

# 平成28年司法試験再現答案

## 民事系科目

### 第2問 商法

| 整理番号 | ランク |
|------|-----|
| 1    | 確認中 |
| 2    | A   |
| 3    | E   |
| 4    | C   |
| 5    | 確認中 |
| 6    | B   |
| 7    | 確認中 |

## 平成 28 年司法試験「商法」

### 設問 1

#### (1) について

1 取締役会は代表取締役を解職する権限を有する（362条2項3号）。では、本件のA解職の臨時取締役会決議は有効か。

2 取締役会は特段の定めがない限り各取締役が招集し（366条1項）、取締役会の1週間前までに招集通知を発しなければならない。本件では、代表取締役Bが招集している。もっとも、Bが発した招集通知は、取締役会の目的事項が記載されていなかった。そこで、招集通知の目的の不記載が問題となる。

取締役会は臨機応変に協議することが予定されているため、通知に議題を記載する必要はないのが原則である。しかし、予め議題とすることが確定しており、その議題が会社の運営にとって重要な事項である場合は、議題を意図的に省略することは、各取締役に検討の時間を与えられない点で許されない。したがって、招集手続の瑕疵として当該決議は無効となる。

本件では、Bは本件臨時取締役会にてAの解職を議案とすることを予め予定していた。代表取締役の解職は会社の事業運営にとって著しく重大な事項である。それにもかかわらず、BはAの海外出張を見計らい意図的に招集通知にA解職の議案を記載しなかった。したがって、本件臨時取締役会は招集手続に瑕疵がありA解職の決議は無効となる。

#### (2) について

1 取締役の報酬は、お手盛り防止のため株主総会によって定められるのが原則である（361条1項、309条1項）。もっとも、株主総会にて取締役の報酬の総額を定め、その分配を取締役に委ねることは許される。お手盛りの危険がないからである。本件でも、甲社の株主総会にて取締役の報酬の総額が定められ、取締役会決議によって報酬が定められている。しかし、Aは決議された報酬月額150万円を取締役会にて減額されている。そこで、この減額が認められるかが問題となる。

2 取締役の報酬が決定された場合、その報酬は会社と取締役との委任契約（民法643条）の内容となる。したがって、会社が一方的に報酬を減額することは原則として許されない。もっとも、減額について明示的、黙示的な同意があった場合や、病気で業務執行ができないなどやむを得ない事情がある場合には、例外的に報酬の減額が認められると解する。

本件では、取締役会で定められた役職ごとの報酬運用では、Aの報酬は月額50万円であった。しかし、従前、取締役会ではAの能力を評価して月額150万円の報酬を決定した。それにもかかわらず、一方的に報酬を減額することは委任契約上許されない。したがって、Aは甲社に対し従前通り月額150万円の報酬を請求することができる。

## 設問2

### (1) について

- 1 Aは事業の海外展開という経営判断の失敗を理由に株主総会で取締役を解任された(339条1項)。会社は「正当な理由」なく取締役を解任した場合、損害賠償責任を負う(339条2項)。経営判断の失敗を理由とするAの解任は「正当な理由」にあたるか
- 2 取締役は業務執行につき会社に対して善管注意義務を負い(330条、民法644条)、この義務違反は任務懈怠となる。もっとも、経営判断は常にリスクが伴い、事後的な責任追及は経営の委縮につながるから、安易に経営判断責任を認めるべきではない。そこで、行為時の状況に照らして、経営判断の前提となる事実の情報収集・調査・検討に不注意な誤りがないか、意思決定の過程・内容に通常の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経営判断の違法性を判断すべきである。そして、違法な判断をした取締役の解任は「正当な理由」があると解する。

本件では、Aは海外への事業展開につき必要十分な調査を行った。そして、事業リスクも適切に評価した上で取締役会にはかった。したがって、Aの経営判断には著しく不合理な点はなく、経営判断の失敗を理由としたAの解任は「正当な理由」があるとはいえない。したがって、甲社はAに対して損害賠償責任を負う。そして、Aは取締役を解任されたのであるから、その賠償額は甲社の運用に基づき月額50万円を基礎として計算される。

### (2) について

#### 1 ①について

甲社株主Bは、訴えをもって取締役Aの解任を請求することができる(854条1項)。

#### 2 ②について

854条の訴えの要件を充たすためには、①総会から30日以内であること、②総株主の議決権の100分の3以上の議決権を有すること(854条2項)、③職務の執行に関し不正の行為または重大な法令・定款違反があったこと、④株主総会で解任議案が否決されたことを要する。

本件では、Bは甲社の総議決権の20%以上の株式を保有している(②充足)。そして、Aは多額の資金流用の発覚を恐れ、総会を流会させることを意図して他の株主に総会の欠席を持ちかけている。この行為は総会の適切な開催をはかるべき取締役として不正な行為といえる(③充足)。もっとも、本件では株主総会が流会されており、株主総会でAの解任議案が否決されたわけではない。しかし、解任議案の否決が要件となった趣旨は、多数者の判断により不正な行為が見過ごされ、少数株主の権利が侵害される場合に、裁判所の適正な判断に委ねる点にある。そうだとすると、多数者の欠席により定時総会が意図的に流会となった場合も、少数株主の権利が侵害される点で同じである。したがって、本件でも④の要件は充足する。

したがって、①総会の流会から30日以内であれば、BはA解任の訴えを提起すること

ができる。

### 設問3

#### 1 ①Cの責任

Cは、甲社に対して任務懈怠による損害賠償責任（423条1項）を負うか。423条1項の責任が認められるためには、①任務懈怠、②故意過失、③損害の発生、④①と③の因果関係を要する。

大会社（2条6号イ）である取締役設置会社の取締役は、内部統制システムの構築義務がある（362条5項、4項6号）。甲社は資本金が20億円の大会社であり、取締役設置会社である。したがって、Cには内部統制システムの構築義務があり、この義務に反する場合に任務懈怠となる。そこで、どの程度の構築義務があるのかが問題となる。

内部統制システムの運用については、合理的な運用がなされている場合、任務懈怠は認められない。そして、合理的な運用とは、通常想定される不正行為を防止しうる管理体制が整備されていたか、通常想定される不正行為でないとしても従前同様の行為が行われ予見可能であったかという観点から判断すべきである。本件では、EFの行った代金水増しは建設業者としては通常想定される不正行為である。そこで、甲社は「内部統制システムの構築の基本指針」を決定し、法務コンプライアンス部門の設置、内部通報制度の設置、コンプライアンス研修の定期実施、同規模同種の会社と同等の下請け業者との癒着防止規則を制定している。したがって、本件では内部統制システム自体には問題はなかったといえる。しかし、後述のとおり、本件ではDが同システムを適切に運用しなかったために、EFが着服を行った。そこに、取締役として過失に基づく監視義務違反（362条2項2号）の任務懈怠が認められる（①②充足）。これが理由で、EFに5000万円を着服され甲社は損害を被った（③④充足）。したがって、Cは甲社に対して5000万円の賠償責任を負う。

