

論文式試験問題集
[商法]

〔商法〕

次の文章を読んで〔設問1〕から〔設問3〕までに答えよ。

1. 有料老人ホームの経営ならびに施設の保全、管理及び運営に関する業務等をその目的とするX株式会社(以下、X会社という)の発行済株式の総数は2011年2月26日以降1800株であり、2018年5月18日まではY1が、同日以降はA株式会社が、X会社の発行済株式の全部を保有していた。なお、Y1は、Xの設立から2020年7月18日までの間、Xの代表取締役であったが、2020年7月18日、Xの取締役を辞任し、遅滞なく、退任登記がなされた。また、Y1は、A株式会社設立時から、その唯一の代表取締役であり、2022年6月23日まで唯一の代表取締役であった。
2. Y1は、X会社の取締役在任中のみならず退任後も、X会社内において「会長」と呼ばれ、役員会に出席し、役員会における議論内容を踏まえ、X会社における重要な業務執行を決定していた。また、Y1は、取締役退任後もX会社の印鑑、印鑑カード、銀行カード、決算書、株主総会議事録、取締役会議事録等を管理していた。
3. Y2は、2018年に営業担当の職員としてX会社に入社し、2020年7月18日以降、X会社の取締役及び代表取締役を務めた。Y2は、X会社の取締役及び代表取締役を務めていた際、基本的には営業を担当しており、他の部署の職務については、X会社の業務内容全般を把握する趣旨で携わっていたにすぎなかった。
4. X会社はY1に対して、第18期(2019年4月1日から2020年3月31日まで)につき、月額2000万円の役員報酬を支払い、第19期(2020年4月1日から2021年3月31日まで)中、2020年9月1日には4億円の退職慰労金を支給した。X会社においては、株主総会及び取締役会の開催に関する招集手続及び議決方法等について会社法所定の手続は執られておらず、第18期及び第19期について、役員報酬の総額及びその配分方法は取締役会に一任することを承認した旨の株主総会議事録、Y1に対する退職慰労金額の決定は取締役会に一任することを承認した旨の株主総会議事録及びY1の報酬月額及び退職慰労金額を定める取締役会議事録は、Y1及びX会社の各取締役の了解を得た上で、財務管理本部の社員により作成された。そして、Y1の役員報酬及び退職慰労金額の額の相当性については、X会社の取締役会において、X会社の財務状況等を踏まえた検討が行われたことはなかった。
5. X会社の定款では、取締役の員数は3名以上5名以下とされており、第18期及び第19期においては、取締役は常時3名存在した。
6. X会社の財務状況は、第18期及び第19期において債務超過であり、2021年4月16日に民事再生手続開始を申し立てた。

〔設問1〕

役員報酬の総額及びその配分方法は取締役会に一任する株主総会決議に基づいてなされた役員報酬の支給は有効か。本事例におけるY1への役員報酬の支払の効力はどうか。

〔設問2〕

Y2はY1に対する退職慰労金の支給についてX会社に対して損害賠償責任を負うか。

〔設問3〕

Y1はY1に対する退職慰労金の支給についてX会社に対して損害賠償責任を負うか。

以上

2023年5月14日

担当：明治大学専門職大学院 会計専門職研究科
教授 弥永真生

参考答案
[商法]

第1 設問1

1 会社法 361 条 1 項は、取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として会社から受ける財産上の利益（報酬等）についての一定の事項（たとえば、報酬等のうち額が確定しているものについては、その額、報酬等のうち額が確定していないものについては、その具体的な算定方法）は、定款に当該事項を定めていないときは、株主総会の決議によって定めるとしている。そして、この規定の趣旨は取締役の報酬額について取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止する点にあるから、株主総会においては報酬等の総額ないし上限額を定め、各取締役への配分方法は取締役会に一任することができると考えられる。他方、役員報酬の総額も取締役会に一任するのでは、いわゆるお手盛りの弊害を防止することはできないので、そのような株主総会決議は無効であり、そのような株主総会決議を前提としてなされた取締役会決議に基づく役員報酬の支払は無効である。

2 ところで、X 会社においては、株主総会および取締役会の開催に関する招集手続および議決方法等について会社法所定の手続は執られておらず、第 18 期及び第 19 期について、役員報酬の総額およびその配分方法は取締役会に一任することを承認した旨の株主総会議事録および Y1 の報酬月額を定める取締役会議事録は、Y1 および X 会社の各取締役の了解を得た上で、財務管理本部の社員により作成されたというのであるから、まず、株主総会の決議はないのではないか、株主総会決議があると考えても、株主総会決議によって報酬等の総額ないし上限額が定めら

