

1 [令和3年]

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 株主総会が現実には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 って株主総会議決に代えていた。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を代表取締役
28 に選定する臨時株主総会議決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可否につい
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 では、C と乙社との取引が甲社に効果帰属するための主張及びその当否を指摘することが求められている。具体的には、①C は甲社の代表取締役として適法に選定された者といえるかにつき、取締役会設置会社における株主総会による代表取締役選定に関する定款規定の有効性に関する議論（最判平成 29 年 2 月 21 日参照）を前提に、A の承諾をもって株主総会決議としてよいか、さらに C が甲社の代表取締役であるとは認められない場合であっても、②C が登記簿上は代表取締役であることから、会社法第 908 条第 2 項に基づき、甲社は乙社に C が代表取締役ではないと主張することができないと解する余地があるか、あるいは③C が表見代表取締役（同法第 354 条）に該当するために、甲社は C の行為についての責任を負うと解する余地があるかについて、検討することが期待されている。上記②及び③を検討するに当たっては、大株主である A の関与や代表者印の管理不備の問題をどのように評価するかがポイントとなる。（出題趣旨）

1. 乙社の立場に置いて考えられる主張

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る。

具体的には、①C は適法な選定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、C を代表取締役であるとする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）、③354 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る。

2. 主張の当否

(1) ①C は適法な選定手続を経た代表取締役であること

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る。その前提として、株主が代表取締役を選定す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。

平成 29 年最高裁判決は、取締役会設置会社の決議事項とされている代表取締役の選定・解職（362 条 2 項 3 号）を株主総会でも決議できるとする「定款」の定め（295 条 2 項）について、⑦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」の内容を制限する明文規定はないから、広く定款自治が認められていることと、④取締役会と並んで株主総会でも代表取締役の選定・解職を決議できるとする定款の定めであれば、取締役会が有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ならないことを理由に、有効であると解している。

そうすると、甲社株式の 90%の有している A と C とで株主総会を開催して C を代表取締役に選定する旨の決議をした、又は株主総会の開催・決議を

基礎応用 61 頁 [論点 1]、論証集 35
頁 [論点 1]、最決 H29.2.21・百 41

省略して（300条、319条）Cを代表取締役にすることが可決されたといえるのであれば、Cは適法な選定手続を経た代表取締役であるといえる。

- (2) ②Cを代表取締役であるとする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

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る。

禁反言説からは不実登記を信じたことまでは不要であるが、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る。

本問では、乙社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、権利外観法理説からは、乙社は908条2項の「善意の第三者」に当たらず、その結果、908条2項の効果によってはCは代表取締役と擬制されない。

- (3) 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

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ることになる。「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、「Cは、甲社の代表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」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。」（問題文32～35）という事情を使って、乙社の代表取締役の善意・無重過失について論じる。

- (4) ④362条4項柱書違反について

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る。

理由は、④は乙社にとって不利な事柄であるため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点である。

基礎応用 75 頁・脚注 7)、論証集 44

頁・脚注 2)

基礎応用 91 頁・5、論証集 51 頁・

5

設問 2

1. 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

設問 2 では、本件慰労金の返還請求の根拠・内容として、本件慰労金が取締役の報酬等（会社法第 361 条第 1 項）に当たることを前提に、本件慰労金の支給について定款の定めも株主総会決議もないことから、B は本件慰労金相当額の具体的請求権を有しているとはいえず、本件慰労金は不当利得となることを指摘することが求められる。（出題趣旨）

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）もないことを主張する。

上記請求の理由のうち「株主総会決議による決定…もない」こととしては、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と、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ではなく、…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」ことについて言及することになる。

①：基礎応用 122 頁〔論点 3〕（論証 1）、論証集 68 頁〔論点 3〕・
1、最判 S39.12.11・百 59
②：基礎応用 124 頁〔判例 1〕、最判 H22.3.16・H22 重判 3