#### 2 ②Dの責任について

Dは、EFの着服に内部通報を受けるも、従前同様の不正がなかったこと、会計監査人の指摘がなかったこと、Eを信頼していたことを理由にこれを放置した。しかし、Dは内部通報制度を適切に運用すべき義務があるのにこれを怠っており過失による任務懈怠が認められる（①②充足）。そして、これが理由で、EFに5000万円を着服され甲社は損害を被った（③④充足）。したがって、Dは甲社に対して5000万円の賠償責任を負う。

以上（全6頁）

平成 28 年 民事系第 2 問(会社法)  
再現答案

設問 1 (1)

1、臨時取締役会の決議(以下、「本件決議」とする)の瑕疵

(1)、甲社では、取締役会を招集する取締役について定款及び取締役会で定められていない。したがって、会社法(以下、法令名略)366 条 1 項但書き、同条同項本文により、取締役たる B は、臨時取締役会の招集権者である。

(2)、B の招集通知には、決議目的が記載されていなかった。

取締役会は、株主総会と異なり、会社状況及び経営をよく知る取締役が参加する。それ故、招集通知に目的が記載されていなくとも、取締役の判断が阻害されることはない。したがって、株主総会招集通知(298 条 1 項 2 号参照)と異なり、取締役会招集通知に目的が記載されていないことは瑕疵とならない。

したがって、B の招集通知に決議目的が記載されていないことは、本件決議の瑕疵とならない。

(3)、もっとも、B は、A に対して招集通知を送付していない。

368 条 1 項によると、招集通知は取締役全員に送付しなければならない。A は「取締役」であるが、B の招集通知を受け取っていない。また、A は海外出張中で B の招集通知が不要と「同意」(368 条 2 項)したとは言えない。

したがって、この招集通知に基づき行われた本件決議には、368 条 1 項に反する招集手続の瑕疵がある。

2、本件決議の効力

では、招集手続に瑕疵がある場合、本件決議の効力はどうなるか。

取締役会決議に瑕疵がある場合につき、会社法は規定を置かない。したがって、一般原則に基づき、取締役会決議は原則として無効となる。もっとも、その瑕疵が取締役会決議に影響を与えないといえる特段の事情がある場合は、当該決議は有効となる。

本件決議は、A を解職する(362 条 2 項 3 号)決議である。

369 条 2 項は、「特別な利害関係を有する取締役」について、議決参加を許さない。代表取締役を解職する決議において、代表取締役には、自己の権限や利益を守るべく、会社経営のため忠実な判断をすることが期待できない。したがって、代表取締役解職決議において、当該代表取締役は、「特別な利害関係を有する取締役」に該当する。

A は代表取締役であるから、A 解職決議において、「特別な利害関係を有する取締役」に該当する。そうすると、A は、本件決議に参加することは元々できなかった。それ故、本件決議において発言などをして他の取締役の判断に影響を与えることはできなかった。

したがって、本件決議の瑕疵は本件決議に影響を与えないという特段の事情がある。

よって、本件決議は有効である。

設問 1 (2)

1、甲社株主総会によって A は月額報酬の上限額が定められており、従前月額 150 万円の報酬請求権が認められていた。それでは、定時取締役会の決議により A の報酬が幾らとなるか。その額が、A の報酬

請求権の額である。

2、取締役の報酬は、361条1項に規定される。取締役と会社は委任関係にあり(330条)、報酬は、取締役と会社の委任契約の内容となっている(民法648条1項参照)。したがって、一度報酬請求権が確定すれば、原則として、契約変更となる報酬額の変更はできない。もっとも、委任関係は継続的なものであり、事情変更もありえ、それによる報酬額の変更も認められるべきである。したがって、報酬変更について正当な理由があれば、報酬額の変更は有効に認められる。

定時取締役会において、Aの報酬額は月額150万円から月額20万円に変更された。

(1)、まず、Aは代表取締役を解職されており、通常の実務取締役である。150万円から50万円まで減額することは、Aが取締役となったこと、Aが内紛の中心となっていたことが理由として挙げられる。Aが引き起こした内紛により、取締役の一人が辞任している。そうすると、Aにより甲社は円滑な経営が妨げられており、取締役辞任という実害が発生しているといえる。Aの報酬を50万円まで減額することは、Aに注意を促し会社運営を正常化させるという意味に基づくものである。これは、正当な理由といえる。

(2)、もっとも、50万円を超えて20万円まで減額させることは、従来の運用を無視したAに対する懲罰的意思に基づくものといえる。これは、会社運営とは関係ないものであるから、正当な理由と言えない。

(3)、以上より、Aの報酬を減額する決議は、50万円を下回らない限度で有効である。

よって、Aは、甲社に対し、月額50万円の報酬を請求することができる。

## 設問2(1)

### 1、損害賠償責任の根拠

甲社のAに対する損害賠償責任の根拠は、339条2項である。それ故、A解任につき「正当な理由」がなければ、甲社はAに対して損害賠償責任を負う。

### 2、「正当な理由」

339条2項の趣旨は、取締役に確実な報酬に相当する金銭獲得を保障することにより、取締役の地位を保障する点にある。したがって、「正当な理由」とは、取締役として不適格な理由を指す。

A解任の理由は、甲社海外事業の失敗である。

確かに、甲社の海外事業は、3年余りで撤退することとなっており、失敗したといえる。しかし、海外進出に当たり、Aは必要かつ十分な調査を行っている。また、リスク評価も適切であり、取締役会による判断も仰ぎ独断といえる状況にない。そうすると、甲社の海外進出について、Aは取締役としてなすべき経営判断をしている。そうすると、海外事業の失敗はAの経営判断の誤りが原因であるとは言えない。Aにこの失敗につき不適格性はない。

したがって、A解任には「正当な理由」がない。

### 3、損害額

339条2項の上記趣旨に鑑みれば、損害額は、取締役が任期までいた場合に得られたであろう報酬額となる。

Aは、解任時、任期を8年残していた。そして、Aの報酬は月額50万円であった。それ故、得られたであろう報酬額は、8年×12ヶ月×50万円＝4800万円である。

以上より、甲社のAに対する損害賠償責任は、4800万円である。

## 設問2(2)

### 1、手続の説明

取締役たる A を訴えによる解任請求する際の手続は、854 条 1 項に基づく役員解任の訴えである。

「株主」たる B は、A 及び甲社を被告とする(855 条)。また、B は、甲社本店の所在地を管轄する地方裁判所に、この訴えを提起する(856 条)。

## 2、問題点

(1)、まず、A は A 解任決議をするはずであった定時株主総会を流会としている。したがって、A 解任決議は存在しない。そうすると、「否決されたとき」(854 条 1 項)という要件を満たすかが問題となる。

解任の訴えの趣旨は、取締役が本来解任されるべきであるのに株主総会にある力をかけその職にとどまり、会社に不利益を与えることを防止する点にある。そうすると、取締役が株主に干渉し流会させたときも、「否決されたとき」に該当するというべきである。

