより、甲社・丙銀行間の金銭消費貸借契約が無効となる場合、貸金返還請求権の成立は認められない。

もっとも、民法上、契約当事者のためにする保証は、その契約から直接生じる債務にのみを保証するにとどまらず、債務者が契約当事者として負担する一切の債務を保証し、その契約の不履行によって相手方に損失を被らせないという趣旨であるのが通常であるとの理由から、保証人は、特に反対の意思表示のない限り、債務者の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務・損害賠償義務についても保証の責任を負うと解されている。

そこで、上記の考えを転用し、甲社・丙銀行間の金銭消費貸借契約が無効である場合における貸付額相当額の原状回復請求権（民法 121 条の 2 第 1 項）も主債務として包含されていると解する余地もある。

そうすると、主債務の有効な成立・存続が認められる。

(2) 保証契約に固有の問題点

次に、保証契約自体の問題点を検討することになる。

要件事実的には、主債務の成立・保証の合意・書面性により保証契約の成立要件が満たされると、抗弁レベルのこととして、保証契約の無効原因が問題となる。保証契約の無効原因のうち、主債務の発生原因の有効・無効については前記（1）で検討しているから、（2）では、保証の合意に固有の無効原因を検討することになる。

ア. 「多額の借財」（362 条 4 項 2 号）

(ア) 「多額の借財」

甲社が丙銀行との間で締結した金銭消費貸借契約…を主たる債務として乙社が丙銀行との間で締結した保証契約は、…「多額の借財」（会社法第 3 6 2 条第 4 項第 2 号）に当たるものとして、それぞれの会社の取締役会の承認を受けなければならないものと考えられる（出題の趣旨）

「借財」には、債務の保証も含まれる。そして、乙社・丙銀行間の保証契約も「多額の借財」に当たる。

(イ) 取締役会の承認を受けていない多額の借財の効力

乙社が丙銀行との間で締結した保証契約は、…取締役会の承認を受けていないため、その効力が問題となる。この問題点の解決に当たっては、様々な理論構成を用いることが考えられるが、例えば、民法第 9 3 条ただし書を類推適用する判例の立場を採った場合には、取締役会の承認を受けていないことを知らなかったことについて丙銀行の

側に過失がなかったかどうかという点につき、事例に即して丁寧に吟味することが求められる（出題の趣旨）。

前記（1）ア（イ）と同様、93条1項但書類推適用説による。

（ウ）株主全員の同意

本件においては、乙社の株主が上記取引にかかわっているA及びBの2人だけであることから、そもそも取締役会の承認を受ける必要はなかったのではないかという点も問題となる（出題の趣旨）。

362条4項の趣旨は、会社ひいては株主の利益を保護することにあるのだから、同条項所定の行為について株主全員の同意がある場合には、取締役会の承認は不要と解すべきである。

イ. 間接取引（356条1項3号・365条）

（ア）間接取引

上記保証契約は、Bが乙社を代表して締結したものであるとはいえ、Aが甲社を代表して丙銀行と締結した金銭消費貸借契約に基づく借入金債務を主たる債務としながら、Aが代表取締役を務める乙社に保証をさせるという内容のものであることから、その締結が利益相反取引の一つである間接取引（会社法第356条第1項第3号、第365条）に当たるのではないかという点も問題となる（出題の趣旨）。

乙社の保証が間接取引に当たるものとして利益相反取引の規制を受けるものかどうかという問題点について、間接取引に該当するか否かの判断基準をどのように考えるのか、…といったような、実務家が事案の解決に当たる場合には当然に疑問が湧いてくるであろう問題点について、気を回して悩むといったような答案が極めて少なかった（採点実感）。

（i）間接取引の判断基準

間接取引は、直接取引に当たらない取引であって、「株式会社が…取締役以外の者との間において」する「株式会社と当該取締役との利益が相反する取引」を意味する（356条1項3号）。

間接取引には、①会社と利益相反関係にある取締役が会社を代表して取引を行った場合のみならず、②会社と利益相反関係にある取締役以外の取締役が会社を代表して取引をした場合も含まれる（通説）。

