

令和3年

1 [商 法]

2

3 次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

4

- 5 1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、医療用検査機器等の製造販売を業とする取締役会設置会社
6 であり、監査役設置会社である。甲社は種類株式発行会社ではなく、その定款には譲渡による甲社株
7 式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式の総数は100
8 0株であり、昨年までは創業者であるAがその全てを保有していた。Aは創業以来甲社の代表取締役
9 でもあったが、昨年高齢を理由に経営の第一線から退いた。Aの後任を選定する取締役会においては、
10 以前Aが他社から甲社の取締役として引き抜いてきたBが代表取締役に選定された。また、Aは、退
11 任に際し、Bと、Aの子であるCに、それぞれ100株を適法に譲渡した。その結果、甲社株主は8
12 00株を保有するAのほか、100株ずつ保有するBとCの3名となった。創業以来、甲社において
13 株主総会が現実に開かれたことはなく、役員等の選任は、3年前の改選時も含め、Aによる指名をも
14 って株主総会決議に代えていた。また役員報酬や退職慰労金は、役職や勤続年数に応じた算定方法を
15 定めた内規（以下「本件内規」という。）を基に、Aの指示によって支払われてきた。そしてAの退任
16 時も本件内規に従った退職慰労金が支払われた。
- 17 2. 甲社の定款では、取締役の任期については「選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のも
18 のに関する定時株主総会の終結の時まで」と規定されている。また「代表取締役は取締役会決議によ
19 って定めるものとするが、必要に応じ株主総会の決議によって定めることができる」旨の定めがある。
20 役員報酬については定款に定められていない。甲社の取締役は、代表取締役社長であるBのほか、
21 代表権のない取締役であるC、D及びEの計4名であった。
- 22 3. 従来、甲社の事業は、医療用検査機器の製造販売が中心であったが、次代の社長を自負するCは、
23 家庭用検査機器の製造販売を拡充すべきであると主張し、度々Bと経営戦略について対立するよう
24 になった。またAも、いずれはCに甲社を継がせたいと考えており、少なくともBと同等の権限をCに
25 も与えるべきであると考えようになっていた。
- 26 4. Aの意向を知ったCは、Bら他の取締役の承諾を得ることなく、自ら「代表取締役副社長」と名乗
27 って取引先と交渉するようになった。さらに、Cは、Aと相談して了承を得た上で、Cを代表取締
28 役に選定する臨時株主総会決議があったものとして株主総会議事録を作成し、Cを代表取締役に追加す
29 る旨の登記申請をし、その旨登記された。これらCの一連の行動を、Bら他の取締役が察知すること
30 はなかった。
- 31 5. そのような中、Cは、家庭用検査機器の製造販売を拡充するべく部品の調達先を確保しようと考え、
32 新たに乙株式会社（以下「乙社」という。）と取引基本契約を締結することとした。Cは、甲社の代表
33 者印が常に経理担当従業員Fに預けられていることを知っており、契約書に「代表取締役副社長C」
34 と記名してFに指示して代表者印を押印させた。乙社の代表取締役は、甲社の代表取締役副社長とし
35 て振る舞うCを信頼して取引に応じ、この契約書に記名押印した。その後、乙社が甲社に対して供給
36 した部品の代金2000万円（以下「本件代金」という。）の支払を請求したところ、Cによる一連の
37 行動はBら他の取締役の知るところとなり、BとCとの関係が更に悪化した。Bは、Cは適法な会社
38 代表者ではなく、甲社は乙社と契約など締結していないとして、本件代金の請求に応じない意向を示
39 している。

