

## 民事系第2問 解説

### ◆ 問題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2.8：3.2：2)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

#### 【事実】

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、P県で銀行業を営む株式会社（取締役会設置会社・監査役会設置会社）であり、甲社の取締役会は、任期2年の取締役6名で構成されている。取締役6名のうち、Aが代表取締役であり、Bが財務担当の取締役、C、D、E及びFは、その他の部門をそれぞれ担当する取締役である。甲社の定款には、株式の譲渡制限に関する定めはない。
2. Aは、平成15年6月から甲社の代表取締役の地位にあったが、甲社は、平成16年頃から、経営情報サービスの提供を通してP県企業の成長と甲社の利益を拡大すること等を目標に掲げ、若手経営者を中心に企業育成を行うようになった。このような企業育成路線は、当初はP県の新興企業育成において成果を挙げ、甲社に一定の収入をもたらしていた。
3. 平成18年4月、甲社は上記の企業育成路線の一環として、P県内で急成長中だった建設会社Q（以下「Q社」という。）に対し、融資を行う計画を立てた。
4. 平成18年8月、甲社融資部がQ社について調査した結果、Q社は借入金が過大であり財務内容が良好でないことが判明した。そこで、融資部がこれを代表取締役であるA及び財務担当のBに伝えたところ、A及びBは、Q社への直接融資を避け、Q社の関連企業を通じてQ社に融資を行う計画を立てた。A及びBの立てた融資計画によれば、Q社の発行する新株を引き受ける予定のQ社の関連企業に対し、引受予定の新株を担保としてその引受代金を甲社が融資し、弁済期に当該株式の売却代金で融資金の弁済を受けることとされていた。しかし、新株発行後のQ社の発行済株式総数に占める担保株式の割合が多数を占めていたことから、Q社の関連企業が弁済期に担保株式を一斉に売却すれば、Q社の株価が暴落するおそれがあった。また、保証人となるQ社の代表者Rの資産も、大部分がQ社の株式であった。
5. 平成18年9月1日、Q社は、新事業の立上げに当たり大規模な資金調達が必要となったため、甲社に200億円の融資を要請した。これを受けて、甲社の取締役らは、取締役

会を開催し、Aが事実4記載の融資計画の内容について取締役全員に対し説明をした。取締役らは、この説明を受けて融資計画の具体的内容を認識したが、融資を通じて若手経営者に対するビジネスチャンスが拡大する等の理由から、Q社への融資のリスクを特に検討することなく、上記の融資計画通りにQ社に対し200億円の融資を実行する旨を全員一致で決議した。

この取締役会決議に際し、A・B以外の取締役は、事実4記載の融資部の調査結果を知らされておらず、Q社が近年急成長中の企業であると認識しており、またBが取締役会で「Q社の財務状態には特段問題がないと考えられる。」と発言したことから、Q社に対する融資には特にリスクがないと考えて、Q社への融資に賛成していた。しかし、この取締役会においてQ社の財務状況に関する資料が提示されたことはなく、Bの発言も何ら根拠を示さずになされたものであった。

6. 平成18年10月以降、Q社は、融資金を使って新事業を立ち上げ、当初は順調に運営したが、景気の悪化により徐々に採算が取れなくなった。
7. 平成22年3月30日、Q社の経営は事実上破たんし、甲社の融資した200億円は回収不能となったため、甲社の経営が傾く事態となった。
8. 平成22年7月1日、甲社の株主であるXは、甲社の取締役全員に対し株主代表訴訟を提起して、融資の責任を追及しようと考え、書面をもって提訴請求（会社法第847条第1項）をした。この提訴請求書の名宛人は、甲社の監査役ではなく、Aとなっていた。その後、Aは、監査役を含めて本件提訴請求について審議を行ったが、結局、甲社は取締役にに対し訴訟を提起しなかった。

【設問1】 Xが甲社の取締役全員に対し株主代表訴訟を提起した場合、当該株主代表訴訟の提起は適法か。また、Xの請求は認められるか。なお、現時点は平成22年9月30日とし、Xは甲社の株式を平成17年4月1日から保有するものとする。

#### 【事実】

9. B及びCは、平成12年6月から甲社の取締役の地位にあったが、甲社は、平成22年6月29日開催の定時株主総会において、同総会終結時に任期満了によって退任するB及びCに対し、内規に基づいて退職慰労金を贈呈すること及びその具体的金額等については取締役会に一任する旨を決議した（以下「本件株主総会決議」という。）。
10. 本件株主総会決議の当時、甲社の定款に取締役の報酬に関する定めはなかったが、取締役会が独自に定めた役員退職慰労金の算定基準等を定める内規（【資料】参照。以下「本件内規」という。）が存在していた。甲社では、従来、取締役会が本件内規に従い具体的な金額を決定して、退任取締役に対して退職慰労金を支給してきた。なお、甲社では、株主が希望すれば、本店で本件内規の内容について説明を受けられる措置が講じられている。
11. 本件内規によれば、甲社の退職慰労金には退職慰労一時金と退職慰労年金とがあり、甲社の取締役会は、平成22年9月1日、本件内規に従って、Cに対する退職慰労一時金支給額を5000万円、退職慰労年金支給額を月額10万円、支給期間を平成24年4月から20年間とする旨決定した。しかし、Bについては、この数年間、経営方針を巡ってAやCとの間で深刻な対立があったことから、Aは、同日の取締役会において、「Bが10年

間の取締役在職中に2度取締役会を無断欠席したことを理由として、Bには退職慰労金を支給しない旨」の提案を行い、Bを除く取締役の全員一致でこの提案は可決された。なお、本件内規によれば、甲社がBに支給すべき退職慰労金の額は、退職慰労一時金及び退職慰労年金ともに、Cと同じであった。

12. 甲社は、Cに対し、平成23年4月に退職慰労一時金を支払うとともに、平成24年4月分から同27年4月分まで退職慰労年金を支給してきた。
13. 平成23年9月、甲社は、平成22年度の不良債権処理額が300億円に上ったことから、内閣総理大臣に「経営の健全化のための計画」を提出し、約400億円の公的資金の投入を受けた。また、平成25年8月、甲社は、経営健全化目標の達成が不十分であるとして金融庁から業務改善命令を受けていた。
14. 平成26年8月、甲社は、Cを含む退職慰労年金を受給中の元取締役らに対し、退職慰労年金の支給を停止せざるを得なくなったとして、年金廃止に至る経緯等を書面で説明し、Cを除く大部分の者から年金支給を停止することについての同意を得た。Aをはじめとする甲社取締役は、Cが年金支給停止につき反対していることを認識していたが、甲社の経営再建のために退職慰労年金の廃止は必須だという結論に至り、平成27年4月10日開催の取締役会において、本件内規を改定し、退職慰労年金制度を廃止して退職慰労一時金に一本化する旨を決議し、同年5月以降、Cに対する退職慰労年金の支給を打ち切った。

【設問2】 【事実】1及び【事実】9から14までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。なお、時効の問題は考える必要がないものとする。

(1) 取締役会が退職慰労金不支給決議をしたことを知ったBは、ひとまず退職慰労金のうち退職慰労一時金を早急に支給してほしいと考えた。Bは、退職慰労一時金の支給を受けるため、甲社に対し、退職慰労一時金の支払を請求することができるか。

また、仮に、甲社に対する請求が認められないとした場合、Bは、甲社以外の誰に対していかなる請求をすることが考えられるか。

(2) Cは、甲社に対し、退職慰労年金のうち未支給部分の支払いを求めることができるか。甲社からの反論を考慮しつつ、論じなさい。

#### 【事実】

15. 乙株式会社（以下「乙社」という。）は、平成10年に設立され、東京都内で建設業を営む株式会社（取締役会設置会社・監査役設置会社）であり、G、H及びIの3名が取締役に就任している。3名のうち、代表取締役はGのみであり、H及びIはいずれも平取締役である。
16. 平成22年4月、乙社はP県内に支店を開設することを企図し、初めての支店開設であったことから、経営ノウハウを有する取締役HをP県支店担当取締役とすることとした。
17. 平成23年7月1日、乙社は計画通りにP県内に支店を開設し、HもP県支店担当取締役に就任した。
18. Hは、平取締役ではあるが、設立当初からGとともに乙社で経営指揮をとっており、乙社においてGに次ぐ地位にあったことから、日常的に「副社長」という役職名で乙社での

業務に従事していた。そのため、P県支店の開設以来、Hは、「乙社副社長」の名で、代表取締役や取締役会からの個別的な指示なくP県内の入札工事等を受注しており、Hが受注した工事は、主にP県の有力地元業者である丙社が下請をしていた。

19. 平成25年6月15日、丙社は自社の資金繰りのために約束手形を振り出すこととし、丙社の代表取締役であるJは、平素から関わりの深いHに対し、適切な割引先を知らないか問い合わせた。Hは、本店において取引関係にある丁社であれば資金に余裕があるかもしれないと思ったことから、丁社の代表取締役であるKに割引の話を持ち掛けたところ、Kは、丙社のことをよく知らないため、丙社が振り出した手形に、乙社とH自身が裏書をするのであれば、割引に応じてよいと答えた。

これに対して、Hは、P県支店が発足してまだ日が浅く、これからの円滑な事業遂行のためには地元業者丙社の協力が不可欠と考えたことから、Kの提案に応じることにした。

20. 平成25年6月30日、丙社は、手形金額を2000万円、満期を平成27年6月30日とする約束手形（以下「本件手形」という。）を振り出し、Hは、第1裏書人欄に「乙社副社長H」、第2裏書人欄に「H」と記載して、これをKに交付した。なお、本件手形の第1被裏書人欄、第2被裏書人欄は、いずれも空白のままであった。

Kは、Hが乙社の副社長という役職名で業務に従事していることを認識していたが、本店勤務時代にはHがGとともに乙社の経営を指揮していたことから、副社長であるHにも当然乙社の代表権があると信じていた。

21. 平成27年7月1日、Kは、本件手形が満期を迎えたためこれをJに呈示したが、Jは、丙社の資産状態が悪いことを理由に、手形金の支払いを拒絶した。そこで、Kは、裏書人である乙社に遡求し、手形金の支払いを求めた。

〔設問3〕 【事実】15から21までを前提として、乙社は、丁社の手形金支払請求を拒絶することができるかを検討しなさい。

【資料】

甲社役員退職慰労金内規

第1条（総則）

この内規は、退任した取締役または監査役（以下「役員」という。）の退職慰労金について定める。

（中略）

第4条（退職慰労金の種類）

役員退職慰労金は、退職慰労一時金と退職慰労年金の2種類とし、株主総会決議により支給される。

2 株主総会の決議により、取締役会に一任された退任役員に対する退職慰労金の金額・支給時期及び支払い方法等の決定はこの内規の定めるところによる。

第5条（退職慰労一時金の額の算出）

退職慰労一時金の基準額は、次の算式で算出される役位ごとの累計額とする。

退職慰労一時金＝退任時報酬月額×退任時役位係数×役員在任期間

第6条（退職慰労年金の額の算出）

退職慰労年金は次の計算式により支給するものとし、支給期間は支給開始日より20年間とする。

月額退職慰労年金＝退任時報酬月額×0.05

（中略）

第10条（功労加算金）

取締役会は、特に功績が顕著と認められる役員に対しては、第5条により算定した退職慰労金の金額の30パーセントの範囲内の金額を加算することができる。

第11条（特別減額）

取締役会は、退任役員のうち、在任中特に重大な損害を会社に与えた者に対しては、第5条により算出した金額を減額することができる。

（以下略）

【配点表】

			配点
第1	設問1		
	1	前段	
	(1)	Xが「6箇月前…から引き続き株式を有する株主」に当たる旨の指摘	1
	(2)	会社法（以下、法令名は省略する。）423条1項の責任を追及する訴訟が「役員等…の責任を追及する訴え」に当たる旨の指摘	1
	(3)	本件提訴請求の適法性	
	ア	386条2項1号の指摘	1
	イ	本件提訴請求の名宛人が監査役ではなくAであったことの適法性の検討	1
		【加点事項】 ※ 最判平21. 3. 31を意識して論じている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	(4)	提訴請求から60日以上経ったのにAに対して訴え提起がされていない旨の指摘	1
	(5)	結論の明示	1
	2	後段	
	(1)	423条1項に基づく請求が問題であることの明示	1
	(2)	Aらが「役員等」に当たる旨の指摘	1
	(3)	任務懈怠の検討	
	ア	法令・定款違反ではなく善管注意義務違反を検討する旨の指摘	1
	イ	A及びBについて	
		(ア) 経営判断原則について	
		・ 経営判断原則を採用する理由付け	1
		・ 経営判断原則の適用基準の定立	1
		【加点事項】 ※ 経営判断原則の適用につき、銀行取締役であることを考慮して論じられている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	(イ)	あてはめ ① 甲社の融資部がQ社の財務状況について調査していることの指摘及び評価…目安2点 ② A及びBがQ社に対する融資計画の内容について理解していたことの指摘及び評価…目安2点 ③ 甲社の確保した担保の価値がQ社の株価に依存していたことの指摘及び評価…目安2点 ④ Q社の株価が暴落するおそれがあることについてAが予測し得たことの指摘及び評価…目安2点 ⑤ 取締役会においてQ社に対する融資のリスクが検討されたことがないことの指摘及び評価…目安2点	10
		【加点事項】 ※ 上記以外の事実でも、説得的に論じられている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	(ウ)	結論の明示	1
	ウ	C, D, E及びFについて	
		・ C, D, E及びFが善管注意義務（忠実義務）に違反していることの認定	2
		【加点事項】 ※ A及びBと異なり、監視義務違反が問題となっていることを認定した上で、Cらについては経営判断原則の適用が問題とならないことに触れている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	(4)	故意・過失の有無の検討	1