間接取引の成否（＝「株式会社と当該取締役との利益が相反する」）は、利益衝突の有無により判断される。

利益相反取引規制の趣旨である株主保護の見地からすれば、利益衝突の有無は実質的に判断すべきである。このように解しても、会社の承認を受けない間接取引の効力について相対的無効と解することにより、取引安全を確保することができる。もっとも、取引安全のために事前規制が及ぶ範囲を明確にする必要にも配慮する必要があるから、利益衝突の危険としては、基本的には、直接取引と同程度の危険性が要求されると解すべきである。

基礎応用 102 頁 [論点 6]、論証集

57 頁 [論点 6]

基礎応用 113 頁(3)、論証集 61 頁(2)

(ii) 事案類型**(a) 乙社を代表したのが A である場合**

仮に、乙社を代表して保証契約を締結したのが B ではなく A であった場合には、保証契約が間接取引に該当するという結論に異論はない。

この場合、甲社の代表取締役を兼任している乙社の取締役 A が甲社を代表して乙社と取引する場合（＝誰が乙社を代表するかを問わず、直接取引に当たる）と同様、A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとする危険性があるため、これを間接取引に含めても間接取引の範囲が不明確になることにはならないからである。

(b) 乙社を代表したのが B である場合

これに対し、本問のように、乙社の取締役 A が甲社（主債務者）の代表取締役を兼任している場合において、A 以外の取締役が乙社を代表して甲社の債務を保証するときについては、主債務者である甲社の代表取締役 A が取引に直接関与していないことを重視して間接取引を否定する見解もある。

しかし、「直接取引と同程度の危険性」としては「A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとし、乙社を代表する B に働きかける危険性」で足りると理解した上で、主債務が A が甲社を代表して丙銀行と締結した金銭消費貸借契約に基づく借入債務であること及び A が甲社の代表取締役であることから、A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとして、自己が代表取締役を兼任する乙社の代表取締役 B に対し同借入債務を保証するように働きかける危険があると評価して、間接取引の成立を認める余地もある。

(イ) 取締役会の承認を受けていない間接取引の効力

本件では、この点についても取締役会の承認を受けていなかったことから、いわゆる相対的無効説によれば、丙銀行の側がその点について善意かつ無重過失であったかどうかを検討することが必要となる（出題の趣旨）。

会社の承認を経ない間接取引は、相手方との関係では、取引安全の見地から、間接取引該当性と会社の承認がないことにつき相手方が悪意又は重過失である場合に限り、無効であると解される。

(ウ) 株主全員の同意

利益相反取引に形式的に該当するとした場合であっても、すべての株主の同意があるということになると、判例によれば取引は有効ということになりそうである（出題趣旨参照）が、本件事案のように債権者の保護が問題となる局面においても、そのような考えで本当によいのかといったような、実務家が事案の解決に当たる場合には当然に疑問が湧いてくるであろう問題点について、気を回して悩むといったような答案が極めて少なかった（採点実感）。

利益相反取引規制の趣旨は会社ひいては株主の利益保護にあるから、

株主全員の同意がある場合には取締役会の承認は不要であると解すべきである。なお、会社債権者の保護は詐害行為取消権（民法 424 条）や取締役の対第三者責任（会社法 429 条 1 項）で図り得るため、不当でないと考えられる。

2. 株式交換の問題点

(1) 株式交換を無効とする実益

仮に、株式交換を無効とすることができれば、株式交換の対価として不当に流出した会社財産を取り戻すことが可能となるという実益にも言及することが期待される（出題の趣旨）。

丙銀行は、株式交換の対価として流出した現金を乙社に取り戻すことで保証債務履行請求権の引当財産を回復するために、株式交換無効の訴え（828 条 1 項 11 号）を提起することが考えられる。

(2) 株式交換無効の訴え

これらの瑕疵につき、合併の効力発生後は合併無効の訴えによらなければ争うことができないことは、多くの答案で触れられていた…（平成 21 年採点実感）。

自己株式の処分の無効は自己株式処分無効の訴えによってしか主張することができない（同項柱書）ということに触れていない答案がかなり見られた（平成 23 年採点実感）。