定時株主総会が流会となった理由は、旧知の株主に欠席するよう A が要求した点にある。これは、A の株主に対する干渉である。

したがって、流会をもって、「否決されたとき」に該当する。

(2)、そして、解任決議がないのだから、「三十日以内」の起算点も問題となる。

上記趣旨からすると、「三十日以内」とは、本来決議がなされるはずであった日から三十日以内を指すと解する。

したがって、B は本来 A 解任決議があったはずの日から三十日以内に解任の訴えを提起すべきである。

## 設問 3

### 1、①C の責任

C の甲社に対する損害賠償責任は、423 条 1 項に基づく。

423 条 1 項の責任が認められるための要件は、①「取締役」②任務懈怠(「任務を怠った」)③損害④任務懈怠と損害の因果関係である。

(1)、C は代表「取締役」社長である。

(2)、任務懈怠とは、取締役としてなすべきことをなさないことをいう。

大会社において、内部統制システムは、定められなければならないものである(362 条 4 項 6 号、同条 5 項)。内部統制システムが正常なものであれば、大会社の取締役は、そのシステムを信頼することが許される。したがって、当該システムが合理的であり、機能していた場合、特段の事情のない限り、信頼の原則に基づき、取締役は取締役としてなすべきことをなさなかったとは言えない。任務懈怠は認められない。

甲社は資本金が 20 億円であるから、大会社である(2 条 6 号イ)。甲社では、法務・コンプライアンス部門(以下、「本件部門」という)を設けている。本件部門は、内部通報システムを設け、研修を実施するという態勢と整えている。これは不正を防ぐための対策として通常考えられるものであるから、本件部門は合理的である。また、本件部門は E と F の水増しを察知し本件通報を生じさせたのであるから、本件部門は機能している。

そして、EF の不正は偽装工作により C が別手段で知ることはできなかった。また、C は不正を知った後本件部門に調査を指示し適切な処置をしている。それ故、C に本件不正を防止できた特段の事情はない。

したがって、C は取締役としてなすべきことをしている。C に任務懈怠はない。

以上より C は甲社に対する損害賠償責任を負わない。

## 2、②D の責任

D の責任も、423 条 1 項に基づく。

(1)、D は、「取締役」副社長である。

(2)、D は、本件部門の担当者である。D は、本件部門の目的実現のため、不正に対策を講ずる義務を負っていた。

D は、EF の本件下請け工事における水増し不正について本件通報を受けたとき、社長たる C に不正内容を確認した上で通報し本件部門の機能を達すべき義務を負っていた。そうであるにもかかわらず、D は E を信頼していたという根拠のない理由により本件通報の信ぴょう性を否定した。D は軽率にも調査を怠り、C に報告することもなかった。これは、D がなすべきことをしていないということを意味する。

したがって、D には任務懈怠がある。

(3)、甲社は、EF の不正により、本来払う必要のなかった水増し分 5000 万円を支払った。したがって、甲社には 5000 万円の損害がある。

(4)、D が上記義務を果たしていれば、甲社は、EF が 5000 万円を着服する前に取り戻し手段を講じることができた。したがって、D の任務懈怠と甲社の損害委は因果関係がある。

以上より、D は、甲社に対し、5000 万円の損害賠償責任を負う。

以上

## 第1設問1

## (小問1)

(1) 本件において、Aを代表取締役から解職する旨の臨時取締役会の決議の効力は有効か。

(2) まず、本件における臨時取締役会は、甲社の代表取締役専務であるBにより招集され、招集通知が送られている。甲社では、取締役会を招集する取締役については定款及び取締役会のいずれでも定められていないため、会社法(以下、法典名省略)366条1項本文より、<sup>取締役</sup>Bには、招集権がある。

また、招集通知には、取締役会の目的である事項については記載されているが、~~取締役会に於ては~~株主総会における298条1項2号、298条1項の5)の規定が取締役会については定められていないので、瑕疵ではない。

(3) もって、取締役会を招集する者は、各取締役に招集通知を送らなければならないと3(368条1項)。Bは~~AE~~代表取締役社長であるAに招集通知を送らず、Aが臨時取締役会に出席しないまま、決議が行われた。

このように、招集通知を欠く取締役会の決議の効力はどのように解すべきか。

まず、取締役会決議について瑕疵がある場合に、一般原則に従えば、効力は無効となる。

もともと、取締役会における~~重要な~~決議の効力安定は、迅速な会社経営が要求される会社にとっては重要である。そこで、招集通知が送られなかった取締役が取締役会に参加しても、なお決議内容が変わらなかつたに認められる特例の事情が存在する場合には、例外的に決議の効力は有効と解する。

本件において、Aは甲社の代表取締役である以上、他の取締役に与える影響は大きいといえる。そのため、BがBを含めて、Aの解職に賛成する取締役を3名

確保するに足りていないとしても、Aが参加すれば、Bを除く2名の取締役について、反対の票を投じる可能性もあつたと考えられる。そして、Aを代表取締役から解職する旨の決議は賛成3名、反対2名というわずかな差で決定されている以上、取締役の1人でも意見を述べれば、決議内容は変更されている。

よって、本件においては特段の事情は認められず、原則に従い、臨時取締役会の決議の効力は無効となる。

## 2小問(2)

(1) Aは、従前代表取締役の地位にあり、従前は月額150万円の報酬を受け取っていたが、定例取締役会の決議の後月額20万円に減額された。Aは、甲社に対し、月額残りの報酬を請求できるか。

(2) まず、361条は、取締役の報酬について株主総会決議によるべきことを定めている。もっとも、361条の趣旨は、取締役が自由に自分達の報酬を決め、お手盛りを防止するにあり、そのため、株主総会の決議により定められた報酬等の総額、最高限額等の範囲内で、取締役会の決議により役職ごとに一定額が定められるよう運用であれば、お手盛り防止のおそれはなく、361条に反していない。

(3) そして、取締役会の決議により定められた報酬額は、会社と取締役の委任契約(330条、民法643条)の内容となる。そのため、取締役会決議によるとしても、原則報酬額を変更することはできない。

もっとも、役職の変更があつたにもかかわらず、報酬を変更できないとすれば、会社財産に不当な影響を与え、不衡平となる。

そこで、報酬金の變更が必要な特段の事情がある場合には、事後的に報酬金を変更するにても可能であると所する。

(4) 本件において、Aは代表取締役から解職されている以上、代表取締役

として、月額150万円の報酬を受け取ることは相当でない。

そのため、本件においては報酬の変更が許容される特段の事情があるといえる。

もともと、報酬額については、甲社では役職ごとの一定額が定められていた以上、Aも取締役としての報酬額である月額50万円を受け取ることは可能といえる。

(5) よて、Aは、甲社に対し、月額50万円の報酬を請求できる。

## 第2設問2

1. 小問(1).