	(5)	甲社に200億円の損害が生じている旨の指摘	1
	(6)	因果関係の有無の検討	1
	(7)	結論の明示	1
第2	設問2		
1	小問(1)		
	(1)	甲社に対する退職慰労金支払請求について	
	ア	規範定立	
	(ア)	退職慰労一時金が「報酬」(361条)に当たるかについての検討	1
	(イ)	取締役会への一任決議の有効性についての検討	3
	(ウ)	報酬の具体的発生時期の検討	1
	イ	具体的検討 ① 本件一任決議の有効性の検討…目安1点 ② 取締役会で不支給決議がされたことを踏まえた上でのあてはめ…目安2点	3
		【加点事項】 ※ 本件内規を踏まえて当てはめられている場合(減額規定がない等)には、加点する	加点評価 A・B・C
	ウ	結論	1
	(2)	A(又はBを除く取締役全員)に対する429条に基づく損害賠償支払請求について	
	ア	429条の問題になることの指摘	1
	イ	Aが「役員等」に当たる旨の指摘	1
	ウ	任務懈怠の有無の検討	
	(ア)	不支給決定が個々の取締役の善管注意義務違反に当たるか否かの判断規範の提示	3
	(イ)	具体的検討 ① 2回の取締役会欠席は「特に重大な損害を会社に与えた」場合(内規11条)に該当しないことの指摘及び評価…目安2点 ② 退職慰労金を全額不支給とすることに合理性がないことの指摘…目安1点	3
	(ウ)	結論の明示	1
	エ	故意・重過失の有無の検討	1
	オ	Bに5000万円の損害が生じている旨の指摘	1
	カ	因果関係の有無の検討	1
	キ	結論の明示	1
		【加点事項】 ※ Aに対する民法709条に基づく損害賠償請求についての確に論じられている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
2	小問(2)		
	(1)	具体的な退職慰労金支払請求権の発生時期の検討	1
	(2)	規範定立	
		・原則として具体的な請求権が発生した後は会社が一方的に変更することができない旨の指摘	2
		・特段の事情がある場合には例外として変更可と考え得る旨の指摘	1
		【加点事項】 ※ 最判平4.12.18を意識して論じられている場合には、加点する	加点評価 A・B・C

	(3)	具体的検討 ① 取締役会決議後に金額の変更が行われていることの指摘及び評価…目安2点 ② 退職慰労年金が長期間にわたって支給されるものであることの指摘及び評価…目安2点 ③ 他の退任取締役との均衡が問題となることの指摘…目安1点	5
	(4)	結論	1
第3	設問3		
	1	問題の所在 ・ Hが「乙社副社長」名義で行った裏書の有効性が問題となることの指摘 ・ Hが乙社名義で作った手形行為は無効という原則論の指摘 ・ 表見代表取締役（354条）の問題となることの指摘	2 2 2
	2	表見代表取締役の要件の検討	
	(1)	Hが「代表取締役以外の取締役」に当たる旨の指摘	1
	(2)	Hに付された名称が「副社長」に当たる旨の指摘	1
	(3)	「副社長」の名称を乙社がHに「付した」といえるか否かの検討	2
	(4)	丁が「第三者」に当たるか否かの検討	
		ア 「第三者」の意義について	2
		イ あてはめ	2
	(5)	丁が「善意」といえるか否かの検討	
		ア 善意の意義について	2
		イ あてはめ	3
	3	結論	1
		【加点事項】 ※ 354条と908条1項の関係については、的確に論じられている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
第4		【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する	加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点



## 【論 点】

- 1 瑕疵ある提訴請求書を送付した場合における代表訴訟の適法性
- 2 経営判断の原則
- 3 退職慰労金と報酬規制
- 4 退職慰労金の取締役会への一任決議の有効性
- 5 株主総会での一任決議後に取締役会で不支給を決めた場合の処理
- 6 役員等の第三者に対する責任（429条）
- 7 取締役の報酬額の変更
- 8 表見代表取締役（354条）

## 【出題趣旨】

### <総論>

- 1 設問1は、取締役の責任を論じる上で重要な、経営判断原則の規範提示とあてはめを正確に行えるか確認するとともに、経営判断を行う上で十分に情報を与えられていなかった取締役の責任につき妥当な判断と理論構成を行うことができるか確認する為に出題した。
- 2 設問2は、まず小問(1)において、判例からの出題ではないが、退職慰労金の支給につき、株主総会決議があるのにそれを具体化する取締役会決議がない場合において、取締役を救済する為の法律構成を考えることができるか確認する為に出題した。甲社退職慰労金支給内規を資料として添付しているので、これを使って事案に即した解決を図ることができるかがポイントとなる。  
小問(2)は、取締役の報酬に関する重要判例を理解しているか確認するのが狙いである。単なる退職慰労金の減額の事案ではなく、退職慰労年金が減額されていることから、退職慰労年金の性質に着目できるかがポイントとなる。
- 3 設問3は、手形債権の発生から消滅までの流れを理解できているか確認するとともに、丁社が表見代表取締役の規定にいう「善意の第三者」に含まれないおそれがあるということに気付くことができるか確認する為に出題した。

### <内容面について>

- 1 設問1では、訴訟要件と本案勝訴要件の両方が聞かれている。訴訟要件については、提訴請求書の名宛人が監査役ではなく、代表取締役Aであることが主な争点となっている。応用的な場面ではあるが、近時最高裁の判例（最判平21. 3. 31, 判タ1313-119）が出されたところなので、気付かなかった方は復習しておいて頂きたい。

本案勝訴要件に関しては、責任追及される取締役が6人も出てくるため一見複雑に思えるが、6人のうちA及びBは甲社融資部の調査結果を伝えられているのに対し、C、D、E及びFはそれを伝えられていないのであるから、取締役を、A及びBとC・D・E及びFの2グループに分けて、それぞれ会社法（以下、法令名は省略する。）423条に基づく責任追及が可能かを検討すれば足りる。

A及びBに関しては、すべての情報を知ったうえで融資を決定しているため、融資について経

営判断原則を適用して善管注意義務違反の有無を検討する必要がある。一方、C、D、E及びFに対しては、主として取締役の監視義務が問題となっている場面であるから、経営判断原則の適用は困難であろう。いずれの取締役についても、任務懈怠を認定するための事実が問題文上に示されているから、これらの事実を使って適切にあてはめを行うことが重要な問題であるといえる。

2 設問2小問(1)は、株主総会の退職慰労金支払の一任決議があった後に取締役会が不支給決定をした事例であるが、この場合に取締役Bが採り得る手段は、甲社に対する退職慰労金の支払請求、Aから取締役に対する429条に基づく責任追及、Aに対する民法709条等が考えられる。このうち、甲社に対する退職慰労金支払請求については、具体的報酬額は取締役会決議を経て初めて会社と取締役の契約の内容になるとする最判平4. 12. 18（民集46-9-3006、百選63事件）を素直に解釈すれば、取締役会の退職慰労金支給決議が存在しない以上、Bには具体的な退職慰労金請求権が一切発生し得ないと考えることもできる。他方で、下級審裁判例（東京高判平20. 9. 24（判タ1294-154））では、退職慰労金の具体的報酬額を決定する基準となる内規が存在する場合には、退職慰労金の基礎的部分は株主総会の一任決議の時点で具体的額が決定しているとして、その部分の具体的請求権はすでに発生していると判断したものがある。このように具体的請求権の発生時期については解釈が分かれるところである。いずれの立場を取る場合にも、本問におけるBに具体的な退職慰労金支払請求権が発生していると考え難いと思われる。

小問(2)は、配点が10点なのでコンパクトにまとめて書いてほしい。内容としてはすでに発生した報酬請求権を会社が一方的に変更することができるかを論じればよいので基礎的と思われるが、退職慰労年金の特殊性を踏まえたあてはめができていないかがポイントとなる。

3 設問3は、一見すると手形法の問題に見えるが、内容は会社法であるから惑わされないでほしい。本設問では、まず乙社名義の裏書に354条が適用されるか否かが問題となっていることに気付くとともに、乙社から手形上の権利を譲り受けた者が、手形券面上と実際の取引で異なっていることに気付けるか否かが重要である。

本設問は、直接的には会社法の問題であるが、問題状況を把握するために、手形の裏書譲渡の仕組み、白地式裏書、遡求等に関する知識が必須であるから、手形法の勉強が進んでいない人はこの機会に学習してほしい。

## <作成の経緯等>

取締役の会社に対する責任（423条）は本試験でも頻出であるが、経営判断原則の規範を挙げられても、あてはめを十分に行えない受験生は多い。そこで、設問1では、経営判断原則の規範及び具体的あてはめの仕方を確認して頂くために、経営判断原則を使う問題を出題した。

設問2は、取締役の報酬に関する問題であるが、取締役の報酬は重要分野であるにもかかわらず、本試験で出題されることがない。報酬に関する問題は今後出題される可能性が非常に高いので、関連する論点・判例を押さえておいて頂きたいと思い、出題した。

また、商法は短答式試験での出題がなくなったことから、手形関連の問題が論文式試験で出題される可能性がある。そこで、手形法と会社法が関連する重要判例を題材にして、設問3を作成した。

## 【参考文献】

### 〔設問1〕

- ・最判平21. 3. 31 (民集63-3-472)
- ・高部眞規子「判批」別冊判例タイムズ32号P.218~9
- ・近藤光男「判批」私法判例リマークス42号P.74~7
- ・最判平20. 1. 28 (判時1997-148)
- ・木村哲彦「金融機関による融資についての取締役の責任と経営判断原則」判例タイムズ1323号P.16~39
- ・江頭憲治郎他編『会社法判例百選(第2版)』(有斐閣, 第2版, 2011) 53事件
- ・江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 第6版, 2015) P.463~7
- ・土田亮「破綻した銀行の取締役の融資判断と善管注意義務」ジュリスト1434号P.144~7
- ・岩原紳作編『会社法コンメンタール9』(商事法務, 2014) P.236~257 (森本滋執筆)
- ・伊藤靖史ほか『事例で考える会社法』(有斐閣, 第2版, 2015) P.157~179

### 〔設問2〕

- ・北村雅史「演習商法」法学教室328号P.128~9
- ・高橋聖「役員退職慰労金の減額・不支給」『ジュリスト増刊 実務に効くコーポレート・ガバナンス判例精選』(有斐閣, 2013) P.214~223
- ・落合誠一編『会社法コンメンタール8』(商事法務, 2014) P.147~209 (田中亘執筆)
- ・最判平22. 3. 16 (判時2078-155)
- ・中村康江「判批」平成22年度重要判例解説P.134~5
- ・中山誠一「判批」別冊判例タイムズ32号P.210~211
- ・中村信男「株主総会決議に基づく元取締役に対する退職慰労年金支給を会社が一方的に打ち切ることの可否」金融・商事判例1346号P.7~11

### 〔設問3〕

- ・最判昭59. 3. 29 (判時1135-125)
- ・大西武士「信用金庫支店長が保証の趣旨で手形裏書をなした場合において手形所持人から信用金庫に対する遡及権行使が認められなかった事例」金融・商事判例844号P.38~43
- ・江頭憲治郎ほか編『商法(総則商行為)判例百選』(有斐閣, 第5版, 2008) 28事件
- ・江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 第6版, 2015) P.406~7
- ・落合誠一編『会社法コンメンタール8』(商事法務, 2014) P.42~51 (落合誠一執筆)
- ・大西武士「信用金庫支店長の手形行為の効力」金融法務事情1254号P.4~5

## 【素材・出題パターン】

論文本試験は、各教科において多様な要素を含んでいるものの、一定の素材・出題パターンに分析することが可能かと思われます。そして、商法の本試験過去問においては、まず、素材事例について、概ね以下の2つに分類できます。

### ① 判例参考型

判例を参考にしたと思われる出題(平成20年, 同21年, 同25年, 同27年)