上記と同様に、株式交換についても、その無効は株式交換無効の訴えによってしか主張できないということ（828 条 1 項柱書）を指摘することが望ましい。

(3) 丙銀行の原告適格（828 条 1 項 11 号）

丙銀行に当該訴訟に関する原告適格（同条第 2 項第 1 1 号）があるかどうかといった点を検討する必要がある（出題の趣旨）。

「承認をしなかった債権者」（828 条 2 項 11 号）には、㉞債権者異議手続において異議を述べた債権者のほか、㉟必要な各別の催告（799 条 1 項 3 号・2 項）を受けなかった会社債権者も含まれる。

そして、完全親会社の発行株式を対価とする株式交換の場合、完全親会社においては新たに発行する株式を対価にして完全子会社の株式を取得する（資産が増え、債務は増えない）ため、完全親会社の債権者にとっては利益にこそなれ、不利益とはならないのが通常であるから、完全親会社において債権者異議手続が必要とされるのは、㊱株式交換の対価として完全親会社の株式その他これに準ずるもの以外のものが交付される場合（理由：対価が多額すぎると完全親会社の財産状態が悪化するおそれがある）と、㊲株式交換契約の定めにより、完全子会社が発行している新株予約権付社債を完全親会社が承継する場合（理由：完全親会社の金銭債務が増加する）に限られる（799 条 1 項 3 号）。

本問では、交換対価を金銭とする本件株式交換（㊱）であるため債権者異議手続が必要であり、「知っている債権者」である丙銀行に対する各別の

基礎応用 242 頁・2(1)、論証集 126 頁・2(1)

基礎応用 224 頁・7(3)ア、論証集 113 頁・6(1)ウ(ア)

催告（799条2項）がなされていないから、丙銀行には①の場合として原告適格が認められる。

（4）無効原因

株式交換の問題点については、①知っている債権者に対する各別の催告（同法第799条第1項第3号及び第2項）が行われていない点、②債権者（丙銀行）の異議を受けた弁済等（同条第5項）が行われていない点、③株主に対して交付する株式交換の対価が不当である点、④株式交換を承認した株主総会の決議に特別の利害関係を有する者が参加していた点（同法第831条第1項第3号参照）などに問題が認められる。果たして、これらが株式交換無効の訴え（同法第828条第1項第1号）の無効原因となるかどうか…といった点を検討する必要がある（出題の趣旨）。

ア. ①知っている債権者に対する各別の催告（799条1項3号・2項）が行われていない

株式交換契約の備置・開示手続（782条1項3号）における完全親会社の債務の履行の見込みに関する事項（規則184条1項5号）が、会社債権者が株式交換に異議を述べるべきか否かを判断するための資料であることを根拠に、同事項について事実の点で記載欠缺又は不実記載がある場合にはそれが株式交換の無効原因になると解されていることからすれば、債権者異議手続違反も株式交換の無効原因になると解されている。

イ. ②債権者丙銀行の異議を受けた弁済等（799条5項）が行われていない

前記アと同様の理由から、株式交換の無効原因になると解すべきである。

ウ. ③株主に対して交付する株式交換の対価が不当である

交換対価の不当性については株式買取請求権制度（子：785条1項、親：797条1項）や役員等に対する損害賠償責任（株主：423条1項、会社債権者：429条1項）による保護が一応ある。

また、当事会社間の交渉を通じて定められ株主総会で承認（783条1項、795条1項）された交換対価に裁判所が介入する必要性は乏しい。

そこで、交換対価の不当性自体は無効原因にならないと解する。

エ. ④株式交換を承認した株主総会決議に特別利害関係株主が議決権を行使した（831条1項3号）

親子会社間の株式交換のように独立当事者間の株式交換とはいいい難い場合には、株式交換を主導する大株主を「特別の利害関係を有する者」とみて831条1項3号の決議取消事由を肯定した上で、これが株式交換の無効原因になると解すべきである。¹⁾