(1) Aは、海外事業の失敗を理由として、取締役から解任されたが、当該解任には正当な理由がなかったとして、339条2項に基づき甲社に対し損害賠償請求をなし得るか。

(2) 本件において、Aは<sup>当</sup>経営判断を理由として解任されたという以上、経営判断原則が当てはまるといえる。

経営判断原則とは、事後的に常に取締役の経営判断について責任追及が行われれば、取締役の団体が柔軟な判断を阻害するこの理由から、<sup>①</sup>事前となる調査の段階で不合理な点がなく、<sup>②</sup>当該調査に基づく経営判断に著しく不合理な点がない限り、事後的な責任追及は行えないというものである。

(3) 本件において、Aは事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行った<sup>①</sup>充足。そして、その調査に基づき、事業の海外展開を行うリスク晒面に評価して、取締役会において可決した。そのため、経営判断に著しく不合理な点があったとは言えない<sup>②</sup>充足。

よて、Aについて解事後的に責任追及を行うことは許されず、Aの解任

第一問

1979-10

2000年12月20日 星期六 晴

854 卷 (唯名号)

易又曰：法象莫大乎蓍

或当该变量  $\Sigma$

正(25) 効力発生

五、發明名稱

$z=3$ , Bは電社

7. 起。

用いていたことだ。

② 充足。

~~定評~~ 定評 株主

穿加香法二例

わんこ。

全社程曾，公正

51100 84

1.7. 05/4

提起的江氏

## 第3設問3

1 (1) 甲社に對する株式会社法上の損害賠償請求責任について

2  
3 (1) (1) 甲社の代表取締役である乙は、甲社の営業部長を招けるEが、下請  
4 業者である乙社の代表取締役Fとの間で本件下請工事の代金を水増し  
5 した上で、甲社に損害を発生させたが、乙は当該不正を察見できなかった  
6 として、甲社に對し、423条1項に基いて損害賠償責任を問うか。

7 (2) まず、乙は「役員を怠った」といえるか。

8  
9 了。株式会社の代表取締役は、取締役会、職務のしつは、取締役の職務の  
10 執行の監督(362条1項2号)であるところ、この構成員たる取締役も他の取締  
11 役の職務を監視する義務を負う。

12 また、他の取締役だけでなく、自己の部下などの職務の執行について監督  
13 する監督義務を、取締役は負っている。

14 3. 監督義務の違反の有無については、①<sup>不適切</sup>違法行為等について予見可能  
15 性があったか②義務履行の可能性、~~容易性~~が認められるかという点にお  
16 いて判断する。

17 (1) 本件において EとFが行った本件下請工事の不正行為は、甲社の社内  
18 規則Eをすり抜けるために形式上、工事を3つに分割して、~~契約書~~訂  
19 見積書を3通作るなど、巧妙な手配が取られていた。これにより、  
20 Eは甲社の関係部署を欺き、さらに会計監査人に不正を談話し  
21 ながらも知らずに指図を流していた。このような偽装工作により、会計の  
22 専門<sup>料</sup>家である会計監査人をも欺いていた以上、代表取締役乙が不正  
23 を予見することはできなかったといえる。

よって、予見可能性がなく(①不充足)、監督義務が不履行とは認めない。

(3) よて、(1)は任務を怠ったとは言えず、423条1項に基き損害賠償責任を負わない。

2. 日の甲社に對する会社法上の損害賠償責任について。

(1) 本件において、日はコンプライアンス部門を担当する取締役副社長であつた。それにもかかわらず、本件通報を受けた後、~~日~~ 該部コンプライアンス部門に對し調査を指示せず、(1)を含む他の取締役及び監査役にも知らせておらず、当該日の経営判断により、~~本件~~ Eと間で不正が行われ、損害が発生したところ、日は甲社に對し、423条1項に基き、損害賠償責任を負うが、

(2) ~~まず、日の経営判断について、このことで述べた経営判断原則が当てはまる~~  
~~ところ、日は任務を怠ったといふことが~~

この点、日は本件通報を受けたにもかかわらず、調査の不合理性を問題とし、まず、内部統制システム構築上、履行に關しては経営判断原則が当てはまる。よて、~~要するに述べた~~ ①、又は②が不充足である場合、取締役は善管注意義務違反となり、任務を怠ったとなる。

イ 本件において、日は本件通報を受けたにもかかわらず、~~自己がEに信頼を置いていたことから、本件通報には信憑性がないと考へた。このよう~~ 判断は著しく不合理である、(2)不充足。

よて、日には善管注意義務違反の点がある。

(3) よて、日の任務を怠ったより損害500万円は発生した。

よて、日は損害賠償責任を負う。

以上。

民事系科目第2問

第1. 設問1

1. 小問(1) 臨時取締役会(本件取締役会決議)の決議の効力

(1) 本件取締役会決議の瑕疵

取締役会招集通知は「各」取締役に送らなければならない(368条1項)ところ、本件取締役会はAに対して招集通知が発せられていない点で同条に違反する瑕疵があるといえる。

(2) 本件取締役会決議の効力

ア 取締役会決議の手續に瑕疵がある場合の当該決議の効力について明文の規定はないが、一般原則に従って無効である。もっとも、判例によれば、名目的取締役に対する招集通知の欠缺など、瑕疵が決議に影響しなかったといえる特段の事情がある場合には、例外的に有効となる。

イ 本件取締役会決議の内容が代表取締役Aの解職決議であったということが上記特段の事情に当たるか。

判例によれば、代表取締役の解職決議においては、当該代表取締役は「特別の利害関係」(369条2項)を有するため、決議に参加できないとされている。なぜならば、代表取締役は強大な権限を有するため、私心を去って議決権を行使することが困難であるからである。本件においても、Aは代表取締役であるため、本件取締役会決議について議決権を行使することができなかったといえる。そうすると、Aに対する通知の有無は決議の結果に影響しないため、前記特段の事情があるといえる。

ウ よって、本件取締役会決議は有効である。

2. 小問(2)

(1) Aは甲社に対して、有償委任契約(330条)に基づいて報酬請求する。取締役の報酬請求権はお手盛り防止のため株主総会決議(361条1項)またはその委任を受けた取締役会決議が有効要件となる。ここで、AはAの報酬の額を一方的に月額150万円から20万円に減額する決議は契約の拘束力に反して無効であるため、従前の株主総会決議及び取締役会決議に従い、報酬請求権は150万円であると主張する。

(2) 取締役の報酬を一方的に減額する決議が有効か。取締役の報酬は委任契約の内容であるから、契約の拘束力がある。原則として、相手方の合意なくして一方的に変更できるものではない。例外的に、役職の変動に応じて報酬額も変動するという慣行があり、それを前提として取締役に就任し、報酬の変動額が当該取締役の合理的期待の範囲内といえる場合には、黙示の同意が認められ、報酬の一方的減額も認められる。

(3) 本件では、後者においては取締役の報酬額は役職ごとに一定額が定められ、これに従った運用がなされており、Aもこれを前提として取締役になったといえる。もっとも、この運用に従えばAの報酬の額は月額50万円になるところ、20万円に減額することはAの黙示の合意の範囲を超えるため、30万円部分については無効である。

よって、Aは50万円の限度で報酬を請求できる。

## 第2. 設問2

### 1. 小問(1)

(1) Aの甲社に対する請求は339条2項に基づく損害賠償であると考えられる。

(2) 「正当な理由」

Aは海外事業の失敗を理由として解任されているため、このような経営判断の失敗が「正当な理由」に当たるかが問題となる。

経営判断の失敗を理由に、賠償を受けることなく解任させられるとすると、取締役の経営判断に対して萎縮的な効果が生じる。経営判断の場合の取締役の任務懈怠責任が制限される場合があることとの均衡上、「正当な理由」には経営判断は当たらない。