② 創作型

考査委員による創作性が強いと思われる出題（平成18年，同19年，同22年，同23年，同24年，同26年）

また，出題パターンとしては，概ね以下の2つのように分類できます。

ア 会社法上の責任の有無検討型

主として当該事案における役員等の行為に関しての会社法上の責任の有無を検討させる設問形式（平成19年，同22年，同23年，同24年，同26年，同27年）

イ 手段・手続・効果等検討型

主として当該事案における会社法上の手段・手続・効果等を検討させる設問形式（平成18年，同20年，同21年，同23年，同24年，同25年）

以上の分類に従えば，本問は，① 判例参考型，ア 会社法上の責任の有無検討型ということになります。

出題パターン \ 素 材	①判例参考型	②創作型
ア 会社法上の責任の有無検討型	平成27年・本問	平成19年・平成22年・ 平成23年・平成24年・ 平成26年
イ 手段・手続・効果等検討型	平成20年・平成21年・ 平成25年	平成18年・平成23年・ 平成24年

## 【答案の形で読む解説ダイジェスト】

出題趣旨に基づいた解説を凝縮し、答案の形で示しました。問題の解説として、採点基準表に漏れなく触れた答案例として、いわばひとつの完全解答案です。

解説のダイジェストですから、試験現場で全てを同じように書くことが求められるものではありませんが、復習の際に各論点の規範や当てはめを充実させるための参考として有益です。

### 第1 設問1

1 まず、本件株主代表訴訟の適法性について検討する。

(1) Xは平成17年4月1日から甲社株式を保有しているから、「6箇月…前から引き続き株式を有する株主」（会社法（以下、法令名は省略する。）847条1項）に当たる。また、Xは甲社を代表して取締役らに対し損害賠償を求めているから、423条1項に基づく責任を追及しているものと考えられるが、423条1項の責任を追及する訴訟は「役員等…の責任を追及する訴え」に当たる。そして、甲社はXからの提訴請求から60日以上経ったのに取締役らに対し訴え提起をしていない（847条3項）。

(2) もっとも、本件提訴請求書の名宛人は監査役ではなく、代表取締役Aとなっている。ここで、甲社は、監査役設置会社であるから、提訴請求の相手方は監査役である（386条2項1号）。そこで、本件提訴請求に瑕疵があるとして、Xの訴えは却下されないか問題となるが、却下されないと解する。なぜなら、監査役が提訴請求の名宛人とならなかった場合でも、本件のように監査役が審議に参加し当該訴訟を提起すべきか否かについて判断する機会があった場合には、監査役自身が送付を受けたのと異なる状態に置かれたといえるからである。

(3) 以上から、Xは取締役全員に対し、適法に株主代表訴訟を提起することができる。

2 次に、A、B、C、D、E及びF（以下「Aら」という。）が423条1項に基づく責任を負うか検討するに、423条1項の責任を負う要件は、①「役員等」、②任務懈怠の存在、③故意・過失、④損害、⑤②と④の間の因果関係であるから、以下それぞれにつき検討する。

(1) まず、①については、Aらは甲社の取締役であるから「役員等」に当たる。

(2) ②については、任務懈怠には具体的な法令違反の他に善管注意義務違反（355条、民法644条）を含むところ、Q社への融資は具体的な義務を課す法令に違反するものではないことから、善管注意義務違反の有無を検討すべきである。

ア A及びBについて

まず、Q社に対して融資をするか否かは経営判断事項であるところ、経営判断にはリスクが伴うから、経営判断に対して結果論的な評価による責任追及をすることは企業経営の委縮につながり妥当でない。そこで、経営判断について任務懈怠があるか否かは、行為時の状況に照らして、経営判断の前提となる事実についての情報の収集・調査・検討に不注意な誤りがなかったかどうか、その事実に基づく意思決定の過程・内容について通常の企業経営者として著しく不合理な点がなかったかどうかという観点から判断すべきである。そして、金融機関の職務の公共性から、ここでいう通常の企業経営者とは、一般的な会社の取締役ではなく、一般的な銀行取締役をいうと解するのが妥当である。

これを本問について見るに、甲社の融資部はQ社について調査を実施しており、その結果、

A及びBはQ社の財務内容が良好でないことを認識している。また、Q社に対する融資計画の内容はA及びBに十分認識されており、Q社への融資を実行するリスクを認識する前提となる情報の収集及び調査に不注意な誤りはなかったといえる。しかし、銀行が融資先の関連企業の業績や株価のみに依存する形で巨額の融資を行うことはそのリスクに鑑み、特に慎重な検討を要することは、一般的な銀行取締役であれば当然に承知していると考えられる。そして、A及びBは、新株発行後の甲の発行済株式総数に占める担保株式の割合等に照らし、融資先が弁済期に担保株式を一斉に売却すればそれによって株価が暴落する恐れがあることを容易に推測できたはずである。それにもかかわらず、甲社取締役会においてその危険性やそれを回避する方法が検討されたことはない。Q社については、すでに融資部の調査により財務状態が良好でないことが判明していたのであるから、融資決定すべきではなく、融資決定をしたA及びBの判断は銀行取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理であるといえる。

よって、A及びBには任務懈怠が認められる。

イ C, D, E及びFについて

C, D, E及びF（以下「Cら」という。）は、甲社融資部の調査結果について知らされていなかったことから、Q社に対する融資の適否を判断する前提たる情報を有していなかったといえる。よって、経営判断原則を適用して、Q社に対する融資の責任を問う前提を欠く。

もっとも、Cらは取締役会においてQ社の財務状況に関する資料が提示されたことはないにもかかわらず、「Q社の財務状態には特段問題がないと考えられる。」という特に根拠のないBの発言を漫然と信じて、Q社への融資に賛成している。A及びBがQ社に対して、直接融資ではなく迂回融資をする計画を呈示していること、Q社の財務状況に関する具体的資料が提示されたわけではないことに照らせば、銀行取締役としては、Q社に対する融資にはリスクがある可能性があるとするべき状況にあり、Cらは、甲社に損害が生じることを防ぐためにQ社の財務状況について自ら確認すべき義務を負っていたと言える。しかし、Cらは自らQ社の財務状況を確認しておらず、かかる義務に反している。

したがって、Cらには②善管注意義務違反の任務懈怠が認められる。

- (3) ③については、A及びBは融資計画の内容及びQ社の財務状況を認識していたところ、この両者を認識していれば一般的な銀行の取締役はQ社への融資によって甲が融資金を回収することが困難であることを予測することができたはずである。よって、A及びBには損害の発生につき少なくとも過失が認められる。

また、Cらについては、Q社の財務状況を認識していなかったものの、これを調べることを怠っており、自ら調べていればQの財務状況を把握できていたといえる。したがって、Cらも、融資金の回収が困難であることを予測可能であったといえ、損害の発生につき少なくとも過失が認められる。

- (4) ④及び⑤については、甲社はQ社への融資によって200億円の回収が困難になっているから、甲社の損害の発生とAらの行為の間の因果関係を認めてよい。

- (5) 以上より、甲社はAらに対し200億円の損害賠償請求をすることができる。

3 よって、Xの請求は認められる。

## 第2 設問2

### 1 小問(1)

- (1) 甲社に対する退職慰労一時金支払請求について

ア Bの甲社に対する退職慰労一時金支払請求が認められるためには、Bの退職慰労一時金支払請求権が具体的に発生している必要がある。ここで、退職金は在職時の職務執行の対価の後払い的な性格を有することから、361条1項にいう「報酬」にあたる。そして、取締役への報酬の支払いには株主総会決議が必須である（361条）から、取締役の退職金支払請求権は原則として株主総会決議があった時点で具体的に発生するものと解する。

もっとも、退職金は、取締役のプライバシー保護の観点から株主総会で具体的金額について決議せず、通常、支給額、支払時期等について取締役会に一任する決議がなされることが通常である。かかる一任決議の適法性については、法が報酬の支払いに株主総会決議を要求した趣旨であるお手盛りの防止の観点から、①慣例ないし内規によって一定の支給基準が確立されており、②その支給基準は株主にも推知可能であり、③その支給基準に従って取締役会に相当な金額等を決定すべきことを明示又は黙示的に株主総会で決議した場合には適法となると解する。

そして、この場合において、内規に取締役会が退職金を減額できる旨の規定がなければ、株主総会の一任決議があった時点で、基本的退職金部分の支給は確定的になるといえる。よって、取締役会決議がなくても、基本的退職金部分の支払い請求権が具体的に発生するものと考えてよい。一方、内規に減額規定がある場合には、退職金額の具体的決定には取締役会決議を要するから、取締役の退職金支払請求権が具体的に発生するのは、取締役会決議があった時点と解する。

イ 本問において、①本件内規は、在任期間や在任中の報酬額等によって、退職慰労金額を一義的に決定する基準を示しているといえる（本件内規5、6条）。また、②甲社では株主が本件内規の内容の説明を受ける措置が講じられており、株主の推知可能性も認められる。さらに、③本件株主総会は、取締役会に対して、本件内規に従って支給することを一任している。それゆえ、本件一任決議は有効である。

もっとも、本件内規には、取締役会が退職金を減額できる旨の規定（本件内規11条）があるから、株主総会の一任決議しかない本問において、取締役の退職慰労金支給請求権が具体的に発生しているとはいえない。

ウ よって、Bには具体的な支払請求権が発生しておらず、甲に対する退職慰労一時金の支払請求は認められない。

(2) Aに対する429条1項に基づく損害賠償請求について

ア Aが429条1項に基づく責任を負う要件は、①「役員等」、②任務懈怠の存在、③悪意・重過失、④第三者に対する損害の発生、⑤②と④の間の因果関係であるから、以下順に検討する。

イ まず、①については、Aは甲社の取締役であることから当然に満たす。

ウ ②については、甲社取締役会は、株主総会から退職慰労金の支給に関する決定を一任されているのであるから、個々の取締役は、忠実義務の一内容として、本件内規に基づいて退職慰労金の金額・支給方法等の決定をすべき義務を負う。したがって、取締役会が株主総会決議に反して退職金不支給決定を行うことは、不支給決定が正当な事由に基づき忠実義務違反を構成しないと認められる特段の事情がない限り、個々の取締役の任務懈怠となる。

これを本問について見るに、甲社の取締役会は、Bが10年間の任期中に2回取締役会を欠席したことを理由として退職金の不支給決定をしているが、Bの欠席によって甲社の業務に大きな影響が出たという事情はなく、これは、「特に重大な損害を会社に与えた」場合

(本件内規11条)に該当しない。また、甲社の業務に特段の影響が出ていない以上、かかる理由をもって退職金を全額不支給とするのは合理的とはいえない。

よって、甲社取締役会の退職金不支給決定は、忠実義務違反を構成しないと認められる特段の事情があるとはいえず、取締役であるAには任務懈怠が認められる。

エ ③については、2度の取締役会の欠席によって、退職金を全額不支給とすることが不合理であることは、Aにも十分認識可能であったと考えられるから、Aに重過失が認められる。よって、③を満たす。

オ ④及び⑤については、取締役会が株主総会の一任通りに支給決定をしていれば、Aには5000万円の退職慰勞一時金が支払われたはずであるから、Aの任務懈怠によってBに5000万円の損害が生じているといえる。

カ 以上より、BのAに対する5000万円の損害賠償請求は認められる。

(3) 取締役Aに対する不法行為(民法709条)に基づく損害賠償請求について

株主総会決議を経た段階で退職慰勞金が支払われる蓋然性が生じ、退任取締役には退職慰勞金が支給されることに対する期待が生じる。したがって、この段階で、退任取締役の退職慰勞金に対する期待には権利性が認められると解され、故意又は過失により、不支給決議を成立させこれを執行することは、退任取締役に対する権利侵害となるから、不法行為の成立が認められると解する。

本問において、甲社株主総会は、Bに対し退職慰勞金を支払うことを決議しているから、Bの退職慰勞金支給に対する期待は法的利益として保護されているといえる。そして、Aは、自身が取締役会の不支給決議を執行すればBに退職慰勞金が支払われず、Bの期待が害されることを認識していながら、取締役会決議を執行したのであるから、少なくとも過失に基づく法的利益の侵害行為が認められる。また、Aが取締役会の不支給決議を執行したことによってBに本来支払われるはずだった退職慰勞一時金5000万円が支払われなかったのであるから、損害の発生及び因果関係も認められる。

よって、Aには不法行為が成立するから、BはAに対し、民法709条に基づいて5000万円の損害賠償の支払いを請求することができる。

2 小問(2)

(1) 小問(1)においても述べた通り、退任取締役の退職慰勞金は内規等が存在することにより当然に支給されるものではなく、株主総会決議又は取締役会決議があった時点で初めて具体的な退職慰勞金支払請求権が生じるものである。そして、この時点で、具体的な退職慰勞金額や支給方法が会社と退任取締役間の契約の内容となり、双方を拘束することになるのであるから、これ以降は会社が一方的に退職慰勞金額を変更することはできない。