40

41 【設問1】

42 甲社に対して本件代金を請求するために、乙社の立場において考えられる主張及びその当否につい
43 て、論じなさい。

- 44 6. BとCとの対立は、その後も激化の一途をたどり、ついにCはBを代表取締役から解職することを
45 決意した。Cは、D及びEの協力を取り付けた上で適法な招集手続を経て取締役会を招集し、Bの解
46 職と改めてCを代表取締役に選定する旨の決議が成立した。
- 47 7. Bは、もはや甲社に自分の居場所はないと考え、取締役を辞任することを決意した。Aは強く翻意
48 を促したが、Bは聞き入れず、直後に開催された取締役会で取締役を辞任することを申し入れ、了承
49 された。Bに申し訳ないことをしたと感じていたAは、Bを引き抜いた際、取締役退任時には本件内
50 規に基づいて退職慰労金が支給されると説明したことを思い出し、Fに対して、本件内規に基づく退
51 職慰労金をBに支給することの検討を依頼した。Fは、この依頼に応じ、本件内規に基づいて算定さ
52 れた金額である1800万円の退職慰労金（以下「本件慰労金」という。）をBに支払った。
- 53 8. 本件慰労金が支給されてから程なくしてAが死亡した。Aが保有していた甲社株式800株は全て
54 Cが相続によって取得した。Aの死後、Cは、Fから報告を受けた際、Bに本件慰労金が支給された
55 ことを知った。そこで、Cは、甲社として、Bに対して本件慰労金の返還を請求することとした。

56

57 **〔設問2〕**

- 58 甲社のBに対する本件慰労金の返還請求の根拠及び内容について説明した上で、これを拒むために、
59 Bの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

[解説]

設問 1

設問 1 は、平成 26 年司法試験設問 2 に非常に似ています。

乙社が甲社に対して、取引基本契約に基づく本件代金を請求するためには、C が甲社の代表取締役として締結した取引基本契約の効果が甲社に帰属すると主張する必要があります。

具体的には、①C は適法な選任手続を経た代表取締役であること、②仮に①が認められなくても不実登記の効果により乙社との関係では C が代表取締役であると擬制されること（会社法 908 条 2 項）、③会社法 354 条の適用により乙社との関係では C が代表取締役であると擬制されることを主張することになります。

①では、10%株主である C と 80%株主である A が C が代表取締役として行動することについて同意していることから、90%の株主の同意をもって、C が適法に代表取締役として選定されたといえるかが問題になります。その前提として、株主が代表取締役を選定できることが必要となるため、「代表取締役は取締役会決議によって定めるものとするが、必要に応じ株主総会の決議によって定めることができる」旨の定款規定の有効性を検討することになると考えられます。これについては、平成 29 年の最高裁判例（最判 H29.2.21・H29 重判 6）に従って論じることになります。

②では、908 条 2 項の趣旨を踏まえて「善意」として不実登記を信じたことまで必要であるかどうかを論じることになります。禁反言説からは不実登記を信じたことまでは不要ですが、権利外観法理説からは不実登記を信じたことまで必要とされます。

③では、「名称を付した」については代表取締役 B が C の僭称を知らなかったことと C の僭称について 90%の株主が同意又は関与していることを踏まえて論じ、「善意」については善意・無重過失を意味することを示した上で問題文 33～35 行目の事情を使って論じます。

なお、④取引基本契約が「その他の重要な業務執行」（会社法 362 条 4 項柱書）に当たるにもかかわらず取締役会決議を経っていないのではないかという点については、言及する必要はないと考えます。理由は、④は乙社にとって不利な事柄であるから④について乙社が積極的に主張するのは不自然であること、取引基本契約が「その他の重要な業務執行」に当たるかどうかを判断できるだけの事情が問題文にないこと、民法 93 条 1 項但書類推適用における善意・無過失を判断できるだけの事情が問題文にないことの 3 点です。

設問 2

甲社は、返還請求の根拠としては不当利得返還請求権（民法 703 条・704 条）を主張し、その要件のうち「法律上の原因」の不存在を基礎づけるために、本件慰労金について定款の規定も株主総会決議による決定（会社法 361 条 1 項）もないことを主張します。後者では、①退職慰労金も「報酬等」として取締役の報酬規制に服すること（最判 S39.12.11・百 61）、②「内規に従って決定された退職慰労年金が支給される場合であっても、取締役が退任により当然に…内規に基づき退職慰労年金債権を取得することはなく、…株主総会決議による個別の判断を経