基礎応用 215 頁 [論点 1]、論証集

109 頁 [論点 1]

¹⁾ もっとも、本問では、以下の理由から831条1項3号の取消事由は認められない。甲社における承認議案との関係では、株式交換の相手方当事会社乙社が「特別の利害関係を有する者」に当たるが、交換比率が甲社にとって有利であるため「著しく不当な決議」が成立したとはいえない。また、乙社における承認議案については、議決権行使をしたA・B以外と利益が相反する他の株主がいないため、「特別の利害関係を有する者」による議決権行使がない。

設問 2

設問 2 については、設問 1 のようにヒントが設問自体には明示されていなかったためか、出題趣旨で説明しているような複数の法的な問題点について幅広く論ずるといふ答えは極めて少なく、単一の問題点についてだけ論じているといふ答えが多かった（取り分け、最も気付きやすい取締役の第三者に対する責任の問題だけを論じるものが多かった。）ため、採点が難しいものとなった（採点実感）。

1. 甲社・乙社間の取引を無効とすることによる甲社の責任財産の回復

丁社は、甲社が無資力であることから、責任財産を回復するために、甲乙間の不自然な価格での一連の取引（以下、「本件取引」とする）の無効を前提として、甲社の乙社に対する原状回復請求権（民法 121 条の 2 第 1 項）を代位行使（民法 423 条 1 項）することで、逸出財産を甲社に取り戻すことが考えられる。

なお、逸出財産が動産である場合、「被代位権利」たる原状回復請求権が「動産の引渡しを目的とするもの」となるから、民法 423 条の 3 に基づき、丁社は逸出した動産の引き渡しを自己に対してすることを求めることができる。また、逸出財産が不動産である場合であっても、原物返還が不能であるために原状回復債務の内容が目的物の客観的価値相当額の金銭による返還になっているときには、「被代位権利」たる原状回復請求権が「金銭の支払い…を目的とするもの」となるから、民法 423 条の 3 に基づき、丁社は金銭の支払いを自己に対してすることを求めることができる。

(1) 直接取引

設問 2 では、第 1 に、甲社と乙社との間で行われた不自然な取引が利益相反取引の一つである直接取引（会社法第 356 条第 1 項第 2 号、第 365 条）に当たるにもかかわらず、取締役会の承認を受けていないことから、それらの一連の取引を無効とすることによって、甲社の責任財産を回復できないかが問題となる（出題の趣旨）。

本件取引は、甲社「取締役」B が、乙社を代表して乙社という「第三者のために」「株式会社」甲社との間でした「取引」であるから、直接取引（356 条 1 項 2 号）に当たる。

(2) 一人会社・一人株主間での直接取引

一人会社（甲社）の株主自身（乙社）が直接取引の相手方になっている場合には、実質的な利益相反関係が認められないことから、取締役会の承認は要しないとするのが判例の立場である。この考え方で債権者（丁社）の保護を図ることができるのかという点について、悩みを見いだすことができるかどうかが肝要である（出題の趣旨）。

一人会社と一人株主との間における利益相反取引には、①一人株主である取締役が自己の名で取引する場合と、②100%子会社の取締役が 100%親会社を代表して 100%子会社との間で取引をする場合とがある。

設問 2 では、甲社・乙社間の株式交換により、直接取引の直接取引の当事会社間（甲社・乙社間）に完全親子会社関係が成立しているため、100%

基礎応用 117 頁 [論点 8]、論証集

65 頁 [論点 8]

子会社である甲社の取締役 B が 100%親会社である乙社との間で取引をする場合 (2) として、一人会社と一人株主との間における利益相反取引について取締役会の承認が必要とされるかが問題となる。

一人会社・一人株主間での利益相反取引においては、両者間に実質的な利益相反関係はない (理由：一人会社の利害得失は実質的には一人株主の利害得失となる) ため、株主の利益保護を趣旨とする利益相反取引規制を及ぼす必要がないから、会社の承認は不要であると解する。