(2) 本問において、甲社株主総会はCに対して退職慰勞金を支給する旨を決議し、これを基礎として甲社取締役会が具体的な退職慰勞金額や支給期間等を決定している。したがって、甲社は取締役会が決定した退職慰勞金額や支給期間に拘束され、一方的にこれを変更することができない。

(3) 他方で、甲社としては、退職慰勞年金が通常退職慰勞金と異なり、長期間にわたって支払われるものであることから、支給期間中の社会状況の変更が想定されうること、及び甲社が内規という画一的基準によって退職慰勞金を支給していることから、退任取締役間の公平を図るためにも、画一的に内規を適用することによって解決を図るべきであることを主張して反論することが考えられる。しかし、甲社とCは、支給期間が長期に及び、支給期間中に社会状況が



変わる可能性があることを想定した上で契約を締結しているのであるから、支給期間が長いことを理由に安易に一方的変更を認めるのは妥当でない。また、甲社が内規により退任取締役に対して支給すべき退職慰労金の算定基準等を定めているからと云って、異なる時期に退任する取締役間についてまで画一的に退職慰労年金の支給の可否、金額等を決定することが予定されているものではなく、退任取締役間の公平を図るために、いったん成立した契約の効力を否定することが制度上要請されていると見ることはできない。

- (4) よって、甲社の反論は当たらず、Cは甲に対し退職慰労年金の未支給部分の支払いを請求することができる。

### 第3 設問3

- 1 丁社が乙社に対し手形金の支払いを請求するためには、Hが「乙社副社長H」の名義で行った裏書が、乙社の裏書として有効であることが必要である。もっとも、Hは乙社の代表権を有しないから、乙社名義で手形行為を行う権限を有していない。したがって、原則としてHが乙社名義で行った手形行為は無効である。

そうだとすると、Hは乙社の副社長という名称で業務を行っていることから、丁社は、Hに乙社の代表権があり乙社名義の手形行為を行う権限があると信じていた。そこで、Hが表見代表取締役（354条）に当たり、丁社との関係で、Hの行った裏書が有効となるのではないかが問題となる。

#### 2 具体的検討

- (1) 丁社が乙社に手形金の支払いを請求できる場合として、Hの行った裏書が354条の要件を満たす場合が考えられるところ、Hは乙社の平取締役であるから、「代表取締役以外の取締役」に当たることは問題がない。
- (2) また、Hは「乙社副社長」という役職名で裏書を行っているから、354条に例示されている「副社長」という名称の外観が存在することについても問題ない。
- (3) さらにHは、乙社でGに次ぐ地位にあり、日常的に「副社長」という役職名で業務に従事していたことから、代表取締役Gはその名称使用を認識していたといえる。そして、会社の事業に関する包括的な業務執行権を有する代表取締役が認識している以上、会社がその名称使用を認めていたといえる（「付した」）。
- (4) 加えて、丁社が「善意の第三者」に当たるか検討する。

ア まず、「第三者」とは、表見代表取締役と取引に入った直接の相手方に限られ、転得者は含まないものと解する。なぜなら、354条の趣旨は、代表権の存在を信頼した第三者を保護することにあり、代表権の存在を信頼するのは表見代表取締役と取引に入った直接の相手方に限られるからである。

本問についてみるに、本件手形の券面上、乙社から手形を譲り受けたのはHであるから、形式的にはHが表見代表取締役と取引に入った直接の相手方に当たる。しかし、Hが本件手形に裏書したのは保証の趣旨であり、乙社から手形の譲渡を受ける趣旨ではない。取引の実態に即してみれば、乙社から本件手形の譲渡を受けたのは丁社であって、Hの代表権の存在を信頼して取引に入ったのも丁社である。

したがって、丁社は表見代表取締役と取引に入った直接の相手方として「第三者」にあたるといえる。

- イ 次に、重過失は悪意と同視できるから、「善意」とは代表権の不存在につき善意無重過失であることを指すと解される。

本問においてHはGとともに10年以上も乙社の経営を指揮してきた経験があるし、KにとってHが乙社の代表権を有しないと疑うきっかけとなる事情は存在しない。したがって、代表権の不存在に気付かなかったとしてもKには重過失ではなく軽過失にとどまる。

ウ よって、丁社は「善意の第三者」に当たる。

- 3 以上より、354条の要件をすべて満たすから、Hの裏書の効果は乙社に帰属し、乙社は丁社からの手形金の支払い請求を拒絶することができない。

以 上

## 【解 説】

### ◆ 論点① 瑕疵ある提訴請求書を送付した場合における代表訴訟の適法性 ◆

#### 1 問題の所在

設問1では、まずXの提起した株主代表訴訟の適法性が問題となっている。株主代表訴訟においては、株主自身が提訴する前に会社に対して提訴請求する必要がある（会社法（以下、法令名は省略する。）847条1項本文）。そして、甲社は監査役会設置会社であるから、提訴請求の相手方は監査役である（386条2項1号、なお、監査役が複数いる場合にはそのいずれに請求してもよいと解されている）。それにもかかわらず、本件提訴請求書の名宛人は、監査役ではなく代表取締役Aとなっている。そこで、本件提訴請求は瑕疵があるものとして、Xによる株主代表訴訟の提起は却下されないかが問題となる。

※ なお、甲社は監査役会設置会社である。監査役会の権限に関しては、390条2項但書において、監査役会が監査の方針等を決定した場合でも監査役の権限の行使を妨げることはできないと規定されている。したがって、監査役会が設置されている場合であっても取締役と会社間の訴訟の代表等について定める386条が適用されることに留意されたい。たとえば、株主からの提訴請求に応じるか否かについて監査役会の多数決で否決した場合であっても、それに反対の監査役は、自ら会社を代表して訴訟を提起することができるのである（前田庸『会社法入門』（有斐閣、第12版、2009）P.513～4）。

#### 2 学 説

##### A 不適法説

適式な提訴請求を欠いている以上、一律に不適法となる。

##### B 適法説

宛先を誤って提訴請求した場合でも、会社のほうで代表者に回付すればよく、無効とすべきではない。

##### C 折衷説

現実に代表者に提訴請求書が回付された場合には、不適法とはいえない。

※ 便宜上、上記のような分類をしたが、B説及びC説は互に対立するわけではなく、趣旨は共通しているとの評価がある。

#### 3 判 例

□ 最判平21. 3. 31（民集63-3-472，判時2065-145）

##### 〔事 案〕

A農業共同組合（以下「A農協」という。）の組合員であるXらは、A農協の元役員であったY1らがA農協に対して債務を負っているとして組合員代表訴訟を提起しようとし、代表組合理事長Y1のみを名宛人とした提訴請求書面を提出した。その後、Y1らは監事らが出席し

た理事会において本件提訴請求について審議し、一度は訴訟を提起することを決議したものの、結局、訴訟を提起しなかったため、Xらが組員代表訴訟を提起したという事案。なお、農協に関する代表訴訟の条文は、商法及び会社法を準用しており、農協と理事との間の組員代表訴訟について、その提訴請求の名宛人は監事である。

〔判 旨〕

「(1) 平成17年法律第87号による改正前の農業協同組合法（以下、単に「農協法」という。）39条2項において準用する同改正前の商法275条ノ4によれば、農業協同組合の理事に対する組員代表訴訟を提起しようとする組員の提訴請求を受けることについては、監事が農業協同組合を代表することとなる。

しかし、上記のとおり監事が農業協同組合を代表することとされているのは、組員代表訴訟の相手方が代表理事の同僚である理事の場合には、代表理事が農業協同組合の代表者として提訴請求書の送付を受けたとしても、農業協同組合の利益よりも当該理事の利益を優先させ、当該理事に対する訴訟を提起しないおそれがあるので、これを防止するため、理事とは独立した立場にある監事に、上記請求書の記載内容に沿って農業協同組合として当該理事に対する訴訟を提起すべきか否かを判断させる必要があるからであると解される。

そうすると、農業協同組合の理事に対する代表訴訟を提起しようとする組員が、農業協同組合の代表者として監事ではなく代表理事を記載した提訴請求書を農業協同組合に対して送付した場合であっても、監事において、上記請求書の記載内容を正確に認識した上で当該理事に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときには、監事は、農業協同組合の代表者として監事が記載された提訴請求書の送付を受けたのと異なる状態に置かれたものといえるから、上記組員が提起した代表訴訟については、代表者として監事が記載された適式な提訴請求書があらかじめ農業協同組合に送付されていたのと同視することができ、これを不合法として却下することはできないというべきである。

(2) …B農協の代表理事組合長であった被告人Y1は、平成15年6月30日に開催された同農協の理事会において、出席していた理事及び監事に対し、本件提訴請求についての審議を求め、その際、本件提訴請求書の記載内容を読み上げたというのであり、その結果、同農協は、同年7月23日に開催された理事会において、いったんは、その記載内容に沿ってA農協の理事及び監事であった者に対する訴訟を提起することを決議したというのである。そうすると、B農協の監事には、同年6月30日の時点で、本件提訴請求書の記載内容を正確に認識した上で被告人Y1らに対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったというべきであるから、本件訴えは、本件提訴請求の時点において同農協の理事であった被告人Y1らに関する部分についても、適式な提訴請求があったのと同視することができ、これを不合法として却下することはできないというべきである。」

4 本問における具体的検討

上記最判平21. 3. 31に従えば、本件提訴請求について、監査役を含めて審議されているから、監査役自身が訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえる。したがって、本件提訴請求は不合法却下されないこととなる。

◆ 論点② 経営判断の原則 ◆

1 問題の所在

Q社に対する融資については、A及びBの善管注意義務違反の有無が問題となる。もっとも、Q社に対する融資は経営判断事項であるから、経営判断の原則が適用され得る。そこで、以下、経営判断の原則について解説する。

2 意義及びその適用範囲

(1) 経営判断の原則とは、会社の経営判断については取締役及び執行役に裁量が認められ、判断の過程及び内容に著しく不合理な点がない限り注意義務違反にならないという原則のことをいう。同原則は多くの下級審裁判例を通じて形成されてきたものであり、最判平22.7.15において、最高裁でも明確に採用されたと評価されている。

上記のとおり、経営判断の原則は、取締役の経営判断の「過程及び内容」に着目するものである。ここにいう判断の過程とは、経営判断に至るまでの情報収集や検討の過程、また、判断の内容とは、当該情報収集に基づいて経営判断を行う際に、どのような選択肢があると想定され、その中から実際にそれが選択されたかという問題とそれぞれ言い換えることができよう（伊藤靖史ほか『事例で考える会社法』（有斐閣、第2版、2015）P.166～7）。

(2) 経営判断の原則は取締役の任務懈怠責任の有無を判断する際に問題となる判断枠組みであるが、取締役の経営判断が問題となっている全ての場合に用いられるわけではない。取締役がある判断をする際にどの程度の情報収集や意思決定の慎重さが求められるか、また、取締役に認められる裁量の幅は判断を求められる事項の性質によっても異なり得るからである。それゆえ、経営上の専門的判断に委ねられているとはいえない事項については、同原則を用いることはできない。

具体的に経営判断の原則が適用されない場合としては、まず、取締役の監視義務違反が問題となっている場合が挙げられる。この場合には、経営上の決定と異なり、積極的なリスクテイクが要求されているわけではないからである。また、会社と取締役の利益相反関係がある場合が挙げられる。この場合には会社にとって不利益な判断がなされる可能性が高く、取締役の広い裁量に任せるべきではないからである。さらに、あえて法令違反行為をするという経営判断は許されないから、取締役の法令違反行為が問題となる場合も同原則は適用されないとされている。

3 判例

□ 東京地判平16.9.28（判時1886-111）

東京地判平16.9.28（判時1886-111）は以下のように判示し、取締役の善管注意義務・忠実義務違反の有無の判断に当たって、いわゆる経営判断の原則によっている。

〔判旨〕

「企業の経営に関する判断は不確実かつ流動的で複雑多様な諸要素を対象にした専門的、予測的、政策的な判断能力を必要とする総合的判断であり、また、企業活動は、利益獲得をその目標としているところから、一定のリスクが伴うものである。このような企業活動の中で取締役が萎縮することなく経営に専念するためには、その権限の範囲で裁量権が認められるべきである。したがって、取締役の業務についての善管注意義務違反又は忠実義務違反の有無の判断

に当たっては、取締役によって当該行為がなされた当時における会社の状況及び会社を取り巻く社会、経済、文化等の情勢の下において、当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見及び経験を基準として、前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否かという観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべきである。」