2. 返還請求を拒むために B の立場において考えられる主張及びその当否

（1）不確定額の報酬である本件慰労金の額の具体的な算定方法について、当時甲社の全株式を有していた A の同意があったこと

本件慰労金の返還を拒むために、B の立場からは、本件慰労金を不確定額の報酬（同項第 2 号）と捉えて、A が B をスカウトした際にその支給を約束し、かつその当時は甲社の全株式を有していた A がその支給について同意したと主張することが考えられる。（出題趣旨）

取締役の「報酬等のうち額が確定しているもの」（361 条 1 項 1 号）については、「その額」について定款の規定又は株主総会決議で定める必要があるところ、当時甲社の全株式を有していた A の同意があったのは、あくまでも、退職慰労金の額について「役職や勤続年数に応じた算定方法」を定めた本件内規（問題文 14～15）に基づいて退職慰労金を支給すること（問題文 49～50）だけであるから、退職慰労金の額についてまで A の同意があったとはいえない。そうすると、本件慰労金を「報酬等のうち額が確定しているもの」と捉えるのであれば、361 条 1 項柱書の要件を満たさない。

これに対し、取締役の「報酬等のうち額が確定していないもの」（361 条 1 項 2 号）については、「その具体的な算定方法」について定款の規定又は株主総会決議で定めれば足りるため、A の上記同意をもって 361 条 1 項柱書の要件を満たす。

2 号の不確定額報酬は、典型的には賞与を含むインセンティブ報酬（例えば、会社の経常利益の 1%を取締役の報酬等として与えるなど）を意味するところ、本件慰労金は「役職や勤続年数に応じた算定方法」により機械的に額が導かれるものだから、不確定額報酬ではなく、確定額報酬に位置づけられると考えられる。¹⁾

江頭 467 頁、田中 268 頁

（2）返還請求が信義則に反し、権利濫用に当たること

また、甲社における取締役報酬支給の慣行、A が B をスカウトした際の説明、及び本件慰労金の返還請求に至った経緯等を前提とすると、甲社による本件慰労金の返還請求は信義則に反し、権利濫用に当たると主張することが考えられる（最判平成 21 年 12 月 18 日参照）。（出題趣旨）

基礎応用 125 頁〔判例 2〕、論証集
69 頁・脚注 27)、最判 H21.12.18・
百 A18

¹⁾ 江頭 458 頁でも「退職慰労金は、…定款・株主総会決議（会社法三六一条一項一号、会社則六三条七号ロ・八二条一項一号四号二項）により額を定めねばならない」とあり、退職慰労金が確定額報酬に位置づけられている。

(2) 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平成 21 年最高裁判決を踏まえながら、本件の事実関係を摘示・評価して論じることになる。本判決の事案及び判旨は以下の通りである。

(判例)

事案：X 社においては、退職慰労金は、通常、株主総会決議を経ることなく代表取締役 A (99.24%株主) の決裁を中心とする手続により支給されていた。本件では、取締役を退任した Y に対し、株主総会決議と代表取締役 A の決裁のいずれも経ずに退職慰労金が支給された。そこで、X 社は Y に対し、退職慰労金について不当利得返還請求をした。

判旨：「Y に対し退職慰労金を支給する旨の株主総会の決議等が存在しない以上は、上告人には退職慰労金請求権が発生しておらず、Y が本件金員の支給を受けたことが不当利得になることは否定しがたいところである。しかし、…X 社においては、従前から、退任取締役に対する退職慰労金は、通常は、事前の株主総会の決議を経ることなく、代表取締役 A の決裁を中心とする手続によって支給されており、発行済株式総数の 99%以上を保有する代表取締役 A の決裁することによって、株主総会の決議に代えてきたというのである。そして、…その返還を明確に求めたのは、本件送金後 1 年近く経過した平成 19 年 2 月 21 日であるから…上記各事実を前提とすれば、Y に対して退職慰労金を不支給とすべき合理的な理由があるなど特段の事情がない限り、X 社が Y に対して本件金員の返還を請求することは、信義則に反し、権利の濫用として許されないというべきである。」