本件において、「正当な理由」はない。

(3) 「損害」

退任までに得られた報酬相当額をいう。本件では、400万円(50万円×8か月)である。

### 2. 小問(2)

(1) ①取締役解任の訴えの手續

Aは総株主の議決権(854条1項1号)または発行済み株式(同2号)の3%にあたる25%を有する(同条2項)株主であるため、地方裁判所に対し(856条)、株式会社又は当該役員を被告として(855条)、株主総会決議の日から30日以内に、取締役の解任を請求できる(854条1項)。

(2) ②会社法上の問題点

854条1項柱書は、解任する無縁の議案が株主総会において「否決」されたことを要件としており、流会の場合がこれに当たるかが問題になる。本件ではAが取締役の解任に関する議案が可決されることを恐れ、株主数名に働きかけて流会になるように仕向けているため、実質的に、会社提案であるAの解任議案が「否決」されたものと同視できる。よって、取締役解任の訴えを提起できる。

## 第3. 設問3

### 1. ①Cの損害賠償責任

(1) Cが任務懈怠責任(423条1項)を負うかが問題になる。

(2) 「任務を怠った」(任務懈怠)といえるか。

取締役の任務懈怠とは善管注意義務違反(330条、民法644条)、忠実義務違反(会社法355条)を言い、すなわち、取締役が通常なすべき義務に違反したことをいう。取締役は他の取締役・従業員に対して監視、監督義務を負うのが通常であるが、直接の監視監督が困難な規模の大会社(2条6号)においては、内部統制システムの整備に求められる(362条4項6号、5項)。もっとも、内部統制システムの具体的内容、程度については、リスクとコストを考慮した取締役の経営判断に属する事項であるため、取締役は、通常生ずべ

き不正を防止できる程度の内部統制システムを整備していれば、任務懈怠責任を負わないと考える。

本件において、甲社の取締役会は基本方針を決定し、内部通報制度、研修を充実させ、同種同規模の会社における同等の社内規則を制定、運用しているなど、一定程度の内部統制システムが構築されていた。他方で、甲社従業員のEがFと通謀して不正行為を行っている。この不正行為はEらの不正行為は見積書を分割して作成し、内部関係者を別工事のものであるかのように欺き、さらには会計監査人についても偽装工作を行って発見を困難にするなど巧妙なものであり、上記の内部統制システムでは発見が不可能であった。甲社では以前にこのような不正があったことはなかったのであるから、このような特別な不正に対応するための内部統制システムを構築する義務までは追わない。よって、上記のような内部統制システムの構築をもって、取締役としてなすべきことをなしたといえ、任務懈怠はない。

(3) よって、Cは賠償責任を負わない。

## 2. ②Dの損害賠償責任

(1) Cと同様に任務懈怠責任が問題となる。

(2) 任務を怠ったといえるか。

ア DもCと同様に取締役会の一員として内部統制システム構築義務を負うが、内部統制システム構築義務は取締役会として達成すべき義務であり、Dがコンプライアンス部門担当であったとしても、高度な義務を負っていたといえない。よって、Cと同様、Dにもこの点で任務懈怠はない。

イ 他方で、Dは従業員を監視する義務を負っているところ、内部通報担当者から本件通報があり、Eが不正行為を行っている可能性を認識し、これを調査すべき義務を負っていたにもかかわらず、安易に本件通報が誤報であると考え、調査を行っていないことから、前記の監視義務に違反するといえる。

ウ よって、任務懈怠が認められる。

(3) 甲社には合計2億円の損害が発生しており、因果関係、帰責性(428条参照)も認められる。

(4) よって、Dは甲社に対して2億円の損害賠償責任を負う。

以上

## 平成 28 年度司法試験民事系第 2 問（会社法）

## 第 1. 設問 1

## 1. 小問（1）

（1）本件臨時取締役会決議は有効か。

まず、甲社は取締役会設置会社であるから、代表取締役の解職は取締役会の権限に含まれる（会社法 362 条 2 項 3 号、以下法典名省略）。そして、甲社の定款及び取締役会のいずれでも取締役会の招集権限については定められていなかったことから、甲社の取締役会の招集権限は各取締役が有する（366 条 1 項）。本件の B も代表取締役専務という取締役の地位にあることから、甲社の取締役会の招集権限を有する。

もっとも、本件取締役会の招集通知は代表取締役社長である A になされておらず、また、取締役会の目的事項について記載されていない事項について議決されている。この点、取締役会決議に瑕疵があった場合について、法は規定していないことから、法の一般原則により無効となると解される場所、これらが取締役会の決議の瑕疵にあたり、本件取締役会決議は無効となるのではないか問題となる。

（2）招集通知を欠いたことについて

ア．法 368 条 1 項は、各取締役に対して招集通知を発することを義務付けているが、この趣旨は、取締役に議決権行使の機会と出席の機会を与えることにある。そして、各取締役は株主からの信任を得て業務を遂行する立場にある以上、1 人でも招集通知を欠いた場合は、取締役会決議は無効となるのが原則である。

他方、369 条 2 項は特別利害関係を有する取締役の議決権行使を認めていないが、この趣旨は、会社と利益が相反する取締役に公正な議決権行使を期待することができない点にある。本件の取締役会の議案は代表取締役 A の解職であるところ、代表取締役は会社組織の中で最も重要なポストであり、強力な権限を有することから、A に公正な議決権行使を期待できない。そのため、A は取締役会で議決権を行使できないのみならず、決議に出席することもできない。そのため、招集通知を欠いたとしても、例外的に無効事由とはならないとも思える。

しかし、A は取締役会への出席及び議決権行使が認められないとしても、1 週間の間に、代表取締役の地位を解職されないよう他の取締役に働きかけることができ、この機会を不当に奪うことは許されない。

よって、原則通り、A への招集通知を欠いたことは無効事由となる。

イ．また、本件議案は賛成 3 名、反対 2 の僅差で賛成多数で可決していることから、招集通知がなくても決議に影響を及ぼさなかったはいえないため、裁量棄却（831 条 1 項 3 号参照）も認められない。

ウ．以上より、本件取締役会決議は無効である。

## 2. 非上程事項を決議した点について

そもそも取締役は、会社の利益のため常に業務執行にかかわるべき立場にある（330 条、民法 643 条 1 項）。そのため、取締役会の決議事項は上程事項に限られない。

本件では、非上程事項である A の解職議案について決議されているが、上程事項でない事項も甲社取締役会は決議できる。

したがって、無効事由とはならない。

## 2. 小問（2）

（1）まず、A が甲社に報酬を請求する前提として、A に具体的な報酬請求

権が発生しているか問題となる。

ア．取締役に必要な報酬請求権が発生するためには、定款若しくは、株主総会の決議が必要である（361条1項）。本件では、甲社株主総会では報酬等の総額が決定され、取締役の個別の報酬は取締役会の決議による運用がなされている。このような報酬の決定方法が361条1項に反しないか。  
イ．そもそも、361条1項の趣旨は、取締役会のみで報酬等を決定すれば、取締役が会社ひいては株主の利益を犠牲にして自己の報酬を増額させるおそれがあるという、お手盛りを防止する点にあるが、総額を株主総会で決議すれば、会社財産の流出はなく、株主の利益を害することはない。