□ 札幌高判平17. 3. 25（資料版商事法務255-205）

〔判旨〕

「本件において、控訴人らが債権の保全・回収のための方策を検討するにあたって、Gによる短期間の調査結果を基礎としたことについては、当時の一日一刻を争う状況に照らし、誠にやむを得ないものであった…」ので、「当該報告に基づいてB不動産の担保余力を判断した控訴人らに注意義務違反があったとまでは認められない。…確かに、Gの行った担保評価には、被控訴人が指摘するように正確性に欠けるところがあることは否めないものの、短時間のうちに大掴みに全国に散在する全12物件の担保価値を把握しなければならなかった当時の状況に照らすと、B不動産の各所有不動産のすべてに精密な実地調査その他の検討を加えなかったことをもって、直ちに杜撰な評価であったとか、不当に操作・作出されたものであったということとはできない。

なお、本件追加融資時点におけるB不動産所有の各不動産の担保価値については、これを的確に示す資料を求めることはできないが、本件追加融資後の平成2年6月に実施されたA銀の担保評価結果によっても、約35億円の担保価値が認められていたことに照らすと、控訴人らが、喫緊の評価と判断を迫られていた平成2年2月当時において、本件追加融資額20億円を上回る担保余力を見込んだことをもって判断を誤ったものであったというのも相当ではない。」

□ 最判平20. 1. 28（判時1997-148、百選53事件）（上記高裁の上告審）

〔判旨〕

「A銀行は、本件過振りの結果、B社に対して48億4000万円の無担保債権を有することとなり、その保全を図る目的でB社から本件不動産の担保提供を受けようとしたところ、担保を提供する条件としてB社に対する総額20億円の本件追加融資を求められたものであるが、B社は、本件過振りによって得た48億4000万円を株の仕手戦等に費消して、過振りが継続されるか別途融資を受ける以外にはこれを返済する見通しがなかった上、資金繰りが悪化して近日中に不渡りを出すことが危ぶまれる状況にあったというのである。本件追加融資は、このように健全な貸付先とは到底認められない債務者に対する融資として新たな貸出リスクを生じさせるものであるから、本件過振りの事後処理に当たって債権の回収及び保全を第一義に考えるべき被上告人らにとって、原則として受け容れてはならない提案であったというべきである。それにもかかわらず、本件追加融資に応じるとの判断に合理性があるとすれば、それは、本件追加融資の担保として提供される本件不動産について、仮に本件追加融資後にその価格が下落したとしても、その下落が通常予測できないようなものでない限り、本件不動産を換価すればいつでも本件追加融資を確実に回収できるような担保余力（以下、このような担保余力を『確実な担保余力』という。）が見込まれる場合に限られるというべきである。したがって、A銀行の取締役であった被上告人らとしては、本件不動産について、総額20億円の本件追加

融資の担保として確実な担保余力が見込まれるか否かを、客観的な判断資料に基づき慎重に検討する必要があったというべきである。

ところが、本件会議の席上で示された本件不動産の担保評価に関する判断資料としては、G鑑定士による評価額が約155億円であり、B社自身による評価額が200億円であるとの口頭の報告があったにすぎない。しかも、G鑑定士による評価額は、地上げ途上の物件も含めてすべてを更地として評価した場合の本件不動産の時価であって、およそ実態とかけ離れたものであり、また、B社自身による評価額についてもその根拠ないし裏付けとなる事実が示された形跡はうかがわれない。それにもかかわらず、被上告人らは、他に客観的な資料等を一切検討することなく、安易に本件不動産が本件追加融資の担保として確実な担保余力を有すると判断したものである。そして、前記認定事実によれば、本件追加融資の決定からわずか5か月後には、本件不動産の実効担保価格は約18億円～22億円程度にすぎなかったというのであり、この間、本件不動産について本件追加融資決定時には通常予測できないような価格の下落があったこともうかがわれないので、本件追加融資決定時において、本件不動産は、本件追加融資の担保として確実な担保余力を有することが見込まれる状態にはなかったというべきである。なお、原審は、平成2年6月に実施されたA銀行の内部調査でも本件不動産に約35億円の担保価値が認められていたというが、上記2(4)の経緯に照らせば、これが客観的な実効担保価格を示すものでないことは明らかである。

そうすると、B社に対し本件不動産を担保とすることを条件に本件追加融資を行うことを決定した被上告人らの判断は、本件過振りが判明してから短期間のうちにその対処方針及び本件追加融資に応じるか否かを決定しなければならないという時間的制約があったことを考慮しても、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人らには取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。」

□ 最判平22. 7. 15 (判時2091-90, 百選52事件)

〔事 案〕

C社が事業再編計画の一環としてA社の株式を任意の合意に基づき買い取る場合において、C社の取締役が上記株式の買取価格の決定について善管注意義務違反があるかどうか判断された事案において、最高裁が以下のように判示している。

〔判 旨〕

「前記事実関係によれば、本件取引は、AをBに合併して不動産賃貸管理等の事業を担わせるという参加人のグループの事業再編計画の一環として、Aを参加人の完全子会社とする目的で行われたものであるところ、このような事業再編計画の策定は、完全子会社とすることのメリットの評価を含め、将来予測にわたる経営上の専門的判断にゆだねられていると解される。そして、この場合における株式取得の方法や価格についても、取締役において、株式の評価額のほか、取得の必要性、参加人の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである。

以上の見地からすると、参加人がAの株式を任意の合意に基づいて買い取ることは、円滑に株式取得を進める方法として合理性があるというべきであるし、その買取価格についても、Aの設立から5年が経過しているにすぎないことからすれば、払込金額である5万円を基準とす

ることには、一般的にみて相応の合理性がないわけではなく、参加人以外のAの株主には参加人が事業の遂行上重要であると考えていた加盟店等が含まれており、買取りを円満に進めてそれらの加盟店等との友好関係を維持することが今後における参加人及びその傘下のグループ企業各社の事業遂行のために有益であったことや、非上場株式会社であるAの株式の評価額には相当の幅があり、事業再編の効果によるAの企業価値の増加も期待できたことからすれば、株式交換に備えて算定されたAの株式の評価額や実際の交換比率が前記のようなものであったとしても、買取価格を1株当たり5万円と決定したことが著しく不合理であるとはいえない。そして、本件決定に至る過程においては、参加人及びその傘下のグループ企業各社の全般的な経営方針等を協議する機関である経営会議において検討され、弁護士の見解も聴取されるなどの手続が履践されているのであって、その決定過程にも、何ら不合理な点は見当たらない。

以上によれば、本件決定についての上告人らの判断は、参加人の取締役の判断として著しく不合理なものということとはできないから、上告人らが、参加人の取締役としての善管注意義務に違反したということとはできない。」

#### 〔評価〕

本判決は、決定に至るまでのプロセスにおいて、諸般の事情を総合考慮できることを明らかにし、それを前提として、その決定の過程・内容に著しく不合理がない限り、取締役としての善管注意義務に違反しないとしている点で、上記2(2)①②の基準を採用したと評価される(北村雅史「判例評釈」重判平成22年P.139)。

#### □ 最判平20. 1. 28 (判時1997-148, 百選53事件)

#### 〔事案〕

地域の企業育成を通じて利益を拡大するという企業育成路線を採用していたA銀行は、その路線の一環として建設会社Bに対して、三度にわたり融資を実行したものの、融資額の回収が困難となった。その後、A銀行は破綻し、破綻処理に伴い取締役に対する損害賠償請求権を取得したXが、取締役に対して本件各融資につき忠実義務違反、善管注意義務違反があったとして損害賠償請求を求めた事案である。

〔判旨〕(下線部は、作成者が付した。以下の判例についても同じ。)

「4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

#### (1) 第1融資について

前記認定事実によれば、第1融資は、Bの発行する新株を引き受ける予定の関連企業に対し、引受予定の新株を担保としてその引受代金を融資し、弁済期に当該株式を売却した代金で融資金の弁済を受けることを予定したもので、保証人となる秋山四郎の資産も大部分はBの株式であったから、第1融資に係る債権の回収は専らBの業績及び株価に依存するものであったといえることができる。株式は不動産等と比較して価格の変動幅が大きく、景気動向や企業の業績に依存する度合いが極めて高いものであることに加えて、融資先はいずれもBの関連企業であり、いったんBの業績が悪化した場合には、Bの株価すなわち担保価値の下落と融資先の業績悪化とが同時に生じ、たちまち債権の回収が困難となるおそれがあるから、上記のように、銀行が融資先の関連企業の業績及び株価のみに依存する



形で195億7000万円もの巨額の融資を行うことは、そのリスクの高さにかんがみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。しかも、第1融資は、当時の発行済株式総数が518万5000株であったBが新たに350万株を発行するに当たり、そのうち109万5000株の引受代金等として融資されるものであったから、新株発行後のBの発行済株式総数に占める担保株式の割合等に照らし、融資先が弁済期に担保株式を一斉に売却すれば、それによって株価が暴落するおそれがあることは容易に推測できたはずであるが、その危険性及びそれを回避する方策等について検討された形跡はない。一般に、銀行が、特定の企業の財務内容、事業内容及び経営者の資質等の情報を十分把握した上で、成長の可能性があると合理的に判断される企業に対し、不動産等の確実な物的担保がなくとも積極的に融資を行ってその経営を金融面から支援することは、必ずしも一律に不合理な判断として否定されるべきものではないが、Bについては、第1融資を決定する以前の昭和60年調査及び昭和63年調査において、その財務内容が極めて不透明であるとか、借入金が過大で財務内容は良好とはいえないなどの報告がされていたもので、このような調査結果に照らせば、A銀が当時採用していた企業育成路線の対象としてBを選択した判断自体に疑問があるといわざるを得ないし、Bを企業育成路線の対象とした場合でも、個別のプロジェクトごとに融資の可否を検討するなどその支援方法を選択する余地は十分にあったものと考えられ、あえて第1融資のようなリスクの高い融資を行ってBを支援するとの判断に合理性があったとはいえない。

そうすると、第1融資を行うことを決定した被上告人らの判断は、第1融資が当時A銀が採用していた企業育成路線の一環として行われたものであったことを考慮しても、当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人らには銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。したがって、被上告人らは、商法266条1項5号に基づき、第1融資によって拓銀に生じた損害を連帯して賠償すべき責任を負うところ、前記事実関係によれば、第1融資により、回収困難となっている貸付残高相当額192億1798万3951円の損害が拓銀に生じたことが明らかである。」

#### 4 本問における具体的検討

甲社の融資部はQ社について調査を実施しており、A及びBはQ社の財務内容が良好でないことを認識している。また、Q社に対する融資計画の内容はA及びBに十分認識されており、Q社への融資を実行するリスクを認識する前提となる情報の収集・調査に不注意な誤りはなかったといえる。しかし、A及びBはQ社の株価が暴落する恐れがあることを容易に推測できたはずであるにもかかわらず、甲社取締役会においてその危険性やそれを回避する方法を検討したことはない。このことは、融資決定をしたA及びBの判断は銀行取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理であるといえよう。したがって、A及びBについては、善管注意義務違反があったといえよう。

なお、Cらについては、主に監視義務違反が問題となっている場合である。したがって、監視義務違反を認定した場合には、経営判断の原則の適用はないといえよう。

◆ 論点③ 退職慰労金と報酬規制 ◆

1 問題の所在

設問2においては、甲社の取締役であったB及びCの退職慰労金につき、株主総会において、その金額、支払時期、方法を取締役会に一任する旨の決議がなされている。かかる株主総会決議は361条1項に違反しないか。まず、退職慰労金が361条1項の「報酬」として同条の規制に服するかが問題となる。

2 学説

A 361条1項の適用があるとする見解（通説）

（理由）

- ① 退職慰労金は、取締役の在職中における職務執行の対価（報酬の後払い）といえる。
- ② 退職慰労金は、取締役の退任後に支給され、慰労金を受ける者はその額の決定に参加できないから、厳密にはお手盛りはないが、残存取締役との関係を考えるとお手盛りに準じた弊害が生じ得る（取締役会や代表取締役が退任した取締役の退職慰労金を高額に決めることによって、自分の退職慰労金も高額に決められることを期待する）。

B 361条1項の適用がないとする見解

（理由）

退職慰労金は、退任した取締役に支給されるにすぎず、その者は既に取り締役の地位を退いたことにより、取締役会における議決権も発言権も有しないのであるから、お手盛りの弊害は存在しない。

3 判例

最判昭39.12.11（百選62事件）は、「株式会社の役員に対する退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、商法280条、同269条にいう報酬に含まれるものと解すべく、これにつき定款にその額の定めがない限り株主総会の決議をもってこれを定むべきものである」と判示し、その後の最高裁判決も同様の判示をしている（最判昭44.10.28，最判昭48.11.26，最判昭56.5.11）。

4 本問における具体的検討

A説に立つと、取締役の退職慰労金の支給には361条1項の株主総会の決議が必要となる。そこで、次に、B及びCの退職慰労金に関する株主総会の取締役会への一任決議の有効性（論点③）が問題となる。