て初めて、…退任取締役との間で退職慰労年金の支給についての契約が成立し、当該退任取締役が具体的な退職慰労年金債権を取得するに至る」こと（最判 H22.3.16・H22 重判 3）について言及することになります。

B の反論としては、③社会通念上相当な金額であれば、定款の規定や株主総会決議を欠いても退職慰労金請求権が発生すること、④甲社による全額返還請求は信義則違反（民法 1 条 2 項）・権利濫用（同法 1 条 3 項）であることの 2 点が考えられます。③まで問われているかは定かではありません。メインは④です。

③については、取締役の報酬規制に遡り、最高裁判例（最判 H15.2.21・百 A17）を踏まえながら論じます。

④については、本件と同種事案において会社による退職慰労金全額の不当利得返還請求を信義則違反・権利濫用として否定した最高裁判例（最判 H21.12.18・百 A18）を踏まえながら、本件の事実関係を摘示・評価して論じます。

なお、②及び④に関する 2 つの最高裁判例は、やや細かいところから出題してきたなという印象ですが、総まくり講座ではいずれの判例も事案及び判旨を掲載する形で取り上げておりました。

[参考答案]

1 設問 1

2 1. まず、乙社は、Cは適法な選任手続を経た代表取締役であるとの理
3 由から、Cが甲社の代表取締役として締結した取引基本契約の効果が
4 甲社に帰属すると主張する。

5 (1) Cは、Aの了承を得た上でCを代表取締役に選定する臨時株主総
6 会決議を内容とする株主総会議事録を作成しているから、Cを代表
7 取締役として選定することについて、1000株中800株を保有する
8 Aと100株を保有するCの同意があるといえる。そこで、仮に株主
9 総会による代表取締役選定が可能であれば、A及びCの同意をもっ
10 てCが適法に代表取締役として選定されたといえるのではないか。

11 (2) 会社法上、株主総会で決議できるとされる「定款で定めた事項」
12 (295条2項)の内容を制限する明文規定はないから、広く定款自
13 治が認められている。また、取締役会と並んで株主総会でも代表取
14 締役の選定を決議できるとする定款の定めであれば、取締役会が有
15 する代表取締役の監督機能(362条2項3号)が奪われることにも
16 ならない。そこで、このような定款の定めも有効であると解する。

17 そうすると、代表取締役は取締役会決議だけでなく株主総会決議
18 によっても選定できる旨の甲社の定款は、有効である。

19 (3) もっとも、残り100株を有するBの同意がないから、「株主の全
20 員の同意」に基づく招集手続を要しない株主総会の開催(300条)
21 及び株主総会の決議の省略(319条)があったとはいえない。した
22 がって、Cは代表取締役ではない。

1 2. 次に、乙社は、100株を有するCが800株を有するAの了承を得た
2 上で行った登記申請に基づくCを代表取締役を追加する旨の不実登記
3 は、甲社の「故意」によるものであるから、908条2項の適用により
4 乙社との関係でCが代表取締役であると擬制されると主張する。

5 同条2項の趣旨は不実登記の出現に帰責性のある会社の犠牲におい
6 て不実登記を信頼した第三者を保護するという権利外観法理にある
7 から、「善意」とは不実登記を信じたことを意味すると解する。

8 乙の代表取締役が不実登記を信じたという事情がないから、乙は
9 908条2項の「善意の第三者」に当たらない。したがって、908条2
10 項の効果によっては、Cは代表取締役と擬制されない。