なお、会社債権者の保護は詐害行為取消権 (民法 424 条) や取締役の対第三者責任 (会社法 429 条 1 項) で図り得るから、会社の承認を不要としても不当でない。

最判 S45.8.20

2. 乙社に対する責任追及

第 2 に、乙社に対する責任追及の可能性が問題となる。この点については、①法人格否認の法理によりその責任を追及する見解、②事実上の取締役として対第三者責任 (同法第 429 条第 1 項) を追及する見解、③株主の権利の行使に関する利益供与 (同法第 120 条) としてその責任を追及する見解、④隠れた剰余金の配当として分配可能額を超える部分についての返還 (同法第 462 条) を求める見解など、様々な法的構成を用いることが考えられる (出題の趣旨)。

(1) ①法人格否認の法理

会社は独立の法人格を有する (3 条) もの、法人格が濫用されている場合には、会社を独立の権利義務主体と認めるに値しないから、民法 1 条 3 項を根拠に、当該事案につき会社の法人格を否認し、会社とその背後にいる支配者を同一視できる。法人格の濫用の要件は、⑦法人格の支配及び⑧違法・不当な目的からなる。

乙社が甲社の 100%株主である上、乙社の代表取締役 A・B がいずれも甲社の代表取締役又は取締役を兼任していることから、乙社は 100%の株主保有及び A・B を通じて甲社を支配していたといえる (⑦)。そして、一連の不正な取引において、乙社には甲社を倒産させ甲社の負担する債務を免脱するという違法又は不当な目的があった (⑧)。したがって、丁社は、甲社の法人格を否認し、甲社と乙社を同一視することで、乙社に対し原因債権及び手形債権の履行を請求することができる。

(2) ②事実上の取締役としての対第三者責任 (429 条 1 項)

「役員等」でない者には 429 条 1 項を直接適用することはできないし、取締役としての登記もない者について 908 条 2 項類推適用により「役員等」に当たるとして 429 条 1 項を適用することもできない。もっとも、事実上の取締役として 429 条 1 項を類推適用することができないか。

429 条 1 項の趣旨は、株式会社の事業が取締役の職務執行に依存していることに鑑み、特に第三者を保護することにある。そこで、取締役ではないが対外的にも対内的にも重要事項についての決定権を有する実質的経営者には、事実上の取締役として 429 条 1 項が類推適用されると解する。

基礎応用 4 頁 [論点 1]、論証集 1 頁 [論点 1]

基礎応用 141 頁 [論点 4]、論証集 77 頁 [論点 4]

確かに、乙社は、100%の株式保有及びA・Bを通じて対内的にも対外的にも甲社の重要事項についての決定権を有しているといえる。しかし、法人である乙社（3条）が取締役になることができない（331条1項1号）ことに鑑み、乙社を甲社の事実上の取締役として429条1項の類推適用を認めることはできないと解すべきである。

（3）③利益供与（120条）

一連の取引は、「株式会社」甲社が、「特定の株主」乙社に対し、甲社の財産に「比して著しく少ない」対価で甲社財産を「有償」で譲渡するものであるから、「株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与をしたもの」と推定される（120条2項後段）。そこで、丁社は、甲社の乙社に対する返還請求権（120条3項前段）を代位行使（民法423条1項）することが考えられる。

（4）④隠れた剰余金配当

一連の取引は、甲社の財産を100%株主である乙社に対して不自然に低い価格で譲渡するものであるから、実質的には、取引に名を借りた現物配当（454条4項）による隠れた「剰余金の配当」（461条1項8号、453条以下）に当たる。そして、甲社がハイリスク・ハイリターン型の投資に失敗して資本の欠損を生じることが明らかである財務状況に陥っていた（問題文70～72行目）ことからすれば、一連の取引による隠れた剰余金配当は「分配可能額」（461条1項柱書）を超えるといえる。

そこで、丁社は、乙社に対し、甲社に対する債権額の範囲内で、流出財産の「帳簿価額の…に相当する金銭」を直接自己に支払うように請求する（462条1項・463条2項類推適用）ことが考えられる。