れておらず、Y1 に対する報酬の支払は無効なのではないかという点が問題となる。

しかし、(1)株主総会の招集手続を経なくとも、すべての株主が異議なく出席して株主総会を開催し、決議を行えば、その決議は有効であるところ、2018 年 5 月 18 日までは Y1 が、同日以降は A 株式会社が、X 会社の発行済株式の全部を保有しており、かつ、Y1 は、2022 年 6 月 23 日まで A 株式会社の唯一の代表取締役であったというのであるから、株主総会議事録につき、Y1 の了解を得て作成されている以上、役員報酬の総額およびその配分方法は取締役会に一任することを承認した旨の株主総会決議があったと考えてよい。また、(2)X 会社の会社法 361 条 1 項は会社法において株主の利益を保護しようとする規定であるところ、X 会社のすべての株主が役員報酬の総額およびその配分方法は取締役会に一任するというのであれば、その決議は無効であると考えする必要はない。また、Y1 の報酬月額を定める取締役会議事録も Y1 の了解を得て作成されたのだとすれば、株主である Y1 または A が Y1 の報酬月額を定めたと考えることができる。したがって、本件の事情の下では、Y1 への役員報酬の支払は有効であると解される。

第2 設問2

退職慰労金は、職務執行の対価として会社から受ける財産上の利益であるから、会社法 361 条 1 項にいう「報酬等」にあたる。

株主総会が定めた報酬等の総額ないし上限額の範囲内で株主総会から報酬等の配分方法を一任された取締役会、そして、取締役会から各取締

役の報酬等の額の決定を再一任された代表取締役は、具体的な報酬等の額を決定するに当たり、善管注意義務および忠実義務を負うものの、各取締役の業績や活動実績をどのように評価し、当該取締役に対してどの程度の報酬等を支給すると決定するかといったことはきわめて専門的・技術的な判断である上、こうした評価・決定により、取締役をどのように監督しあるいは取締役にインセンティブを付与するかといった判断自体、会社の業績に少なからず影響を与える経営判断であるから、取締役会ないしそこから再一任を受けた代表取締役はそうした評価・決定をするにつき広い裁量を有するものと解されること、取締役が上記の評価・決定に当たり適切に権限を行使したか否かは、基本的には、株主総会における取締役の選任・解任の過程を通じて、株主が決すべきものであることからすると、再一任された代表取締役は、報酬等決定に至る判断過程やその判断内容に明らかに不合理な点がある場合を除き、報酬等決定を行ったことについて善管注意義務違反により責任を負うことはないし、他の取締役にも善管注意義務違反は認められないのが原則である。

たしかに株主総会は取締役の退職慰労金の総額ないし上限額を自由に定めることができると解する余地はあるが、株主総会から退職慰労金の決定を一任された取締役会としては、たとえば、会社の財政状態や経営成績を考慮に入れて、退職慰労金の額を決定することが求められ、取締役会の構成員である取締役はこの点につき善管注意義務を負うものと考えられる。本件において、X会社は債務超過であり、かつ、第19期の直後に民事再生手続開始を申し立てていることからすると、Y1に対する4

億円の退職慰労金支給はX会社にとって過大であり、かつ、Y2はY1の退職慰労金額を定める取締役会議事録につき了解を与えていたことから、Y2には任務懈怠が認められ、X会社に対して会社法423条に基づき損害賠償責任を負う。基本的には営業を担当しており、他の部署の職務については、X会社の業務内容全般を把握する趣旨で携わっていたにすぎなかったことは、取締役会の決議そのものについて善管注意義務を負わないことを意味するものではない。

第3 設問3

Y1は、Y1に対する退職慰労金支給決定の時点では、もはやX会社の取締役ではなく、かつ、X会社の取締役に欠員がなかった以上、取締役としての権利義務を有する者でもなかった。したがって、会社法346条1項の適用により、X会社に対して、会社法423条1項に基づく損害賠償責任を負うことはない。また、退任登記も遅滞なくなされていたから、会社法908条2項の類推適用により、X会社に対して、会社法423条1項に基づく損害賠償責任を負うことはない。

しかし、Y1は、X会社の取締役退任後も、X会社内において「会長」と呼ばれ、役員会に出席し、役員会における議論内容を踏まえ、X会社における重要な業務執行を決定していたというのであるから、いわば、取締役としての任務を内部的に引き受けていたものと考えられる。そして、X会社における内部的行為を行い、会社の業務および財産に重要な影響を与えていたことに鑑みると、取締役と同視できる程度の委任関係、少なくとも準委任関係(民法643条・656条)がX会社とY1の間には

存在したものと考えてよい。そして、Y1 に対する退職慰労金の額が過大であることを認識し、または認識することができ、それも一因となって、X 会社が民事再生手続開始の申立てをしなければならなくなることが予見できたのであれば、善管注意義務違反が認められ(民法 644 条・656 条)、会社法 423 条 1 項の類推適用により、X 会社に対して損害賠償責任を負う。なお、自身に対する退職慰労金支給決定に関与したとすれば、それは利益相反取引にあたり、任務懈怠が推定される(会社法 423 条 3 項)。