B説に立つと、取締役の退職慰労金の支給には361条1項の株主総会の決議は必要でないので、B及びCの退職慰労金に関する本問株主総会の取締役会への一任決議は361条1項に違反しないことになろう。

◆ 論点④ 退職慰労金の取締役会への一任決議の有効性 ◆

1 問題の所在

取締役の退職慰労金についても361条1項が適用されると考えた場合、小問2の金額、支払時期、方法を取締役に一任する旨の株主総会決議が361条1項の規定に違反しないかが問題となる。

2 学説

A説（多数説）

退職慰労金についても、株主総会で少なくともその具体的金額または最高限度額を定めることを要する。

（理由）

もともと会社の業績、担当業務、勤続年数、功績等は、株主総会が提案された報酬額の当否を判断するための資料となるべきものにすぎず、これを退職慰労金決定についての一定の基準とみることは困難であり、このような不確定な要素によって取締役会にその額の決定を委ねることは多分にお手盛りの余地を残す結果となる。

B説（有力説）

退職慰労金について、その金額等の決定を無条件に取締役会等に一任することは許されないが、株主総会の決議をもって、明示的又は黙示的な支給に関する基準を示し、具体的な金額、支払時期、方法等はその基準によって定めるべきものとしてその決定を取締役会等に一任することは許される。

（理由）

- ① 各個の取締役の評価を公開の場で論議することを避けようとする実務の扱いも一概に不合理とはいえない。
- ② 退職慰労金の決定に退職取締役が参加しておらず、その分お手盛りの危険は小さいという特殊性があるため、規制を緩和すべきである。

\* B説に立つ学説の中には、退職慰労金の支給を取締役会に一任する旨の株主総会の決議が有効であるためには、①会社に一定の確立された内規・慣行が存在し（明確性）、②株主がその内規・慣行の存在・内容を知り得る状況にあり（周知性・開示性）、③その内容がお手盛り防止の基準に合致するもの（合理性）であることを要すると指摘する見解がある。

3 判例

(1) 前掲最判昭39. 12. 11（百選62事件）は、株主総会において、退任常任監査役に対する退職慰労金支給につき、その金額、支払時期、及び方法等を取締役に一任する旨の決議がなされたという事案において、以下のように判示し、株主総会決議を有効とした。

□ 前掲最判昭39. 12. 11（民集18-10-2143, 判時401-61, 百選62事件）

〔判旨〕

「原判決は、従来被上告会社（被控訴会社）において退職した役員に対し慰労金を与えるには、その都度株主総会の議に付し、株主総会はその金額、時期、方法を取締役に一任し、取締役会は自由な判断によることなく、会社の業績はもちろん、退職役員の勤続年数、担当業務、功績の軽重等から割り出した一定の基準により慰労金を決定し、右決定方法は慣例となっているのであるが、辞任した常任監査役Aに対する退職慰労金に関する本件決議に当たっては、右慣例によつてこれを定むべきことを黙示して右決議をなしたというのであり、右事実認定は、挙示の証拠により肯認できる。株式会社の役員に対する退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、商法280条、同269条にいう報酬に含まれるものと解すべく、これにつき定款にその額の定めがない限り株主総会の決議をもつてこれを定むべきものであり、無条件に取締役会の決定に一任することは許されないこと所論のとおりであるが、被上告会社の前記退職慰労金支給決議は、その金額、支給期日、支給方法を無条件に取締役会の決定に一任した趣旨でなく、前記の如き一定の基準に従うべき趣旨であること前示のとおりである以上、株主総会においてその金額等に関する一定の枠が決定されたものというべきであるから、これをもつて同条の趣旨に反し無効の決議であるということとはできない。」

- (2) その後の最高裁判例は、基本的に前掲昭和39年判決を踏襲しながら、さらに厳格化する傾向がみられる。最判昭44. 10. 28は以下のように判示している。

□ 最判昭44. 10. 28

〔判 旨〕

「原判決…の認定した事実、(一) 本件退任役員に対する退職慰労金は、その在職中の職務執行の対価として支給する趣旨を有しており、(二) 従来被上告会社においては、退任役員に対する退職慰労金の支給に関し、原判示の慣行および内規によって一定の支給基準が確立されており、右支給基準は株主らにも推知しうべきものであって、(三) 本件決議は、本件退任役員に対する退職慰労金について、黙示的に、右支給基準をもって限度とする範囲内において、各自の在職中の功罪、退職理由など種々の事情を考慮し、相当な金額を支給すべきものとする趣旨であったというのであり、右事実、挙示の証拠により首肯することができる。そうすると、かような事実関係のもとにおいては、本件決議が前記法条に違反して無効であるとはいえないとした原審の判断は正当であるというべきである。」

〔評 価〕

本判決は、株主総会決議が有効であるための要件として、①会社の内規及び慣行による一定の基準が確立されていること、②その支給基準が株主らにも推知できる状況にあること、③当該内規・慣行による支給基準に従って取締役に相当な金額等を決定すべきことを黙示的に株主総会で決議した場合であるとしたこと、を要求したものと解されている。

4 本問における具体的検討

A説の立場に立つと、本問株主総会ではBの退職慰労金について、その金額、支払時期、方法を取締役に一任する旨の決議をなしており、具体的金額又は最高限度額を定めていないから、361条1項に違反することになる。

B説の立場に立ち、上記に挙げた見解に立つと、本件では、甲社には内規が存在し（①明確性）、株主は本店で本件内規の内容に説明を受けられる措置が講じられている（②周知性・明確性）。したがって、本件内規の内容がお手盛り防止の基準に合致するといえれば（③合理性）、本件一人決議は361条1項に違反しないこととなろう。

最判昭44.10.28の立場に立つと、本問甲社においては、①本件内規が存在し、従来から本件内規に従って退職金を支給してきた以上、一定の基準が確立されていたといえる。また、②株主が希望すれば、本店で本件内規の内容について説明を受けられる措置が講じられていたから、株主らが推知できる状況あったといえる。さらに、③本件内規に従って取締役会に相当な金額等を決定すべきことを総会で決議したとも認められる。よって、当該決議は361条1項に違反しないこととなろう。

◆ 論点⑤ 株主総会での一任決議後に取締役会で不支給を決めた場合の処理 ◆

1 問題の所在

取締役が会社に対して報酬の支払請求をするためには、具体的な報酬支払請求権が発生していることが必要である。361条によれば、会社が取締役に対して報酬を支払うためには、取締役との委任契約の存在のみならず定款の定め又は株主総会の決議まで必要とされている。もっとも、退職慰労金につき取締役会に対する一任決議がなされた場合等において、具体的にいつ報酬請求権が発生するかについては条文上明らかではない。そこで、株主総会から一任された取締役会が退職慰労金につき不支給決議をした場合、当該取締役は会社に対して報酬請求できるのか、取締役の報酬請求権が具体的に発生するのはいつの時点という点と関連して問題となる。

2 退職慰労金の具体的発生時期

(1) 最判平4. 12. 18によれば、取締役の通常の報酬に関しては、株主総会が取締役全員の報酬総額の上限を決定し、具体的配分を取締役会に一任する決議を行った場合、個々の取締役の報酬請求権は、取締役会決議によって配分額が決定されたときに、具体的な金銭債権となるとされている。

□ 最判平4. 12. 18（民集46-9-3006, 百選63事件）

〔判旨〕

「株式会社において、定款又は株主総会の決議（株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。）によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異ならない。」

(2) 退職慰労金に関しては、株主総会が、具体的金額等を一定の支払基準に従って決定すべきことを取締役会に委任する決議を行った場合には、退任取締役の退職慰労金は、取締役会が金額を決定したときに具体的な金銭債権になると判示した下級審裁判例がある（東京高判平12. 6. 21）。

※ 実務上、退職慰労金は、退職時の月額報酬に在職年数等を乗じることによって算出される基本金額部分と、退職取締役の功績を評価して支給される功労加算部分に分けられているのが通常である。この点を重視し、学説の中には、退職慰労金のうち基本金額部分については自動的に金額が決まるから、株主総会の決議で退職慰労金の基本金額部分が発生するとする説もある。

3 退職慰労金の不支給決議と退任取締役の救済

上記のとおり、退職慰労金の具体的金額決定について取締役会に一任された場合において、取締役会で具体的な金額の決定について決議がない限り、退職慰労金は具体的金銭債権とはならないと解される。もっとも、下級審裁判例は、取締役会が一任決議どおりの支給を決しないときは、総会

決議の遵守義務（355条）違反、善管注意義務（330条、民法644条）違反があるとともに、退任取締役に対する不法行為（民法709条）を構成し、かつ、会社は350条の責任を負うとして、結果的に退任取締役を救済している場合が多い。

#### 4 裁判例

##### □ 東京高判平20. 9. 24（判タ1294-154）

##### 〔事 案〕

被告会社においては、退職慰労金規程上、基本的退職部分に関しては、役員在任期間の各役位別年数に各役位別定額を乗じて合計した額とされ、取締役会決議により功労金を加算することができ、特に減額の不支給についての定めがなく、また支給時期は総会決議後1ヶ月以内と定められていた。この場合において、取締役会が退職慰労金支給決議をしなかったことに対して、退任した元取締役が主的に退職慰労金の支払、予備的に取締役の任務懈怠責任を迫及した事案。

##### 〔判 旨〕

「控訴人においては、昭和51年9月1日（平成7年6月1日改定）、退任した役員の退職慰労金について、本件退職慰労金内規を制定し、遅くとも昭和57年5月以降は、控訴人の株主総会において、退職する役員について、本件退職慰労金内規に従い、金額、時期、方法等については取締役会に一任するとの内容の退職慰労金支給決議をし、これに基づく取締役会の決議により、各役位別年数に各役位別定額を乗じた計算方法により算出された金額の退職慰労金（基本的退職金部分）を支給するという運用がされていた。控訴人についても、本件定時株主総会において、従前同様、『会社内規に従い、金額、時期、方法については後日開催する取締役会に一任する』との内容で本件退職慰労金を支給する旨の決議がされたのである。

ところで、本件退職慰労金内規によると、基本的退職金部分については、役員在任期間の各役位別年数に7条の各役位別定額を乗じ、合計した額とされ（3条1項）、役員在任年数は1か年単位とし、端数は1か年に切り上げ（4条）、社長の役位別定額は1か年当たり150万円とする（7条）と具体的に定められており、特に減額や不支給についての定めは置かれていないのである。また、退職慰労金の支給時期についても、原則として株主総会の決議後1か月以内と具体的に定められているのである（9条）。

そうすると、本件定時株主総会において、会社内規（すなわち本件退職慰労金内規）に従い退職慰労金を支給することを決めた以上、基本的退職金部分については、自動的に算定され、取締役会には、その額を増やしたり、減らしたりするといった裁量の余地はないことになるのである。すなわち、基本的退職金部分の支給は株主総会の決議により確定的になったものといえる（後は単に機械的に金額を計算する事務的作業が残るだけである。）。取締役会が裁量判断をなし得るのは、主として、基本的退職金部分に上積みして功労加算をするかどうかという点（8条）と、退職慰労金は株主総会の決議後1か月以内に支払うとされているのを、当該取締役と協議の上、会社の業績等に照らして変更するかどうかという点（9条）であったのである。なお、本件退職慰労金内規において退職慰労金は1か月以内に支払うとされている以上、支払時期の変更等の判断は、原則、株主総会の決議後1か月以内を要すると解すべきであり、特段の事情がある場合は別として、1か月以内に協議、変更がなされない限り、基本的退職金部分の支払時期は株主総会の決議後1か月以内で確定すると解するのが相当

である。」

□ 東京地判平元. 11. 13 (金判849-23)

〔事 案〕

内規上、基本的退職金部分については機械的に計算することが出来、取締役会に功労加算及び特別減額の裁量が与えられていた事案において、具体的な退職慰労金請求権は取締役会の決定により初めて発生するとしながら、取締役会が決定した特別減額が裁量権を逸脱し不法行為を構成するとした。

〔判 旨〕

「亡Nにかかる本件慰労金は、商法269条の『取締役が受クベキ報酬』に該当するから、株主総会の決議によりその請求権が発生するものである。ところで、本件の株主総会決議は、本件慰労金を被告会社における『役員退任慰労金規定』(本件規定)によって支給すべきことを前提として、その具体的金額、支給期日、方法等を取締役に一任しているので、本件のNにかかる具体的な退任慰労金請求権は取締役会の決定によって初めて発生するものである。

したがって、原告は、本件決定が本件規定に違反している場合でも、本件決定による額を超えた金額の退任慰労金を請求することはできないというべきである。

2 ところで、本件の総会決議は亡伸夫にかかる退任慰労金の額が本件規定に従って決定されるべきことを要求しているものと解される。したがって、取締役会による本件決定が本件規定に違反している場合には、本件決定は総会決議によって保証された利益を侵害するものとして違法というべきである。」