基礎応用 28 頁・6、論証集 16 頁・

6

基礎応用 268 頁・脚注 1)、論証集

138 頁・脚注 1)

3. 甲社取締役の対第三者責任（429条1項）

第3に、甲社の取締役について、対第三者責任（同法第429条第1項）を追及することが考えられる。その際には、各取締役が本件にどのように関わったのかを具体的に吟味しながら、その責任の有無を丁寧に分析することが必要である（出題の趣旨）。

A・Bについては、甲社の倒産を目的として不自然な価格で本件取引を実行し又はこれに関与したことによる善管注意義務違反を理由とする任務懈怠責任が、Dについては、監視義務違反による任務懈怠責任が問題となる。

[模範答案]

1 設問 1

2 第 1 . 保証債務履行請求の可否

3 1 . 甲丙間の融資契約

4 保証債務の付従性ゆえ、主債務の発生原因たる融資契約（民法 587
5 条）の有効性から検討する。

6 （1）「多額の借財」（会社法 362 条 4 項 2 号）に当たるかは、当該借財
7 の額、それが会社の資金等に占める割合及び借財の目的などを総合
8 考慮して判断する。

9 借入額 30 億円はそれ自体高額であるし、甲社の資金 50 億円の 6
10 割にも相当する。このことに、借入目的がハイリスク・ハイリター
11 ン型の投資にあり、投資の失敗により返済不能に陥る危険が高いこ
12 とも考慮すれば、融資契約は「多額の借財」に当たる。

13 （2）にもかかわらず、甲社では、融資契約について必要とされる取締
14 役会の承認（362 条 4 項柱書）を経ていない。

15 ア．取締役会の承認を受けない代表取締役の個々の取引行為は、内
16 部的意思決定を欠くにとどまる（349 条 4 項参照）から原則とし
17 て有効であって、相手方が悪意又は有過失であるときには民法 93
18 条 1 項但書の類推適用により無効になると解する。

19 イ．E が F に対し、取締役会の承認があれば当然存在するであろう
20 取締役会議事録（369 条 3 項、371 条 1 項）を用意できないと伝
21 えているから、取締役会の承認の不存在が窺われる状況にあった。
22 このことに、融資額が 30 億円と高額であることと、F の銀行の融
23 資担当者という地位も考慮すれば、F は取締役会の承認の有無に

1 について甲社の役員に直接確認する義務を負うといえる。にもかか
2 わらず、F は、E に対し取締役会議事録に代わるものの提出を求
3 めたにとどまるのだから、上記確認義務違反による過失があり、
4 これが丙銀行の過失とされる（民法 101 条 2 項）。

5 したがって、融資は無効である。

6 (3) もっとも、保証契約の当事者の合理的意思にかんがみ、融資契約
7 が無効である場合に発生する融資額相当額の原状回復請求権（民法
8 121 条の 2 第 1 項）も主債務として包含されていると解されるから、
9 主債務の有効な存在が認められる。したがって、保証契約は、保証
10 債務の付従性という観点からは無効とならない。

11 2. 乙丙間の保証契約

12 (1) 「多額の借財」

13 ア. 保証契約は主債務額の大きさからしても「多額の借財」に当た
14 り、丙銀行は乙社において必要とされる取締役会の承認を経てい
15 ないことについても有過失であるといえるから、保証契約は民法
16 93 条 1 項但書類推適用により無効になるのが原則である。

17 イ. しかし、融資契約にも保証契約にも二人で乙社の全株式を保有
18 する A と B が関与しているため、保証契約には乙社の株主全員の
19 同意があったといえる。

20 そして、会社ひいては株主の利益保護という 362 条 4 項の趣旨
21 からすれば、株主全員の同意がある場合には同条項所定の行為に
22 ついて取締役会の承認を要しないと解すべきである。

23 したがって、保証契約は、362 条 4 項違反を理由としては無効

1 とならない。

2 (2) 間接取引

3 ア. 間接取引における「利益が相反する」(356条1項3号)につい
4 ては、会社の利益保護という規制の趣旨に鑑み、取締役・会社間
5 の実質的な利益衝突の有無により判断するべきである。