以 上

2023 年 5 月 14 日

担当：明治大学専門職大学院 会計専門職研究科

教授 弥永真生

予備試験答案練習会(商法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
設問1	(16)		
役員報酬の総額も取締役会に一任する総会決議の効力(一般論)		5	
本事案において、株主総会決議があったとみてよいか(全員出席株主総会)		5	
本事案における、取締役報酬の総額も取締役会に一任する総会決議の効力		6	
設問2	(16)		
退職慰労金は会社法361条の「報酬等」にあたるか		2	
取締役会に一任された場合に、取締役は、報酬等の決定につき善管注意義務および忠実義務を負うか(一般論)		6	
善管注意義務および忠実義務を負うとすると、具体的にどのような任務を負うのか		4	
Y2に任務懈怠は認められるか		4	
設問3	(13)		
Y1は取締役権利義務者にあたらぬこと/登記簿上の取締役にあたらぬこと		2	
Y1は事実上の取締役にあたるか		6	
Y1に任務懈怠は認められるか		3	
利益相反取引にあたり、任務懈怠が推定されること		2	
裁量点	(5)	5	
合計	(50)	50	

商法 解説レジュメ

1. 出題趣旨

本問は、東京地判令和4年7月14日金判1659号20頁を参考としたものであり、①役員報酬の決定方法、②役員報酬の決定について取締役の任務懈怠が認められることがあるのか、③いわゆる事実上の取締役理論に基づいて、取締役の会社に対する損害賠償責任(会社法423条)が認められるかを考えてもらうものであり、テキストなどには書かれていない問題点を取り上げるものである。

2. [設問1]

会社法361条1項は、取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として会社から受ける財産上の利益(報酬等)についての一定の事項(たとえば、報酬等のうち額が確定しているものについては、その額、報酬等のうち額が確定していないものについては、その具体的な算定方法)は、定款に当該事項を定めていないときは、株主総会の決議によって定めるとしている。

しかし、最判昭和60年3月26日判時1159号150頁は、現在の会社法361条1項に相当する平成17年改正前「商法269条の規定の趣旨は取締役の報酬額について取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止する点にあるから、株主総会の決議で取締役全員の報酬の総額を定め、その具体的な配分は取締役会の決定に委ねることができ、株主総会の決議で各取締役の報酬額を個別に定めることまでは必要では」ないとしている。また、最判昭和31年10月5日集民23号409頁は、「Y会社の臨時株主総会は、Y会社の第58期……におけるY会社の取締役及び監査役の受くべき報酬総額を金40万円と決定し、各取締役及び監査役に対する右報酬金の支払並びに分配方法を取締役会の決議に一任したので、昭和27年2月7日取締役会は右株主総会の決議に基き前記報酬金40万円の配分について結局26万7千円を社長及び専務取締役の第58期報酬に当てることとし、右両名の間における報酬の配分並びに支払方法を社長たるXに一任する旨の決議をしたというのであつて、……その一存をもつて原判示のように自己の受くべき報酬額を決定したからといって、右取締役会の決議の本旨に反するものでないことは勿論であり、また前述のとおり、取締役会の決議によつて社長に一任された社長、専務取締役に対する報酬の配分を社長が決議の趣旨に従つて決定したに過ぎないのであるから、何ら、商法265条(現在の会社法356条1項2号3号に相当一引用者)に触れるところはないのである。」と判示し、株主総会からの一任をうけた取締役会がさらに代表取締役などに、決定を再一任することもできるとしている。

3. [設問2]

伝統的には、株主総会決議で定められた報酬総額の枠内で具体的な報酬額が決定された場合には、決定手続き自体が適法である限り、(取締役会が代表取締役に再一任しても)決定

した代表取締役が善管注意義務違反はありえないと考えられてきた(矢沢惇「取締役の報酬の法的規制」『企業法の諸問題』(商事法務研究会、1961)228頁、上柳克郎ほか(編集代表)『新版注釈会社法(6)』(有斐閣、1987)386頁〔浜田道代〕)。

しかし、近時では、株主総会で決議された報酬総額の範囲内で個人別の額の決定が一任される場合には、個々の取締役の職務と報酬とが釣り合っているかなど、総額の配分に当たっての業務執行の問題であることから、不相当な報酬を決定した取締役については、善管注意義務違反・忠実義務違反を認め得るという見解が有力になっている(稲葉威雄『会社法の解明』(中央経済社、2010)431-432頁、伊藤靖史『経営者の報酬の法的規律』(有斐閣、2013)39頁以下、落合誠一(編)『会社法コンメンタール8』(商事法務、2009)165頁以下〔田中亘〕など参照)。そして、東京地判平成30年4月12日金判1556号47頁は、「取締役会から各取締役の報酬額の決定を再一任された代表取締役が、具体的な報酬額を決定するに当たり、善管注意義務および忠実義務を負うことは、前記認定・説示のとおりであるものの、各取締役の業績や活動実績をどのように評価し、当該取締役に対してどの程度の報酬を支給すると決定するかといったことは極めて専門的・技術的な判断である上、こうした評価・決定により、取締役をどのように監督しあるいは取締役にインセンティブを付与するかといった判断自体、会社の業績に少なからず影響を与える経営判断であるから、取締役会ないしそこから再一任を受けた代表取締役はそうした評価・決定をするにつき広い裁量を有するものと解されること、取締役が上記の評価・決定に当たり適切に権限を行使したか否かは、基本的には、株主総会における取締役の選任・解任の過程を通じて、株主が決すべきものであることからすると、本件において、Y1(代表取締役一引用者)は、本件報酬決定に至る判断過程やその判断内容に明らかに不合理な点がある場合を除き、本件報酬決定を行ったことについて善管注意義務違反により責任を負うことはないとするのが相当である。」と判示した(控訴審判決である東京高判平成30年9月26日金判1556号59頁はこれを引用)。