11 3. そこで、乙社は、354条の適用により代表権の犠牲を主張する。

12 (1) 代表取締役副社長は、「株式会社を代表する権限を有するものと認
13 められる名称」の一つである「副社長」に当たる。

14 (2) 「名称を付した」とは、会社の帰責性としての要件であるから、名
15 称使用について会社が明示又は黙示的に認めたことを意味する。

16 確かに、代表取締役BはCの一連の行動を知らなかったのだから、
17 ら、甲社がCの僭称を認めていたとはいえないとも思える。しかし、
18 Cの僭称には、1000株中の900株を保有するAとCとが同意して
19 いるから、これをもって甲社がCの僭称を認めたと評価してよい。

20 したがって、甲社がCに上記「名称を付した」といえる。

21 (3) 同条の「善意」とは、善意かつ無重過失を意味すると解される。

22 乙の代表取締役は、甲社の代表取締役副社長として振る舞うCを

1 信頼して取引に応じたのだから、善意である。契約書には「代表取
2 締役副社長 C」との記名及び代表者印の押印があったことから、C
3 の代表権の存在を疑うべき事情はなかったといえるから、乙社は E
4 が代表権の存否を調査・確認する義務を負わない。したがって、調
5 査・確認義務違反としても過失もないから、乙社は「善意」である。

6 (4) 354条の適用により Cが代表取締役であると擬制される結果、取
7 引基本契約の効果は甲社に帰属するから、乙社の請求が認められる。

8 設問 2

9 1. 甲社の請求の根拠及び内容

10 (1) 取締役に対して「報酬等」を支払うためには、定款の規定又は株
11 主総会決議による決定が必要である(361条1項)。

12 報酬規制の趣旨は取締役ないし取締役会によるお手盛りの防止
13 にあるところ、退職慰労金にも、残存取締役が自分の退職時に先例・
14 慣行として有利に働くことを期待して先に退職する取締役の退職慰
15 労金の額を多く定める可能性があるという意味で、お手盛りに準じ
16 た危険がある。そこで、退職慰労金は、その報酬後払的性格にも鑑
17 み、「報酬等」として取締役の報酬規制に服すると解する。

18 (2) 退職慰労金に関する内規が存在する場合でも、取締役が退任によ
19 り当然に内規に基づき退職慰労金請求権を取得するのではなく、定
20 款の規定又は株主総会の個別の判断があつて初めて、会社と退任取
21 締役との間で退職慰労金の支給に関する契約が成立し、当該退任取
22 締役が具体的な退職慰労請求権を取得するに至ると解される。

1 甲社では、退職慰労金について内規はあるが、定款の規定も株主
2 総会決議もないから、Bは具体的な退職慰労金請求権を取得してい
3 ない。そうすると、Bの1800万円の本件慰労金は、甲社の「損失」
4 に由来する「法律上の原因」を欠く利得である。したがって、不当
5 利得（民法703条・704条）として全額返還を求めることができる。

6 2. Bの主張及びその当否

7 (1) まず、Bは、社会通念上相当な金額であれば、定款の規定や株主
8 総会決議を欠いても退職慰労金請求権が発生すると主張する。

9 しかし、取締役の報酬規制の趣旨は、取締役の報酬等についてお
10 手盛りの弊害を防止するために株主の自主的判断に委ねることにあ
11 るから、定款の規定や株主総会決議を欠く以上、社会通念上妥当な
12 金額であっても退職慰労金請求権は発生しないと解すべきである。

13 したがって、(1)の主張は認められない。

14 (2) 次に、Bは、甲社による返還請求は信義則違反（民法1条2項）・
15 権利濫用（同法1条3項）であると主張する。

16 甲社では、創業以来、本件内規を基に、甲社の全株式を保有して
17 いた代表取締役Aの指示により、定款の規定や株主総会決議を経る
18 ことなく、退職慰労金が支給されてきた。本件慰労金も、80%の株
19 式を有するAの指示により、本件内規に基づいて支給されたもので
20 あるから、Bにおいてその支給に法的根拠があると信じるのが通常
21 である。そうすると、甲社による全額の返還請求は、信義則違反・
22 権利濫用であり許されない。したがって、返還請求は認められない。