6 主債務の発生原因である融資契約はAが甲社を代表して締結し
7 たものであるから、Aが甲社の代表取締役としての自己の利益を
8 図るために乙社の代表取締役Bに対して保証をするように働きか
9 ける危険性がある。そのため、保証契約は、「当該取締役」Aと「株
10 式会社」乙社の利益が実質的に衝突するものとして両名の「利益
11 が相反する」間接取引に当たる。

12 イ. にもかかわらず、乙社は保証契約について取締役会の承認(365
13 条1項、356条1項3号)を経していない。

14 会社の利益保護と取引安全との調和を図るために、会社の承認
15 を経ない間接取引は、取引相手方との関係では、取引相手方が悪
16 意又は重過失である場合には無効であると解される。もっとも、
17 会社ひいては株主の利益保護という間接取引規制の趣旨からす
18 れば、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
19 と解すべきである。

20 保証契約には株主全員の同意があるから、保証契約は有効であ
21 る。したがって、保証債務履行請求が認められる。

22 第2. 株式交換

23 1. 丙銀行は、乙社の「債権者」として、株式交換の対価として流出し

1 　　た現金を乙社に取り戻すことで保証債務履行請求権の引当財産を回
2 　　復するために、株式交換無効の訴え（828条1項11号）を提起するこ
3 　　とが考えられる。

4 　　2. 「承認をしなかった債権者」（828条2項11号）には、債権者異議手
5 　　続において必要な各別の催告を受けなかった会社債権者も含まれる。

6 　　交換対価を金銭とする本件株式交換には債権者異議手続が必要で
7 　　あり（799条1項3号）、「知っている債権者」である丙銀行に対する
8 　　各別の催告（同条2項）がなされていない。したがって、丙銀行には、
9 　　「承認をしなかった債権者」として原告適格が認められる。

10 　　3. 組織再編には法的安定の要請が強く働くから、組織再編の無効原因
11 　　は、組織再編手続における重大な瑕疵に限られると解される。

12 　　（1）本件株式交換の交換対価は、時価である1株1000円程度の6倍
13 　　に当たる1株6000円になっているため、著しく不当である。

14 　　しかし、当事会社間の交渉を通じて定められ株主総会で承認（783
15 　　条1項、309条2項12号）された交換対価について、裁判所が介
16 　　入する必要性は乏しい。そこで、交換対価の不当性自体は無効原因
17 　　とならないと解する。したがって、（1）は無効原因とならない。

18 　　（2）また、乙社における承認議案については、議決権行使をしたA・
19 　　B以外と利益が相反する他の株主がいないため、「特別の利害関係を
20 　　有する者」による議決権行使がない。そのため、乙社における株式
21 　　交換の承認決議について831条1項3号の取消事由があるとはいえ
22 　　ず、承認決議に取消事由があるとの無効原因も認められない。

23 　　（3）もっとも、各別の催告の懈怠は、事前に異議を述べて弁済等を受

1 ける機会（799条5項）を喪失させるものであるから、重大な瑕疵
2 として無効原因となる。

3 したがって、本件株式交換には、「知っている債権者」である丙銀
4 行に対する各別の催告を欠くという無効原因がある。

5 （4）よって、上記訴えが認められ、本件株式交換は無効となる。

6 設問2

7 1. 甲社の原状回復請求権の代位行使

8 丁社は、甲社が無資力であることから、甲社の「債権者」として、
9 甲社の責任財産の保全を図るために、甲社・乙社間の不自然な価格で
10 の一連の取引（以下、「本件取引」とする）の無効を原因として発生す
11 る甲社の乙社に対する原状回復請求権（民法121条の2第1項）を代
12 位行使（423条1項）することが考えられる。

13 （1）本件取引は、甲社「取締役」Bが、乙社を代表して乙社という「第
14 三者のために」「株式会社」甲社との間でした「取引」であるから、
15 直接取引（356条1項2号）に当たる。