なお、東京地判令和4年7月14日は、株主総会の決議等で取締役全員の報酬の総額を定め、その具体的な配分は取締役または取締役会の決定に委ねた場合には、その委ねられた取締役または取締役会の構成員である各取締役は、具体的な報酬額を決定するに当たり、他の職務を執行する場合と同様に、善管注意義務を負うものと解されるとし、当該事案において、いわゆる一人会社である原告が、その一人株主であって取締役でもあるY1に対し、原告が債務超過にあるにもかかわらず、役員報酬として年額2億6400万円〔月額2200万円〕または2億5400万円〔月額約2117万円〕を支払ったことは、その旨の株主総会の決議等があったとしても、少なくともY1以外の原告の取締役の報酬額の最高額(年額1800万円(月額150万円))を超える部分については、分配可能額の存在を仮装して経理をした上で、他の取締役の報酬等との比較において社会通念上相当な額を上回る取締役の報酬等を支払ったものであり、法の定める分配可能額規制を実質的に潜脱するものとして、許されないものといわざるを得ないとした。

4.〔設問3〕

適法な選任手続きによって選任された取締役ではない者や取締役退任した者(取締役の権利義務者(会社法346条1項)に当たる者を除く)の行為(不作為を含む)を理由として、その者について取締役と同視するにふさわしい事情があるとして、取締役の第三者に対する責任(会社法429条1項[平成17年改正前商法266条ノ3第1項])を追及する際に、「事実上の取締役」(かつては、「実質上の取締役」ということもあった)という概念が用いられることが少なからず存在する。

東京地判平成5年3月29日判タ870号252頁は、「当裁判所としては、およそ取締役として登記されていない者に対しては、仮にX主張のような行動が認定できたとしても、いわゆる『事実上の取締役』であることを理由として有限会社法30条ノ3に基づく取締役の責任を追及することは許されないものと解する」としつつ、「付言するに、仮に、いわゆる『事実上の取締役』であることを理由として有限会社法30条ノ3に基づく取締役の責任を追及することを肯定する立場をとったとしても、ある者が右にいう『事実上の取締役』であると認めるためには、その者が實際上取締役と呼ばれるなどして取締役の外観を呈しているだけでは足りず、会社の業務の運営、執行について取締役に匹敵する重大な権限を有し、継続的に右のような権限を行使して会社の業務執行に従事していることを必要とするものと解すべきである」として、東京地判昭和55年11月26日判時1011号113頁を参照した(東京高判平成20年7月9日金判1297号20頁なども同趣旨)。また、静岡地判平成24年5月24日判時2157号110頁は、「取締役として登記されていない者について事実上の取締役たる立場を肯定するためには、その者が、実際に会社の業務の運営、執行について取締役に匹敵する権限を有し、継続的にかかる権限を行使して会社の業務執行に従事していることを必要とすると解すべき」と判示した。

他方、たとえば、京都地判平成4年2月5日判時1436号115頁は、「Y1の言動とA社の経営状況の浮沈との間には密接な対応関係がみられるのであって、Y1は、A社の経営と相当深い関係をもっており、親会社であるB社の代表取締役として、また、会社創設者である亡父の相続人で、A社の実質的所有者として、事実上A社の業務執行を継続的に行ない、A社を支配していたものであって、A社の事実上の取締役に当たる」として、Y1は重大な過失により、Y2の任務懈怠行為に対する監視義務を怠ったとした(監視義務違反が問われていることからわかるように、A社の業務執行はY2が行っていたのであり、裁判所は、Y1が事実上A社の業務執行を継続的に行なったことを、かなり安直に認定している)。

また、大阪地判平成4年1月27日労働判例611号62頁は、Y2社の監査役Y1は、Y2社を含む企業グループに属する会社の代表者であり、グループの総帥として活躍していること、取引先の接待と自己利用のためにY2社を設立し、ラウンジAを開店したこと、Y2社において実質的所有者として「オーナー」を自称し、従業員から「社長」と呼ばれ、ママであったXもY1がY2社の代表者であると信じていたこと、Aの日々の営業に関し、マ

マ、チーフ・マネージャーなど責任のある従業員の採用・解雇を自ら決め、Xにも細目の指示を与えていたこと、Aの経営とは別にY2社が化粧品取引について業務執行に当たっていたこと、Y2社およびAの運営、業務執行について余人の容喙する余地はなかったことを認定して、「Y1は、Y2社の事実上の代表者として全権を有しながら、Aの経営が不良なまま、改善の手段を講じることもなく漫然と営業を続け、累積赤字を増大させたばかりか、Xに対し給料等の不払を頻発し、Xをして退職の止むなきに至らしめ、遂にはAの維持・再建の意思をも放棄し、Y2社を事実上の倒産状態に陥らせた」として、平成17年改正前商法266条ノ3を類推適用して、Xに対する損害賠償をY1に命じた。