そのため、甲社の報酬の決定方法は、361条1項に反しない。

ウ．そして、Aは甲社の取締役で個別の報酬が決定されていたことから、具体的な報酬請求権が発生している。

（2）次に、甲社の取締役会ではAの報酬額を月額150万円から月額20万円に減額する旨の議案が可決されている。そこで、当該取締役会決議の効力が問題となる。

そもそも、取締役は会社との間で委任契約を締結しており、会社と取締役は当該契約に拘束され、会社が一方的に報酬を減額することは許されない。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があった場合も異ならない。

本件では、Aは代表取締役を解任され、職務に変更が生じているが、Aの同意なく、取締役会において一方的に減額が決定されている。

そのため、本件取締役会決議は無効である。

（3）もっとも、各取締役の報酬が個人ではなく、役職ごとに決められる運用がなされており、それを当該取締役が認識していた場合には、黙示の同意が推定され、当該運用にしたがった報酬が支払われることになる。

本件で、甲社の運用に従えば役職後に一定額の報酬が定められ、これに従った運用がなされており、Aは代表取締役であったことからそのことを十分に認識していたといえる。そのため、Aの黙示の同意が推定される。

そして、この運用に従えば、Aの報酬は月額50万円であることから、Aは月額50万円を甲社に対して請求できる。

## 第2. 設問2

### 1. 小問（1）

（1）Aは甲社株主総会において取締役から解任されている（339条1項、341条）が、「正当な理由」がなければ、甲社に対して損害賠償を請求できる（339条2項）。そこで、本件解任に「正当な理由」が認められるか問題となる。

（2）そもそも、339条1項、341条の趣旨は、役員等は会社の業務執行において重要な役割を担うため、会社の実質的所有者である株主に誰を役員等とするかの最終的決定権を与える点にある。そのため、「正当な理由」とは、役員等が法令違反等の任務懈怠（423条1項）をした場合に限られず、健康上の理由や経営能力が欠けていると判断された場合等広く含むと解すべきである。

本件でAは、事業拡大のための海外展開を行う際、十分な調査等を行っていることから、経営判断原則違反は認められず、任務懈怠はない。しかし、当該海外展開は結果として3年ほどで失敗に終わり、撤退していることから、株主がAに経営能力が欠けると判断したことに無理はない。

よって、Aを解任する「正当な理由」が認められる。

したがって、Aの損害賠償請求は認められない。

### 2. 小問（2）

(1) ①について

Bは、非公開会社である甲社の株主として会社法 854 条 1 項、2 項に基づき A の解任の訴えを提起することが考えられる。その際、B は、① A が職務の執行に関し不正の行為を行ったこと、②解任議案が株主総会で否決されたこと又は解任決議が効力を生じないこと、③当該株主総会の日から 30 日以内に訴えを提起すること、④ B が甲社株式の 20%を保有していることを主張しなければならない。

(2) ②について

本件株主総会は、定足数を満たさず流会となっているが、854 条 1 項は、株主総会が開催されたことを前提とした規定である。そのため、B は解任の訴えは認められないのではないかと問題となる。

そもそも、同条の趣旨は、なれ合い等により株主総会の解任決議が否決等された場合に、会社の所有者である株主に解任の訴えを認めることある。そして、特に非公開会社の場合、株主が役員等を兼ねることが多く、株式の流通性も低いため、定足数を満たさず総会自体が開催されない事態が容易に生じうる。そのため、非公開会社に限っては、総会自体が開催されなかった場合であっても、解任の訴えを認める必要性が高く、これを認めることが同条の趣旨にも合致する。よって、非公開会社の株主は、総会自体が開催されなかった場合であっても、854 条 1 項を類推適用して、解任の訴えを提起できると解する。

本件で、甲社は非公開会社であり、株主総会が流会になっている。そのため、854 条 1 項類推適用により、B は解任の訴えを提起できる。

### 第 3. 設問 3

1. C 及び D に甲社に対する任務懈怠責任（423 条 1 項）が認められるか。任務懈怠責任が認められるためには、①役員等であること、②任務懈怠、③損害、④②と③との因果関係、⑤帰責事由（428 条 1 項参照）が認められることが必要である。

本件で、C は代表取締役社長、D は取締役副社長である（①充足）。そこで、以下、C、D それぞれについて検討する。

2. C について

(1) まず、甲社は資本金の額が 20 億円であるから、大会社である（2 条 6 号イ）。そのため、甲社取締役会は内部統制システムを構築するか否かを決定する義務を負い（362 条 5 項、4 項 6 号）、構築することを決定した場合、内部統制システムを構築する義務を負う。

本件で甲社取締役会は、内部統制システム構築の基本方針を決定しているため、構築義務を負う。

(2) そして、いかなる構築義務を負うかは、経営判断原則が適用される。なぜなら、業務執行はリスクを伴うのが通常であり、取締役等の業務に委縮効果を生じさせれば、会社ひいては株主の利益を害する結果となるからである。そのため、(i) 内部統制システムを構築する意思決定過程で十分な情報の収集等を行い合理性があり、(ii) 決定された内部統制システムの内容に合理性が認められる場合には、任務懈怠は認められない。そして、(ii) については、同種同規模の経営者の判断を基準に判断する。

本件で、甲社取締役会は、(i) 法務・コンプライアンス部門を設け、内部通報制度を設けたり研修を行う等法令順守に向けた取組みを実施しており、(ii) 下請業者との癒着防止のため、同規模活動業種の上場会社と同等の社内規則を制定している。

よって、適切な内部統制システムを構築しており、この点で任務懈怠は

ない。

(3) 次に、内部統制システムの運用義務違反が、運用面では信頼の原則が適用される。なぜなら、内部統制システムを構築するような大規模な会社では各取締役が、運用の適否を逐一チェックすることは現実的に不可能であるからである。

甲社の各取締役は、その担当部門に応じた運用義務を負う。Cは代表取締役であるから、各取締役がその部門に応じた運用義務を果たしているか監視する義務を負う。

本件では、以下で述べるようにDが任務懈怠をしているが、Cはそれを知ることができず、何らDが任務懈怠しているような兆候もみられなかったことから、CがDを信頼したことに過失はない。

そのため、信頼の原則が適用され、Cに運用面での任務懈怠責任はない。

(4) では、Eが不正行為を行った点につき、Cに監視義務違反を内容とする善管注意義務違反が認められないか。

Cは代表取締役として従業員が会社に損害を与える行為をしないよう関すべき注意義務を負う。

本件で、Cは内部通報制度の担当者からEの不正行為の情報を得て、即座に法務・コンプライアンス部門に対して調査を指示している。そして、巧妙な手段でEが不正行為をしていることから、CがEの不正に気付かなかったことに過失はない。