「4 次に、被告会社が本件慰労金につき本件規定10条により特別減額をしたことの適否について判断する。

被告会社によれば、特別減額の理由は、ア南畜及び西ピル関連の事業について亡Nが経営判断を誤り、被告会社に莫大な損害を与えた、イ被告会社の経営状態からして、多額の退任慰労金は負担できないこと、ウ被告会社は再建途上にあり、多額の退任慰労金の支出は対外的に好ましくないこと、の三点である…。

しかし、まず、右イの経営状態は、本件規定10条の特別減額の事由となっておらず、規定上支給の時期、回数、方法について考慮できるとどまるものである(一一条)。また、右ウの対外的配慮も、同様に特別減額事由となっていない。これらの事由を退任慰労金の額に反映させるのであれば、株主総会の決議でその旨定めるべきであり、本件総会決議が単に本件規定に基づく退任慰労金の額の決定及び支給を取締役に委任しているに過ぎない本件においては、これらの事由を額の決定の基礎的な事由とすることは許されない。のみならず、前述したように、被告S及び他の取締役は昭和61年2月頃には本件慰労金を一億円程度にすることを考えていたのであるから、右イ、ウの事情が真に本件慰労金額を決定する基礎的な事情であったかどうか自体に、疑問を呈せざるを得ない。

次に、アの事由は被告会社が最も重要な事情として主張するものであるが、昭和61年2月頃に一億円を考えていたときは、被告会社はこの事情に基づき特別減額をすることは考えていなかったと認められる(一億円という金額は、昭和60年11月27日の取締役会で議決された(新)役員退任慰労金規定の3条に基づき算定された基礎金額に、千数百万円を加算した金額である。…したがって、被告会社が本件決定においてこの事情を考慮したとすれば(真に特



別減額に値する事情があるかどうかはともかくとして)、取締役会が本件慰労金の額の決定及び支給を延ばしたのと同様に、亡Nの相続問題について被告坂本と対決姿勢をとった原告に対する対抗手段としようとの意図が重要な動機になっているものと推認することができる。そうであれば、このような意図は、被告会社が特別減額という裁量行為をするに当たって考慮した最も重要な事情と評価すべきである。

したがって、本件慰労金の特別減額は、その裁量権の行使に当たり、考慮すべきでない事情(すなわち、被告会社のあげる理由イ、ウ、及び原告に対する対抗手段とするとの意図)を考慮し、しかも特別減額を原告に対する対抗手段とするとの意図を最も重要な事情とするものであるから、許された裁量権を逸脱し又は乱用したものとして、違法というべきである。」

## 5 本問における具体的検討

本件では、Bが10年間の取締役在職中に2度取締役会を無断欠席したことを理由として、Bに対する退職慰労一時金の不支給決議をしている。したがって、Bの退職慰労一時金は具体的な金銭債権として発生しておらず、Bは甲社に対して、退職慰労一時金の支払を請求できないこととなる。もっとも、この点に関しては、様々な解釈が考えられるところであり、他の結論もあり得る。

◆ 論点⑥ 役員等の第三者に対する責任（429条） ◆

1 問題の所在

取締役と第三者は直接の法律関係に立たない。そして、直接の法律関係に立たない者が損害賠償責任を負うのは、原則として不法行為（民法709条）が成立する場合に限られる。しかし、429条は、取締役が会社に対する任務を怠ったために第三者に損害が生じた場合のうち一定の場合に取締役の第三者に対する責任を認めている。もっとも、同条の規定は、その文言が抽象的で必ずしも明確でない。そこで、同条の要件・効果が、その法的性質と関連して問題となる。

2 法的性質についての学説

A 法定責任説（通説）

429条は第三者の保護のために取締役等の「役員等」に厳格な責任である法定の特別責任を課した規定である。役員等は一般の不法行為責任を負うほかに、この規定による責任を負う。したがって、不法行為責任との競合が生じ得る。

（理由）

株式会社は経済社会において重要な地位を占めていて、しかも株式会社の活動は取締役の職務執行に依存する。

※ この見解に立った場合、「悪意又は重大な過失」は、役員等の第三者に対する責任が不法行為責任とは別に法律が定めた特別責任である以上、任務懈怠についてあれば足りるとされる。

B 一般不法行為責任説

429条は役員等の職務上の不法行為に関する特則である。

民法709条の不法行為責任と比較すると、役員等の職務執行上の行為による第三者に対する権利侵害についての責任は、役員等に重過失がある場合にのみ発生し、単なる過失があっても発生せず、この意味で、民法の一般原則を緩和したものである。したがって、民法上の不法行為責任との競合はない。

（理由）

特に取締役は複雑多岐にわたる職務を大量かつ迅速に処理しなければならないことから、その責任を軽減する必要がある。

（批判）

業務の複雑性は会社に対する責任の軽減の理由としてはともかく、第三者に対する軽過失に基づく責任を免除する理由にはならない。

※ この見解に立った場合、「悪意又は重大な過失」は、一般の不法行為の場合と同様、第三者に対する加害について必要とされる。

3 本問における具体的検討

A説の立場にたつと、429条1項の要件を検討することになる。

Aは甲社の取締役なので「役員等」にあたる。

また、甲社取締役会は、株主総会から退職慰労金の支給に関する決定を一任されているので、個々の取締役は、忠実義務の一内容として、本件内規に基づき退職慰労金の金額・支給方法等の決定をすべき義務を負うところ、取締役会が株主総会決議に反して退職金不支給決定を行うことは、不支給決定が正当な事由に基づき忠実義務違反を構成しないと認められる特段の事情がない限り、個々の取締役の任務懈怠となり、任務懈怠が存在する。甲社の取締役会は、Bが10年間の任期中に2回取締役会を欠席したことを理由として退職金の不支給決定をしているが、Bの欠席によって甲社の業務に大きな影響が出たという事情はなく、これは、「特に重大な損害を会社に与えた」場合（本件内規11条）に該当しない。また、甲社の業務に特段の影響が出ていない以上、かかる理由をもって退職金を全額不支給とするのは合理的とはいえない。よって、甲社取締役会の退職金不支給決定は、忠実義務違反を構成しないと認められる特段の事情があるとはいえず、取締役であるAには任務懈怠が認められる。

さらに、2度の取締役会の欠席によって、退職金を全額不支給とすることが不合理であることは、Aにも十分認識可能であったと考えられるから、Aに重過失が認められ、「悪意又は重大な過失があったとき」といえる。

取締役会が株主総会の一任通りに支給決定をしていれば、Aには5000万円の退職慰労一時金が支払われたはずであるから、Aの任務懈怠によってBに5000万円の損害が生じているといえ、「損害」の発生、任務懈怠と損害との因果関係も認められる。

よって、BのAに対する5000万円の損害賠償請求は認められることになるだろう。

<参考論点①（「損害」の範囲）>

1 直接損害と間接損害

直接損害とは、役員等の悪意・重過失のある職務執行により直接に第三者が被った損害をいう。典型的には、会社が倒産に瀕した時期に取締役が返済見込みのない金銭借入、代金支払いの見込みのない商品購入等を行ったことにより契約の相手方である第三者が被る損害である。他方、間接損害とは、役員等のこのような職務執行により会社に損害が生じ、その結果第三者が被った損害をいう。典型的には、取締役の放漫経営や利益相反取引等により会社が倒産した場合に会社債権者が被る損害である。

2 学説

A 両損害包含説（通説）

法定責任説を前提に、「損害」には直接損害も間接損害も含まれるとする。

（理由）

- ① 直接損害と間接損害の区別は困難であるから、これらを無理に振り分けると不公平な結果をもたらすおそれがある。
- ② 429条は、会社に賠償資力がない場合の会社債権者保護の見地から政策的に定められた規定であり、第三者保護の強化のため「損害」の意味を広く解するべきである。

※ なお、法定責任説を前提に、直接損害は一般不法行為によって対処することとして間接損害に限定する見解や、株主については代表訴訟制度があるため直接損害のみに限られるとする見解もある。

B 直接損害限定説

一般不法行為責任説を前提にすれば、「損害」は直接損害に限定される。

（理由）

間接損害については、債権者代位権（民法423条）の行使によって、損害の填補が可能である。

<参考論点②（「第三者」の範囲）>

1 問題の所在

本問とは関係ないが、429条1項にいう「第三者」の範囲、特に「第三者」の中に株主が含まれるかどうかについては、争いがある。

2 学説

A 直接損害に限り、株主も「第三者」に含まれるとする説

（理由）

株主については、取締役等の行為によって会社が損害を被った結果として株主が被った損害（間接損害）は、会社の財産が取締役等からの損害賠償により回復されれば消滅することになり、かつ、そのために代表訴訟の制度がある。したがって、間接損害については、株主に独立の損害賠償請求を認める必要は原則としてないが、直接損害についてはそのような方法での株主の救済が図られない。

**B 間接損害の場合にも、株主は「第三者」に含まれるとする説**

(理由)

- ① 「第三者」という文言を文理通りに解すれば、会社・役員等以外の者を意味するはずである。
- ② 株主の間接損害の賠償請求に対し、後で会社から請求されるかもしれないといって役員等が履行を拒んだ場合、会社が請求しなければ、役員等は結局どちらに対しても責任を履行しないことになってしまう。

## ◆ 論点⑦ 取締役の報酬額の変更 ◆

### 1 問題の所在

設問2小問(2)において、甲社の退任取締役Cに対して、一度は退職慰労年金の支給が決定されていたにもかかわらず、甲社の財務状態の著しい悪化に伴い、取締役会において以降の退職慰労年金を支給しない旨の内規改定がなされた。そこで、取締役の報酬をその同意なく減額する内規改定が有効といえるかが問題となる。

### 2 原則

一旦適法に決定された取締役報酬の額は、その具体的な金額が契約内容となって当事者双方を拘束し、原則として当事者の一方が相手方の同意なしに変更することはできなくなる。この原則論に関しては、最高裁においても同様の旨を判示している。

□ 最判平4. 12. 18 (民集46-9-3006, 判時1459-153, 百選63事件)

#### 〔事案〕

月額50万円の報酬を得ることとされた取締役が、任期中に代表者と対立した結果、取締役会で常勤取締役から非常勤取締役に変更され、その後の株主総会で無報酬とする旨の決議がなされた。そこで、当該取締役が任期終了までの報酬を求めて訴訟を提起した。

#### 〔判旨〕

「株式会社において、定款又は株主総会の決議（株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。）によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異ならない。」

### 3 報酬額の変更が許容される場合

#### (1) 取締役の同意による報酬額の変更

ア 会社側による取締役に対する報酬を減額又は無報酬とする旨の決定に対して当該取締役が同意する場合には、減額等の効力が発生することに問題はない。そして、その同意の意思表示は明示的なものに限らず、これを甘受する黙示の同意があれば足りるものとされている。ただし、報酬を無報酬とすることについては、たとえ非常勤の取締役であっても商法上厳格な責任を負うので、黙示の合意を認定するのは慎重でなければならず、また、個人毎に報酬額が定められているような場合には職務内容の変更を理由に報酬額の減額につき黙示の同意があったと認めることは困難とされている。

#### イ 裁判例

□ 東京地判平2. 4. 20

#### 〔事案〕

代表取締役を解任され非常勤取締役となった原告が、取締役報酬を非常勤取締役についての所定額に減額されたため（本件会社においては、取締役の報酬は役職ごとに一定額が定められていた）、代表取締役の報酬との差額の支払い等を請求した事案。

【判 旨】

「いったん定められた取締役の報酬額は、取締役任用契約の内容として会社及び取締役の契約当事者双方を拘束するものであるから、原則として当該取締役の同意のない限り、その任期中にこれを減額することは許されない。

しかしながら、各取締役の報酬が個人ごとにではなく、取締役の役職ごとに定められており、任期中に役職の変更が生じた取締役に対して、当然に変更後の役職について定められた報酬額が支払われているような場合、こうした報酬の定め方及び慣行を了知したうえで取締役就任に応じた者は、明示の意思表示がなくとも、任期中の役職の変更に伴う取締役報酬の変動、場合によっては減額をも甘受することを黙示のうちに応諾したとみるべきであるから、会社は、このような合意に基づいて一方的に、当該取締役の役職の変更を理由とした報酬減額の措置をとることができるかと解するのが相当である。」

(2) 事情変更の原則による報酬額の変更

ア 取締役の職務内容に変更があった場合に、事情変更の原則を理由として、会社が一方的に報酬を減額又は無報酬とすることができるかという問題がある。

事情変更の原則とは、契約成立後、契約の基礎となった事情につき、当事者の当初予見し得なかつた著しい変化が生じ、もとの契約内容をそのまま履行させることが当事者間の衡平を損ない、信義に反する結果となる場合において、契約の改訂又は解除が認められるとするものである。