他方、「事実上の取締役」であることを理由として、会社法429条(平成17年改正前商法266条ノ3)の類推適用により、第三者に対して損害賠償責任を負うかどうか従来議論されてきており、筆者の知る限りでは、「事実上の取締役」であることを理由として、会社法423条(平成17年改正前商法266条)の類推適用により会社に対して損害賠償責任を負うかどうかは議論されてこなかった。おそらく、「事実上の取締役」であることを理由として、会社法423条(平成17年改正前商法266条)の類推適用により会社に対して損害賠償責任を負うとは解されてこなかったのだろう。適法に選任された取締役でない者は会社に対して任務を負っていないからである。

しかし、東京地判令和4年7月1日は会社の取締役を辞任したにもかかわらずなお積極的に、事実上、会社の取締役(主宰者)として、当時の状況下において、著しく不合理な内部的な行為をあえてした者は、会社法423条1項の規定の類推適用により、損害賠償責任を負うとし、会社法461条1項に違反した剰余金の配当についても、会社の取締役を辞任したにもかかわらずなお積極的に、事実上、会社の取締役(主宰者)としてその支払決裁を行った者は、会社法462条1項、会社法施行規則116条15号、会社計算規則159条8号イの規定の類推適用により、会社に対し、会社法462条1項にいう業務執行者(会社計算規則159条8号イにいう剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行った取締役)として、会社法462条1項所定の責任を負うとした。

【おまけ】

1. 役員に欠員が生じた場合

辞任は意思表示のみでできるから、退任登記の有無を問わず、辞任した役員等は会社法429条にいう「役員等」にはあたらないのが原則である。しかし、346条1項または351条1項に該当する場合には429条の責任主体となる(したがって346条1項または351条1項にあたる場合に責任を免れるためには一時役員を選任を求められない)。この結論は退任取締役に酷であるとして、後任取締役の選任に必要な合理的期間が経過した後は346条1項および351条1項の適用はなくなると考える(東京高判昭和63年5月31日判時1279号146頁は、辞任または任期満了により退任した後7年あるいは15年経過していた事案につき、事実上業務の執行に特段の支障が生じていたとは認められないとして、退任取締役に

は重過失がなかったとした) こともできそうであるが、株式会社の業務執行の空白を防ぐという 346 条 1 項及び 351 条 1 項の趣旨に反するようにも思われる。

2. 登記簿上の取締役

取締役として適法に選任されていない者または取締役を退任したにもかかわらず、退任登記がなされていない者に対して、かりに、その者が業務執行を行っていない場合であっても、その者が選任登記をすることまたは退任登記をしないことについて承諾を与えていたことを理由として、不実登記に関する規定(会社法 908 条 2 項)を類推適用し(会社法 908 条 2 項にいう「不実の事項を登記した者」とは、本来登記申請者(登記義務者)である会社を指すから、登記簿上の役員等に、908 条 2 項を直接適用することはできないため、類推適用ということになる)、その者の対第三者責任(会社法 429 条 1 項[平成 17 年改正前商法 266 条ノ 3 第 1 項])を追及することが判例上認められてきた(登記簿上の取締役)。最判昭和 47 年 6 月 15 日民集 26 卷 5 号 984 頁は、「Y の取締役への就任は、A 会社の創立総会または株主総会の決議に基づくものではなく、まったく名目上のものにすぎなかつたというのである。このような場合においては、Y が同会社の取締役として登記されていても、本来は、(平成 17 年改正前一引用者)商法 266 条ノ 3 第 1 項にいう取締役には当たらないというべきである。けだし、同条項にいう取締役とは、創立総会または株主総会において選任された取締役をいうのであつて、そのような取締役でなければ、取締役としての権利を有し、義務を負うことがないからである。」としたうえで、平成 17 年改正前「商法 14 条は、「故意又ハ過失ニ因リ不実ノ事項ヲ登記シタル者ハ其ノ事項ノ不実ナルコトヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」と規定するところ、同条にいう、「不実ノ事項ヲ登記シタル者」とは、当該登記を申請した商人(登記申請権者)をさすものと解すべきことは論旨のいうとおりであるが、その不実の登記事項が株式会社の取締役への就任であり、かつ、その就任の登記につき取締役とされた本人が承諾を与えたのであれば、同人もまた不実の登記の出現に加功したものであるといふべく、したがつて、同人に対する関係においても、当該事項の登記を申請した商人に対する関係におけると同様、善意の第三者を保護する必要があるから、同条の規定を類推適用して、取締役として就任の登記をされた当該本人も、同人に故意または過失があるかぎり、当該登記事項の不実なことをもつて善意の第三者に対抗することができないものと解するのを相当とする。Y が A 会社の取締役に就任した旨の登記につき、同人が承諾を与えたことは、前示のとおりであり、同人が右登記事項の不実であることを少なくとも過失によつて知らなかつたことは原審の適法に確定するところであるから、同人は、右登記事項の不実であること、換言すれば同人が A 会社の取締役にないことをもつて善意の第三者である X に対抗することができず、その結果として、原審の確定した事実関係のもとにおいては、Y は X に対し同法 266 条ノ 3 にいう取締役としての責任を免れ得ないものといふべきである。」とした。