よって、監視義務違反は認められず、任務懈怠はない。

(5) 以上より、Cに任務懈怠は認められず、②の要件を充足しないため、Cは甲社に対して責任を負わない。

### 3. Dの甲社に対する責任

(1) Dは、法務・コンプライアンス部門を担当する取締役であるから、当該部門に適した内部統制システムの運用義務を負う。

本件で、Dは、内部通報制度の担当者からEの不正行為の通報を受けたにもかかわらず、本件通報には信ぴょう性がないと勝手に思い込み、調査を指示せず、取締役等に報告もせず、漫然と放置している。

かかる行為は、当該部門の取締役として課される運用義務に明らかに反する行為であるから、運用義務違反が認められる。

したがって、任務懈怠責任が認められる(②充足)。

(2) そして、甲社は本来1億5000万円の取引を2億円で取引していることから、5000万円の損害が生じている(③充足)。また、Dが適切に調査を指示し、Eの不正行為を発見していれば、本件不正取引は行われなかったのであるから、Dの任務懈怠と甲社の損害との間には因果関係が認められる(④充足)。さらに、上記任務懈怠について、Dは合理的な理由なく勝手にEが不正行為を行っていないと判断しているのであるから、過失も認められる(⑤充足)。

以上より、Eに任務懈怠責任が認められるため、甲社に対して5000万円の損害賠償責任を負う。

以上

再現率：80%

実際の答案の行数、文字数で再現答案を作成した。

感想

①設問2(2)以外は論点は分かり易かった。

②何を書くかではなく、どう書くかがポイントだったと思う。

- ③設問 2 (2) は何を書けばよいか良くわからず、答案構成は白紙の状態を書いた。
- ④実際の答案は 7 ページ丁度で終わっているのに、1 ページ分余計に書いている。ただ、どれを省略したかは覚えていない。
- ⑤任務懈怠の損害は、3000 万円とすべきだったと思う。日時を正確に読まなかったことが失敗の原因である。

## 民事系 第2問

## 第1 設問1 (1)

1. 本件臨時取締役会では、①Aに取締役会招集通知（会社法（以下略）368条1項）が発せられていないこと、②招集通知に取締役会の目的事項が記載されていなかったことが瑕疵として考えられる。そこで、以下これらの瑕疵が本件臨時取締役会の無効事由となるか検討する。

2. 取締役会については、株主総会と異なり、取消の訴えや無効・不存在確認の訴えが法定されていない。そこで、法の一般原則に従い、重大な法令・定款違反が無効事由となると解する。

(1) まず、①について、取締役に招集通知を発することとしている368条1項は、取締役が会社の経営等の意思決定に参画し、自己の責務を果たすための機会を保障することにある。そのため、取締役に招集通知が発せられず、取締役が取締役会の開催を知るすべもなかった場合には、そのような機会が奪われることになるため、重大な違法であるといえる。

本件では、Aには招集通知が発せられておらず、またAは海外出張に出発してから招集されたものであるから、Aは取締役会の開催を知るすべもなかったといえる。したがって、①の瑕疵は重大である。

もっとも、経営の迅速・効率化を確保するため、重大な瑕疵があったとしてもその瑕疵が結果に影響をもたらさないものであれば例外的に裁量棄却される余地がある。

本件では、本件臨時取締役会においてはAの解任が議案となっており、Aは利害関係人（369条2項）として議決に加わることができなかつたのであるから、決議の結果には影響をおよぼさなかつたといえる。したがって、本件瑕疵は裁量棄却され、決議は無効とならない。

(2) 次に②について、株主総会決議とは異なり、法律上決議の目的事項を招集通知に記載すべきとする規定はない。これは、取締役は、経営上の判断に精通し、臨機応変に対応することが求められているからである。したがって、招集通知に目的事項を記載しなかつたことは、重大な法令、定款違反には当たらず、無効事由とはならない。

よって、本件臨時取締役会は有効である。

## 第2 設問1 (2)

1. Aは甲社に対して委任契約に基づく報酬請求をなすことが考えられる。取締役の報酬額は、原則として株主総会決議で具体的に決定されて初めて発生する（361条1項）ところ、本件では、株主総会決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で、取締役会決議によって役職ごとに一定額が定められ、これに従った運用がなされている。そこで、まずAが報酬請求権を有しているかが問題となる。

2. 取締役の報酬につき株主総会決議を要求した趣旨は、会社の財産的流出につき、株主によるコントロールを認め、取締役のお手盛りを防止することにある。そのため、報酬額の最高限度額が株主によって承認されていれば、その額の限度での会社財産の流出につき株主は承認しているといえ、取締役のお手盛りは防止することができる。したがって、このような決定方法も適法である。そして、この場合、取締役会で具体的な額が決定されて初めて具体的な報酬請求

権が発生する。

3. 本件では、A の代表取締役としての報酬として、月額 150 万円が決定されており、A はこの額での報酬請求権を有している。

4. そして、報酬請求権が具体的に決定されると、その内容は取締役と会社との間の契約内容となり、両者はそれに拘束される。そのため、職務の変更があつたとしても、取締役の同意がない限りその減額は認められない。

5. 本件では、A は内規に従うとの合意に基づき、職務が変更された場合にはその内規にしたがった報酬額とすることにつき黙示的に合意していたと考えられる。したがって、A の報酬額は、内規にしたがった月額 50 万円となる。

6. よって、A は月額 50 万円の報酬請求をなすことができる。

### 第 3 設問 2 (1)

1. A は甲社に対し、解任に「正当な理由」がないとして、甲社に対する損害賠償請求（339 条 2 項）をなすことが考えられる。そこで、海外事業の失敗という経営判断の結果についても「正当な理由」に含まれるかが問題となる。

2. 取締役は、リスクをとってでも会社の利益となるよう経営判断を行うことが求められているが、「正当な理由」に経営判断を誤ったことが含まれ、解任につき損害賠償請求がなされないとすれば、取締役の経営判断に対して萎縮効果をもたらすことになる。したがって、適切な情報収集に基づき、適切な内容で行った経営判断の誤りについては、「正当な理由」に含まれず、身体的・精神的理由から職務の遂行が著しく困難になった場合に限られると解する。

3. 本件では、A は事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行い、その調査結果に基づき事業の海外展開を行うリスクも適切に評価して取締役会において事業の拡大のために海外展開を行う旨の議案を提出している。このことからすれば、A は適切な情報収集に基づき、適切な内容で経営判断を行っているといえる。

したがって、A の解任につき「正当な理由」はなく、損害賠償請求が認められる。

なお、A の任期は 8 年残っていたことから、月額 50 万円を 8 年分請求することができる。

### 第 4 設問 2 (2)

1. B は甲社株主として A の解任の訴え（854 条 1 項）をなすことが考えられる。その要件は、①役員の職務の執行に不正の行為または法令・定款に違反する重大な事実があつたこと、②当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたことである。そして、この訴えにおいては、非公開会社の株主につき、発行済み株式の 100 分の 3 以上の株式を有していることが必要となる（854 条 1 項 2 号、854 条 2 項）。

2 (1) まず②につき、本件では A を解任する旨の議案は株主総会で決議されておらず、流会となっている。そこで、②の要件を満たさないのではないかが問題となる。

(2) 役員解任の訴えは、役員が法令違反や不正行為などを行っているにもかかわらず、株主総会によってそれを是正することができない場合に、会社や株主の利益保護のため、少数株主に