イ 裁判例

□ 大阪高判平2. 5. 30（前掲最判平4. 12. 18の原審）

【判 旨】

「会社と取締役との関係は、株主総会の取締役選任決議に対し、取締役が就任を承諾することにより成立する委任ないしは準委任契約関係であり、取締役報酬はその金額が定められると報酬についての特約の内容となるから、契約の拘束力により、一旦定められた取締役報酬は、原則として、当該取締役の同意がない限り、その任期中にこれを一方的に減額ないしは無報酬とすることは許されないと解すべきである。…しかしながら、取締役報酬は職務執行の対価であるから、任期途中に取締役の職務内容に著しい変更があれば、取締役報酬もそれに応じた変更を加える必要があるし、また、定款に定めがないときは、そもそも、株主総会に取締役報酬金額を定める権限があるから、任期途中の取締役の職務内容に著しい変更があり、かつ、それを前提として株主総会が当該取締役の報酬の減額ないし不支給の決議をしたときには、例外的に、会社は、当該取締役の同意を得ることなく一方的にその報酬を将来に向かって減額ないし無報酬とすることができるかと解すべきである。」

※ 事情変更の原則は信義則を根拠とする一般法理であるから、取締役の報酬に関しても、経済情勢が激変した場合などにそれが妥当することがあり得ること自体は否定できないといわれている。

しかし、取締役の報酬額の定めが当事者を拘束する期間は、最長で取締役の任期の限度である2年であって（256条1項）それほど長期でなく、しかも取締役の職務内容の変更がその間に生ずることは珍しいことではない。したがって、任期中の報酬額を決定するにあたっては、そのような変更が生ずる可能性があることも考慮されたか、少なくとも考慮すべきであったのに考慮しなかったという当事者の責めに帰すべき事情があるといえることができる。よって、要件を緩和して考えるとしても、取締役の職務内容の変更については、事情変更の原則が問題とされるような場面ではないと考えられている。学説上も、取締役の報酬への事情変更の原則の適用には慎重を要するとの見解が多い。

なお、前掲最高裁判決は、直接的には取締役の報酬の無報酬化について判示するだけである。しかし、無報酬化と報酬の減額とは性質が異なることは否定できないとしても、契約の拘束力を理由とするところからすれば、無報酬化のみでなく減額の場合もその射程に含まれると考えられている。

#### ウ 退職慰労年金支給の打ち切り

最判平22. 3. 16は、年金形式で長期間支給される退職慰労年金の会社による一方的な打ち切りの可否について、相手方である退任取締役の個別の同意がなければ、退職慰労年金債権を会社が一方的に消滅させることができないと判示し、前掲最判平4. 12. 18と整合的な判断をしている。

#### □ 最判平22. 3. 16（判時2078-155，判タ1323-114）

##### 〔事案〕

取締役を退任した上告人が、株主総会決議等によって定められたところに従い、当時の被上告人たる会社の役員退職慰労金規程に基づき算出された額の退職慰労年金を受給していたところ、その後の取締役会決議で本件内規が廃止されたとして同年金の支給が打ち切られたため、被上告人たる会社に対し、未支給の退職慰労年金の支払等を求めた事案。

##### 〔判旨〕

「被上告人の取締役に対する退職慰労年金は、取締役の職務執行の対価として支給される趣旨を含むものと解されるから、会社法361条1項にいう報酬等に当たる。本件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本件内規に基づき退職慰労年金債権を取得することはなく、被上告人の株主総会決議による個別の判断を経て初めて、被上告人と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ものである。被上告人が、内規により退任役員に対して支給すべき退職慰労金の算定基準等を定めているからといって、異なる時期に退任する取締役相互間についてまで画一的に退職慰労年金の支給の可否、金額等を決定することが予定されているのではなく、退職慰労年金の支給につき、退任取締役相互間の公平を図るために、いったん



成立した契約の効力を否定してまで集团的、画一的な処理を図ることが制度上要請されているとみることはできない。退任取締役が被上告人の株主総会決議による個別の判断を経て具体的な退職慰労年金債権を取得したものである以上、その支給期間が長期にわたり、その間に社会経済情勢等が変化し得ることや、その後の本件内規の改廃により将来退任する取締役との間に不公平が生ずるおそれがあることなどを勘案しても、退職慰労年金については、上記のような集团的、画一的処理が制度上要請されているという理由のみから、本件内規の廃止の効力を既に退任した取締役に及ぼすことは許されず、その同意なく上記退職慰労年金債権を失わせることはできないと解するのが相当である。」

#### 4 本問における具体的検討

最判平22. 3. 16に従えば、甲社株主総会はCに対して退職慰労金を支給する旨を決議し、これを基礎として甲社取締役会が具体的な退職慰労金額や支給期間等を決定している。したがって、甲社は取締役会が決定した退職慰労金額や支給期間に拘束され、一方的にこれを変更することができないこととなろう。

甲社としては、退職慰労年金が通常の退職慰労一時金と異なり、長期間にわたって支払われるものであることから、支給期間中の社会状況の変更が想定されうること、甲社が内規という画一的基準によって退職慰労金を支給していることを鑑みて、退任取締役間の公平を図るためにも、画一的に内規を適用することによって解決を図るべきであることを主張して反論することが考えられる。しかし、甲社とCは、支給期間が長期に及び、支給期間中に社会状況が変わる可能性があることを想定した上で契約を締結しているのであるから、支給期間が長いことを理由に安易に一方的変更を認めるべきではないだろう。また、甲社が内規により退任取締役に対して支給すべき退職慰労金の算定基準等を定めているからといって、異なる時期に退任する取締役にについてまで画一的に退職慰労年金の支給の可否、金額等を決定することが予定されているものではなく、退任取締役間の公平を図るために、いったん成立した契約の効力を否定することが制度上要請されていると見ることはできないともいい得る。これらを重視すれば、甲社の上記反論は認められないこととなろう。

◆ 論点⑧ 表見代表取締役（354条） ◆

1 問題の所在

設問3では、乙社が丁社からの手形金支払請求を拒絶できるかが問われている。ここで、本件手形には代表権のないHが裏書していることから、乙社は手形金の支払を拒絶できると思える。もっとも、Hは「乙社副社長H」名義で裏書をしていることから、表見取締役（354条）の規定が適用されないかが問題となる。

2 意義及び制度趣旨

社長、副社長その他会社を代表する権限を有すると認めるべき名称を付した取締役のなした行為については、その者が代表権を有しない場合でも、会社は善意の第三者に対してその責任を負う（354条）。このように代表権を有しなくとも、外観上代表取締役として取り扱われる者を「表見代表取締役」という。

代表取締役の氏名及び住所は登記事項である（911条3項14号）が、代表取締役としての登記がなされていなくとも、代表権が与えられていることがありうる。また、社長、副社長等の通常、代表取締役に付される名称を有する取締役が第三者と取引をする場合、その第三者は、代表権のないそれらの者に対して代表権があるとの信頼をもって取引することが多い。そこで、一種の禁反言の法理又は外観理論に基づきこのような第三者の保護を図るのが本条の趣旨である。

3 適用要件

(1) 外観の存在

354条が例示する名称の他にも、その他「会社を代表する権限を有するものと認められる名称」の場合には、354条にいう外観が存在するといえる。

その他「会社を代表する権限を有するものと認められる名称」といえるか否かは、当該名称が取引通念上、会社を代表する権限を有する名称か否かによって決すべきである。なぜなら、354条は権利外観法理の一環として、取引通念上代表権を有すると信頼した者の保護を図るところにその趣旨があるからである。

具体的には、頭取、総裁、理事長、代表取締役代行者（最判昭44.11.27）などが、その他「会社を代表する権限を有するものと認められる名称」にあるとされる。

(2) 外観への与因

「付した」、即ち、会社が名称の使用を明示又は黙示的に認めた場合に限られ、当該行為者が勝手に使用したにすぎない場合は含まれない。

A 代表取締役の1人でも知っていればよい。（弥永、前田）

（理由）

会社が知っているというためには、会社の営業に関する包括的な執行権を有する代表取締役が知っていることが必要であると解するのが自然である。

B 取締役の過半数が知っていればよい。（北沢）

（理由）

過半数の取締役の賛成があれば取締役会において代表取締役を選任でき、又は代表取締役の名称の使用を禁止するなどの会社の意思決定ができる。

**C 取締役の1人でも知っていればよい。(龍田)**

(理由)

取締役は、代表取締役や取締役会に知らせるなどして、違法状態を是正する職責をもつ。そして、取締役には原則として取締役会招集権がある(366条1項)。

**(3) 外観への信頼(善意・無重過失)**

**ア** 「善意」とは、代表行為をした表見代表取締役につき代表権限のないことを知らないことをいい、無過失を要するかについては見解が分かれている。

**A 善意・無重過失を要求する説(最判昭52.10.14, 通説)**

(理由)

- ① 商取引の大量・迅速性に基づく取引の安全強化の要請に応えるためには、外観信頼者の主観的要件を緩和する必要がある。
- ② 他方、商取引といえども正当な第三者を保護すれば足りるから、相手方における重大な過失を悪意と同等に評価し重過失を悪意と同様に扱うのが妥当である。
- ③ 文言上も354条は無過失を要件としていない。

**B 善意・無過失を要求する説**

(理由)

354条は善意の第三者を保護するための、一種の禁反言の原則をとった民法109条と同じ立法趣旨によるものである。

**イ** 「第三者」とは、判例によれば、会社取引の直接の相手方に限定すると考えられる(表見支配人の事案に関する最判昭59.3.29(判時1135-125))。もともと、学説上は、表見代表取締役の直接の相手方に限定せず、例えば、表見代表取締役が会社名義で振り出しや裏書をなした手形の第三取得者も含むとすべきという説もある。

**4 354条適用の効果**

「その責任を負う」、即ち、表見代表取締役の行為があたかも代表権のある取締役の行為と同様に会社に対して効果を生じ、これにより会社が当該取締役の行為に基づき義務を負うと同時に権利をも取得する。

**5 354条と908条1項の関係**

908条1項は、登記事項を登記すればこれを善意の第三者にも対抗できる旨を定めているため、354条との関係が問題となる。

**A 例外規定説(多数説)**

908条1項は、登記した登記事項は善意の第三者に対抗できる旨を定めており、これは第三

者の悪意を擬制したものと解されている。しかし、その一方、354条は登記簿を調べずに取引をした第三者でも「善意の第三者」として保護され得ると解されており、両者は矛盾する。そこで、354条は、取引にあたっていちいち登記を調べることを要求することは商取引の円滑・迅速を害することになり妥当でないことから定められたものであり、908条1項の例外規定として優先的に適用されるとする。

## B 異次元説

908条1項は、登記された事項が事実である場合に限って、事実のもつ対抗力が実際には当該事実を知らない第三者にも及ぶこととする規定であるのに対し、354条は事実と異なる外観を信頼した第三者を保護する規定であるから、両者は規制の次元を異にし、矛盾牴触しないとする。

## C 正当事由説

354条の適用あるいは類推適用が認められる場合には、第三者に908条1項の「正当な事由」が認められるとする。

(批判)

908条1項の正当事由は天災地変など商業登記の閲覧を妨げる客観的事由に限られる。

## 6 本問における具体的検討

Hは乙社の平取締役であるから、「代表取締役以外の取締役」に当たるとは問題がない。また、Hは354条に列挙されている「副社長」という役職名で裏書を行っている。そして、乙社の代表取締役Gは、Hが副社長という役職名で業務に従事していることを認識していたと考えられるから、「付した」の意義につき、代表取締役の一人が知っていればよいとの説に立てば、乙社がHに副社長という名称を「付した」といえる。

さらに、丁社が「善意の第三者」に当たるかが問題となる。

まず、「第三者」の意義が問題となるが、判例（最判昭59.3.29）の立場によれば、「第三者」とは、表見代表取締役と取引に入った直接の相手方に限られ、転得者は含まないこととなる。本問において、本件手形の券面上、乙社から手形を譲り受けたのはHであるから、形式的にはHが表見代表取締役と取引に入った直接の相手方に当たる。しかし、Hが本件手形に裏書したのは保証の趣旨であり、乙社から手形の譲渡を受ける趣旨ではない。取引の実態に即してみれば、乙社から本件手形の譲渡を受けたのは丁社であって、Hの代表権の存在を信頼して取引に入ったのも丁社である。したがって、丁社は表見代表取締役と取引に入った直接の相手方として「第三者」に当たることとなる。

次に、「善意」の意義につき善意無重過失説を採れば、本問においてHはGとともに10年以上も乙社の経営を指揮してきた経験があるし、KにとってHが乙社の代表権を有しないと疑うきっかけとなる事情は存在しない。したがって、代表権の不存在に気付かなかつたとしてもKには重過失まではなく、「善意」といえよう。

よって、丁社は「善意の第三者」に当たることとなる。