〔模範答案〕

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」に基づき招集手続を省略して株主総会を開催 (300 条)
21 して C を代表取締役に選定する旨の決議がなされたとはいえない。
22 したがって、C は代表取締役ではない。

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。

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て不実登記を信じた第三者を保護するという権利外観法理にあるから、「善意」とは不実登記を信じたことを意味すると解する。

乙社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、乙社は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項の効果によっては、Cは代表取締役と擬制されない。

3. そこで、乙社は、354条の適用により代表権の擬制を主張する。

(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められる名称」の一つである「副社長」に当たる。

(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。

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、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、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。

したがって、甲社がCに上記「名称を付した」といえる。

(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。

乙社の代表取締役は、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「代表取締役副社長 C」との記名及び代表者印の押印があったため、C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、調査・確認義務違反としての過失もないから、乙社は「善意」である。

(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。

設問 2

1. 甲社の請求の根拠及び内容

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

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・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み、「報酬等」として取締役の報酬規制に服すると解する。

(2) 退職慰労金に関する内規が存在する場合でも、定款の規定又は株主総会の個別の判断があって初めて、当該退任取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。

甲社には退職慰労金について内規はあるが、定款の規定も株主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できない。

(3) そうすると、B の 1800 万円の本件慰労金は、甲社の「損失」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。

2. B の主張及びその当否

(1) B は、本件慰労金を不確定額報酬（361 条 1 項 2 号）と捉えた上で、本件内規に基づく退職慰労金を B に支給することについて当時甲社の全株式を有していた A が B に説明したことをもって「その具体的な算定方法」について「株主総会の決議」があったと評価できるから、361 条 1 項柱書の要件を満たすと主張する。

本件慰労金は「役職や勤続年数に応じた算定方法」により機械的に額が導かれるものだから、確定額報酬（1 号）である。そして、A は本件慰労金の「額」については説明していないから、361 条 1 項柱書の要件を満たさない。したがって、(1) の主張は認められない。

(2) B は、甲社による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）であると主張する。

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・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。

参考文献

(会社法)

- ・「株式会社法」第8版(著:江頭憲治郎-有斐閣)
- ・「会社法」第4版(著:田中亘-東京大学出版会)
- ・「会社法 Corporate Law」第3版(著:高橋美加ほか-弘文堂)
- ・「リーガルクエスト 会社法」第5版(著:伊藤靖史ほか-有斐閣)
- ・「リーガルマインド 会社法」第15版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「会社法」第25版(著:神田秀樹-法律学講座双書)
- ・「事例で考える会社法」第2版(著:伊藤靖史ほか-有斐閣)
- ・「事例研究 会社法」初版(編著:小林量・北村雅史-日本評論社)
- ・「会社法事例演習教材」第3版(著:前田雅弘ほか-有斐閣)
- ・「一問一答 令和元年改正会社法」初版(編著:竹林俊憲-商事法務)
- ・「一問一答 平成26年改正会社法」第2版(編著:坂本三郎-商事法務)
- ・「一問一答 新・会社法」改訂版(編著:相澤哲-商事法務)
- ・「新・会社法100問」第2版(編著::葉玉匡美-ダイヤモンド社)
- ・「会社法判例百選」第4版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「受験新報 司法試験 論文式問題と解説」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室 特集 新司法試験プレテスト(必須科目)」2006. Apr.NO307(有斐閣)
- ・「司法試験 論文式 問題と解説」中央大学真法会編(法学書院)
- ・「民事執行・保全法概論」(編:中野貞一郎-有斐閣双書)
- ・「改定 民事保全」(補正版-司法研修所)

(手形法・小切手法)

- ・「基本講義 手形・小切手法」初版(著:早川徹-新世社)
- ・「リーガルマインド 手形法・小切手法」第2版補訂版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「手形・小切手法 判例百選」第7版

(商法総則・商行為法)

- ・「リーガルマインド 商法総則・商行為法」第2版補訂版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「商法総則・商行為法 判例百選」第5版