他方、最判昭和 62 年 4 月 16 日判時 1248 号 127 頁は、退任登記未了の取締役の第三者

に対する責任について、「株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的又は内部的な行為をあえてした場合を除いては、辞任登記が未了であることによりその者が取締役であると信じて当該株式会社と取引した第三者に対しても(平成17年改正前―引用者)商法……266条ノ3第1項前段に基づく損害賠償責任を負わないものというべきである(最高裁昭和33年(オ)第370号同37年8月28日第三小法廷判決・裁判集民事62号273頁参照)」が、不実登記の残存に明示的な承諾を与えていたなどの特段の事情がある場合には、平成17年改正前商法14条の類推適用により、平成17年改正前商法266条ノ3第1項の責任を免れないとした。この判決は、「辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的又は内部的な行為をあえてした場合」には、平成17年改正前商法266条ノ3第1項の責任を負うことがあることを指摘しているが、これは、事実上の取締役としての責任が認められることがあるということであろう。

2023年5月14日

担当：明治大学専門職大学院 会計専門職研究科

教授 弥永真生

表

最優秀答案

回答者:T.G. 29点

商法

刑事訴訟法

1頁

第1 設問1.

1. 株主総会は、取締役¹の報酬、内容等に関する決議により決定することとなる(会社法(以下法名略)361条、真名号、299条(真))²。役員報酬の総額及びその配分方法を取締役会に一任する株主総会決議³に基づいて行われる役員報酬の支給は有効である。

この点、取締役の報酬の決定は本来業務執行事項である。しかし、その取締役に委ねること、不利益の危険が生じ、株主の利益を因る可能性がある。そのため、原則として、取締役会に報酬について一任する決議は「報酬の総額及びその配分方法について具体的に決議した場合には、例外的に、一任が認められる」とする。

したがって、役員報酬の総額及びその配分方法を取締役会に一任する株主総会決議に基づいて行われる役員報酬の支給は有効である。

2. 上記事件におけるY、Aの役員報酬の支給の有効性は、

(1) まずYは2020年6月23日Y社の代表取締役であったため、その報酬については株主総会決議が必要である。しかし、Y社については、株主総会及び取締役会の開催に関する招集手続及び議決方法等について会社法所定の手続は行われていない。そのため、株主総会の開催は法令違反(299条)が認められる。

またY社の株主はA社のみであることは、招集手続及び議決方法が株主の利益を保護するための手続であるため、A社同意については、この点の問題は、

(2) ~~したがって~~、Y社は、第18期及び19期において役員報酬の総額及びその配分方法は取締役会に一任することと承認した旨の株主総会議事録が

第20回 商法

ページ:1

番号:1 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 18:53:25
「報酬」というように条文の文言はかっこで強調するとよいでしょう。

番号:2 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 18:53:46
問題の所在に気づけています。

番号:3 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 18:58:36
361条の趣旨は~というような書き方にするとより趣旨から論じているように見えます

番号:4 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 19:03:06
本件手続の瑕疵について記載しており良いです

番号:5 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 19:04:04
全員出席総会について記載してほしかったです。
もっとも、時間がない場合にはこのような記載で良いと思います。

※	A B C
	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>

認めらる。これは特に不手配りの危険性が無い。会社利益の保護に可能な状況にあると見なす。

3. おり。上記決議に基づき支給すべきの役員報酬は無効である。

第2設問

総串

1. 2020年7月18日以前、X社が代表取締役であるYは、Yに付与退職金の支給に117. 43条に基づき損害賠償責任を負う。同責任は、①役員等、②任務懈怠、③損害の発生、④前記、⑤③の間の因果関係（12条項）、⑥事由（92条項の解釈）が認められる場合に負う。

2(1) 種々下り、Yの退職慰労金の額の決定は取締役会に一任されている。退職慰労金に36条項にいう報酬に当たる場合は、上記の定数の1に基いて支給は無効である。すなわち退職慰労金の性質上は「給付」である。

(2) この点、退職慰労金は、在職中の職務執行の対価であり、報酬の終局的性格が認められる。すなわち特別給当金として支給される場合がある。報酬の不可分密接性があるためである。

そのため、退職慰労金は報酬に当たり、株主総会決議が義務づけられる。この額を定数117で取締役会に一任することは、不手配り防止の観点から許される。総串 361条に反し。

(3) 以上からYの退職金の支給は無効である。

3. (1) Yは取締役は法令を遵守し、株式会社Xの下に忠実にその職務を行なうこと（355条）に基づき、Yの退職慰労金の支給は、法令に違反している。すなわち取締役は会社との関係で善管注意義務（330条、民法644条）を負う。Yの退職慰労金の支給時には、X社の財務状況が債務超過