16 （2）甲社は、本件取引について取締役会の承認を経していない。

17 会社の承認を経ない直接取引は、相手方との関係では、一種の無
18 権代理行為として、相手方の主観的事情にかかわらず無効であると
19 解される。もっとも、一人会社・一人株主間での利益相反取引につ
20 いては、両者間に実質的な利益相反関係はないため、株主の利益保
21 護を趣旨とする利益相反取引規制を及ぼす必要がないから、会社の
22 承認は不要であると解される。

23 本件取引は、株式交換の効力発生により甲社・乙社間に完全親子

1 会社関係が形成された後になされたものだから、一人会社（甲社）
2 と一人株主（乙社）との間での利益相反取引に当たる。したがって、
3 取締役会の承認がなくても、本件取引は有効である。

4 よって、「被代位権利」である原状回復請求権の発生を欠くから、
5 債権者代位行使による債権回収は認められない。

6 2. 法人格否認の法理

7 丁社は、甲社の法人格を否認することで、甲社に対する原因債権及
8 び手形債権の履行を乙社に求めることが考えられる。

9 (1) 法人格の濫用は①法人格の支配と②違法・不当な目的を要件とし
10 て認められ、この場合には民法1条3項により当該事案につき会社
11 の独立の法人格（3条）が否認されると解する。

12 (2) 乙社が甲社の100%株主である上、乙社の代表取締役A・Bがい
13 ずれも甲社の代表取締役又は取締役を兼任しているため、乙社は
14 100%の株式保有及びA・Bを通じて甲社を支配していたといえる
15 (①)。そして、一連の不正な取引において、乙社には甲社を倒産さ
16 せて甲社の負担する債務を免脱するという違法又は不当な目的があ
17 った(②)。

18 したがって、丁社は、甲社の法人格を否認し、甲社と乙社を同一
19 視することで、乙社に対し原因債権及び手形債権の履行を請求する
20 ことができる。

21 3. 対第三者責任（429条1項）

22 (1) A・Bの責任

23 ア. A及びBは、甲社の取締役「の職務」として甲社の利益のため

1 合理的に行動すべき善管注意義務を負う（330条、民法644
2 条）ところ、甲社の倒産を目的として不自然な価格による本件取
3 引を実行し又はこれに関与したのであるから、善管注意義務違反
4 による任務懈怠が認められ、また、それについての「悪意」もあ
5 る。

6 イ．この任務懈怠「によって」、甲社の責任財産が減少し、これを介
7 して、「第三者」たる丁社に手形不渡りによる手形金相当額の間接
8 「損害」が生じた。

9 ウ．よって、手形金相当額の損害賠償請求が認められる。

10 (2) Dの責任

11 ア．取締役は、監督機関たる取締役会（362条2項2号）の構成員
12 として取締役の職務執行について監視義務を負い、これは取締役
13 会非上程事項にも及ぶと解される。

14 したがって、「取締役」Dは、「その職務」としてA・Bによる
15 本件取引について監視義務を負う。にもかかわらず、Dは監視を
16 怠り、本件取引を阻止できなかったのだから、監視義務違反によ
17 る任務懈怠がある。

18 イ．本件取引が秘密裏に行われたものではないこと、甲社には取締
19 役が3名しかいないこと、Dが担当する財務と本件取引が全く関
20 係がないとはいえないことなどから、Dが本件取引を察知し、こ
21 れを阻止することは容易であったといえる。にもかかわらず、D
22 は、本件取引について何らの監視もしていないため、Dによる監
23 視義務違反の態様は甚だしいといえ、監視義務違反について「重

1 大な過失」があるといえる。

2 ウ．Dが監視義務を果たすことで本件取引を阻止していれば、甲社

3 の資金繰りが悪化して丁社に手形不渡りによる間接「損害」が発

4 生することを回避することができたといえるから、Dの監視義務

5 違反と上記間接損害との間には相当因果関係があるといえる。

6 したがって、Dに対する手形金相当額の損害賠償請求も認めら

7 れる。

8 (3) A、B及びDの責任は連帯債務の関係にある(430条)。 以上