番号:1 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 19:05:07

請求の法的根拠、要件について検討する姿勢が見れとても良いです。

番号:2 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 19:07:09

善管注意義務違反などを認定する場合には、具体的事実を使い、具体的注意義務を認定することができればよりよいと思います。

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、刑事訴訟法の答案用紙です。判注の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。なお、試験時間中に答案用紙の取替えに集付した場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取替えの申出は一切ありません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配付はしませんので、用したり出けたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に真直に記す
- (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(たこやます)で記す。
- (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が横行にわたるよう記す。
- (4) 答案用紙の表裏を書き通して答案を作成した場合は、裏面に記すことは認めません。
- (5) 答案用紙の②の欄には何も記載しないでください。
- (6) その他、解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案である旨を記載して提出することはありません。

① ありとこも考慮すると、4億円は退職慰労金の支給は、会社利益を害する合理的なわけにはいかない。

以上よりY2は、任務懈怠が認められる。(2) 充足)

(2) Y1は、Y2の退職慰労金の支給は、A社に4億円を損害を負い、これは、支給の直接発生は損害の一子といえる(②、④充足)。

(3) Y2は、代表取締役であることから、A社の財務状況について精通しているといえる。退職慰労金の額の相当性については、財務状況等を踏まえた検討を行うべきであり、これを支給している。また、Y2は、過失が認められる(④充足)。

4. Y2はY1に対して退職慰労金の支給についてA社に対して損害賠償責任(4億円)を負う。

第3 設問3

1. Y1は退職金支給の決定が2020年9月1日においてA社の役員等であるため、原則として、同支給についてはA社に対して損害賠償責任を負わなければならない。

2. A社の定款に定めた役員の数に欠けた場合は、任期満了の辞任による退任した役員は、新たに選任された役員が「辞任するまで」、その役員としての権利義務を行使する(396条1項)。本件においてA社の定款は、取締役の員数については3名以上5名以下とあり、第18期及び19期中、常務3名の取締役が存在していた。したがってY1はA社の役員としての権利義務を負わなければならない。

3. Y2はY1は、退任後も、A社内において会長として常務執行会に出席し、重要な業務執行を決定していた。また、A社の印鑑等も保有していた。この点から、会社は社会的に影響を受けるおそれがあるため、その業務の執行は取締役によって行われるべきであり、取締役の任務懈怠に対しては特別の責任を定

番号:1 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 19:08:35
なぜ「役員」に当たらないのか記載できればさらに良いと思います。

番号:2 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/06/11 19:10:05
権利義務取締役について記載しており良いです

最優秀答案

回答者 T.G. 29点

第1 設問1

1 株主総会は、取締役の報酬、内容等をその決議により決定することができる（会社法（以下法名略）361条1項各号、309条1項）ところ、役員報酬の総額及びその配分方法を取締役会に一任する株主総会決議に基づいてなされた役員報酬の支給は有効か。

この点、取締役の報酬の決定は本来業務執行事項である。しかし、これを取締役に委ねると、お手盛りの危険が生じ、会社の利益を損ねることができない。そのため、原則として、取締役会に報酬について一任することは許されず報酬の総額及びその配分方法について具体的に決議した場合にのみ、危険が生じないため例外的に、一任が認められると考える。

したがって、役員報酬の総額及びその配分方法を取締役会に一任する株主総会決議に基づいてなされた役員報酬の支給は無効である。

2 では本件におけるY1への役員報酬の支払の効力はどうか。

(1)まずY1は、2022年6月23日までX社の代表取締役であったため、その報酬について株主総会決議が必要である。しかし、X社においては、株主総会及び取締役会の開催に関する招集手続及び議決方法等について会社法所定の手続は執られていない。そのため、株主総会の手続に法令違反（299条等）が認められる。

もっとも、X社の株主はA社のみであるところ、招集手続及び議決方法は株主の利益を保護するためのものであるため、Aが同意していたのならば、この点は問題ない

(2)しかし、X社には、第18期及び19期について役員報酬の総額及びその配分方法は取締役会に一任することを承認した旨の株主総会記事録が認められる。これはまさにお手盛りの危険性があり、会社利益の保護が不可能な状況にあるといえる。

3 よって、上記決議に基づいて支給されたY1の役員報酬は無効である。

第2 設問2

- 1 2020年7月18日以降、X社の代表取締役であるY2は、Y1に対する退職慰労金の支給について、423条に基づき損害賠償責任を負うか。同責任は、①役員等、②任務懈怠、③損害の発生、④前記、②、③の間の因果関係（423条1項）⑤帰責事由（428条1項反対解釈）が認められる場合に負う。
- 2 (1)本件において、Y1の退職慰労金の額の決定は取締役会に一任されているところ、退職慰労金が361条1項にいう「報酬」にあたる場合には、上限の定めのない一任に基づく支給は無効となる。そこで退職慰労金の性質をどう考えるべきか。
(2)この点、退職慰労金は、在職中の職務執行の対価であり、報酬の後払い的性格が認められる。また特別功労金として支給される場合であっても、報酬と不可分密接なものであるといえる。
そのため、退職慰労金は「報酬」にあたり、株主総会決議が必要であり、その額を定めないで取締役会に一任することは、お手盛り防止の観点より許されない。
(3)したがって、Y1への退職慰労金の支給は361条に反し、無効である。
- 3 (1)そして取締役は法令を遵守し、株式会社のために忠実にその職務を行わなければならない（355条）ところ、Y1への退職慰労金の支給は、法令に違反している。また取締役は会社との関係で善管注意義務（330条、民法644条）を負うところ、Y1への退職慰労金の支給時には、X社の財務状況が債務超過であったことも考慮すると、4億円の退職慰労金の支給は、会社利益を害する不合理なものといえる。
以上より、Y2に任務懈怠が認められる（②充足）。
(2)そして、Y1への退職慰労金の支給により、A社は4億円の損害を負い、これは、支給より直接発生した損害であるといえる（③、④充足）。
(3)さらにY2は、代表取締役であることから、X社の株主総会決議の内容や財務状況について精通していたと認められるところ、退職慰労金の額の相当性について、財務状況等を踏まえた検討を行わずに、これを支給している。そのため少なくとも過失が認められる。（⑤充足）。
- 4 よって、Y2はY1に対する退職慰労金の支給についてX社に対して損害賠償責任（4億円）を負う。

第3 設問3

1 Y1は退職金支給の支給された2020年9月1日においてX社の「役員等」にあたらないため、原則として、同支給についてX社に対し、損害賠償責任を負わない。

2 また、定款で定めた役員の員数がかけた場合には、任期満了又は辞任により退任した役員は、新たに選任された役員が就任するまで、なお役員として権利義務を有する(346条1項)。本件においてX社の定款は、取締役の員数について3名以上5名以下としているが、第18期及び19期中常時3名の取締役が存在していた。そのためY1は上記により、役員としての権利義務を負わない。

3 もっともY1は、退任後も、X社内において「会長」と呼ばれ、役員会に出席し重要な業務執行を決定していた。また、X社の印鑑等も保有している。

この点423条は、会社は社会的に影響を持つものであるところ、その業務の執行は取締役に依存しているため、(295条2項)取締役に任務懈怠に対して特別の責任を定めたものである。そうだとすると、「役員等」にあたらなくても、会社の業務執行に重大な影響を及ぼす者も、同責任を負うものと考えられる。

Y1は、上記のように退任後もX社の重要な業務執行を決定しており、またX社の1人株主であるA社の唯一の代表取締役である。そうだとすると、Y1は、X社の業務執行に重大な影響を及ぼすことが可能であるといえる。

したがって、Y1は例外的に「役員等」にあたる(①充足)。

4 そして、Y1は、2020年7月18日までX社の代表取締役であったため、X社が第18期及び第19期において債務超過であったことも把握していると考えられるところ、4億円の退職慰労金の支給によりX社に損害を与えている(②、③、④充足)。さらにY2と同様に少なくとも過失が認められる(⑤充足)。

5 よって、Y1はY1に対する退職慰労金の支給についてX社に対して損害賠償責任(4億円)を負う。なお、同責任は、Y2と連帯責任となる(430条)。

以上

採点講評

(2023年5月14日 商法)

第1 全体を通して

そもそも、答案の方ができていないと思われる人は、少なかったことから皆さん勉強されているということが伝わった。また、ナンバリングなどもされており、判読できないような文字で書いてある答案もなかった。もっとも、問題提起を行っていない答案が複数存在した。問題提起を長々と論じる必要はないが、一言で問題の所在を示すことができれば、読み手としての印象はよく、受験者も理解を示せるので論じた方が良いと思う。

第2 設問1

①役員報酬の決定方法、②全員出席総会について問われていた。①については気づけていた人が多いという印象であったが、②については、気づけている人は、ほとんどいなかった。

まず、①については、市販の論証集に載っている典型論点であることや司法試験で出題されていることから当然できてほしかったが、あまりできはよくなかった。すでに聞かれたことがある論点を落とすことは、致命的なものであるのでしっかりと復習しておいてほしい。

次に、②については、答えられている人は、ほとんどいなかったものの事案の特殊性を見抜き、自分なりに考えている人は多くいたのでとても良かった。わからない問題に対しても、何かしら原理原則から書くということは、点につながるのだからこれからもそのようにしてほしい。

第3 設問2

①退職金が「報酬」に当たるかを前提として②役員損害賠償について問われていた。

①は典型論点であるにもかかわらず、答えられている人は、少なかったことからしっかりと復習してほしい。

②についても、423条の全要件を検討していない答案や善管注意義務違反について具体的に検討している答案も少なかったことからどのように記載すべきなのかについて復習したり、優秀答案を見てほしいと思った。

第4 設問3

①事実上の取締役にあたるか②利益相反取引の推定規定③423責任が認められるかが問題となっていた。①については、典型論点にもかかわらず、答えることができていた人は少なかったののでしっかりと復習しておいてください。②については、気づけている人は、ほとんどいなかった。利益相反取引は、図を書くなどして落とさないようにしてほしい。③については、全要件を検討していない人がいたので、そのようなことはないようにしてほしい。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2023年5月14日分 得点分布表

商法

出席者 20名 平均点 18点

得点分布	人数
0	0
1~5	1
6~10	3
11~15	2
16~20	8
21~25	3
26~30	3
31~35	0
36~40	0
41~45	0
46~50	0