それを是正する機会を認めたものである。そのため、実際に株主総会決議が否決されていないとしても、株主が適切な判断をなさずに流会となるなど、それと同視できる場合には株主総会において否決されたものとみなすべきである。

(3) 本件では、Aは取締役解任決議が可決されるのをおそれ、旧知の仲である甲社株主に対して定時株主総会を欠席するように要請し、その結果株主総会は定足数を満たさず流会となっている。この場合、Aと旧知の仲にある株主が出席して決議がなされていたとしても、Aの解任につき反対票を投じ、結果的に否決されていた可能性が高い。したがって、本件では株主総会決議が否決されたものとみなすことができる。

よって、②の要件を満たす。

3. 以上より、Bが他の株主と合わせて発行済み株式の100分の3以上の株式を有しているという要件を満たした場合、Aの解任の訴えをなすことができる。

### 第5 設問3

1. CとDは任務懈怠責任(423条)を負うか。その要件は、①任務懈怠、②損害、③因果関係、④帰責事由である。

#### 2. Cについて

(1) まず①について、代表取締役は会社との委任契約に基づき、善管注意義務を負っており(330条、民法644条)、その一内容として他の取締役の監視義務(362条2項2号参照)を負っている。そして、代表取締役は、業務全般につき広汎な監視義務を負っているが、業務の分担と効率化のため、取締役はそれぞれの担当する業務につき直接の監視義務を負い、代表取締役は取締役の判断を信頼することが許される。したがって、不正の兆候に気づきえたにもかかわらず適切な措置をとらなかったなどの特段の事情がない限り、監視義務違反とならない。

(2) 本件では、Eの不正行為の兆候につき、内部通報があったにもかかわらず、DはそれをCに伝えておらず、この時点では不正に気づくことはできなかったといえる。そしてCはその後内部通報制度の担当者から報告を受けている。そして、この時点でCは直ちに調査を指示していることからすれば、適切な措置をとっており、監視義務違反はない。

よって、①が認められず、Cは任務懈怠責任を負わない。

#### 3. Dについて

(1) まず、①について、Dは法務・コンプライアンス部門を担当する取締役であり、同部門内の不正等につき直接監視する義務を負っている。

そして、内部通報について他の取締役等に報告し、Eの不正を防止する措置をとるべきであったにもかかわらず、本件通報には信ぴょう性がないと独断で判断し、他の取締役に報告したり、不正を防止したりする措置をとっていないことから、Dには監視義務違反があり、任務懈怠が認められる(①)。

(2) また、②から④も認められることから、Dは任務懈怠責任を負う。

以上



## 会社法

### 第1 設問1

#### 1. 小問(1)

(1) Aは取締役会で解任されているが、その取締役会の招集通知に目的事項が記載されていない。これは瑕疵とならないか。

この点について株主総会の招集の場合には299条4項、298条1項2号(会社法、以下法名略)により目的事項を記載しなければならない。これは経営に詳しいとは限らない株主に情報提供するためである。

しかし、総会と異なり、取締役会は経営の専門家たる取締役で構成されるので事前に情報提供する必要は小さい。また条文上も368条1項は目的事項の記載を要求していない。

よって、このことは瑕疵とならない。

(2) 次に、招集通知は1週間前に送られており368条1項にのっとっている。

(3) もっともAには招集通知が送られていないので368条1項に反しないか。

この点について、招集通知を送る趣旨は取締役会に参加する機会を与えることにあ

る。そうすると、特別利害関係人のように参加が許されない者はいずれにしても参加できないのであるから招集通知を送る必要はない。よって、特別利害関係人には招集通知を送らなくて良い。

そして、特別利害関係人(369条2項)とは決議により他の取締役と共通しない利益を得、または損失を免れる者と解する。

Aは、本件の決議により代表取締役を解職される者である。そうすると、この否決により代表取締役でいつづけることができ他の取締役と共通しない損失を免れることができる。そのためAは私人を捨て会社のため忠実義務を果たして議決権行使するとは期待できない。369条2項の特別利害関係人である。

よって、Aには招集通知を送らなくて良い。送らなかったことは瑕疵にあたらない。

#### 2.小問(2)

(1) そもそも361条は報酬を総会決議で決めるとしているにもかかわらず甲社では取締役会決議で決めており違法でないか。

この点について、総会決議を求める趣旨は、取締役が自己の報酬をほしいままに定めるお手盛りを防止することにある。そうすると、これを防止できるのならば取締役会決議で決めても問題ない。

甲社では総額の最高限度額を総会決議で定めた上、これに従った運用がなされている。

したがって、総額の点で制限がありお手盛りは防止できるため、違法ではない。

(2) 次に、報酬は委任契約によるものなので一度定められると一方的に減額しえない(330条、民法644,648条)

そうすると、Aは20万円ではなく、代表取締役でない取締役として定められた額、50万円を請求できるとも思える。

もっとも、前述の運用のもと、甲社では取締役会で個別の取締役の報酬決定でき、本件でもそれによりAの報酬が決定されているのでこれに拘束されないか。

ここで、361条と異なる取締役会決議での決定はお手盛り防止の趣旨に反しないため認められている。そしてそれは総額の限度額、決められた運用によることを前提とする

。

そうすると、決められた運用から外れ独自に取締役会で決めるのでは趣旨から外れる。

そうすると取締役会限りで決定しえない。

本件では決められた運用では50万円とされるべきところ、そこから外れて低く20万円としており、お手盛り防止の趣旨とことなる。したがって、取締役会で決定しえない

。

よって取締役会での決定はAに及ばない。

(3) 一度50万円と定められ、取締役会決議の効力も、Aに及ばないので、Aは50万円請求できる。

## 第2 設問2

### 1. 小問(1)

Aとしては、339条2項に「正当な理由」がある場合を除き損害賠償請求できるとあることから、今回が正当な理由にあたらな<sub>い</sub>として損害賠償請求すると考えられる。これは認められるか。

(1) この点について、正当な理由とは、取締役としての資質や能力に問題がある場合を指すと解する。

(2) 本件ではAは海外事業の失敗を理由に解任されている。しかしこれは必要かつ十分な調査を前提に行い、またリスクを適切に評価し、取締役会にも諮った上で行っている。そうすると、海外事業に失敗したからといってAの取締役としての資質や能力に問題があるとはいえない。どのような事業にもリスクはあるものだからである。

(3) したがってAの解任は正当な理由によらない。よって損害賠償請求できる。

### 2. 小問(2)

(1) 854条の解任の訴え

ア Bが、甲社の株主として、訴えをもってAの取締役の解任を請求する際の手続につい

て、854 条の解任の訴えが考えられる。この訴えは、非公開会社の場合、①役員の職務の執行に関し不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があったにもかかわらず、②当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき、③発行済株式の百分の三（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の数の株式を有する株主は④当該株主総会の日から三十日以内に、訴えをもって当該役員の解任を請求することができるものである。

イ ①について A は会社資金を流用しており職務執行に関し不正がある。(①充足)②について A 解任の総会は流会しており充足しない。

③については B は発行済株式の 20%をもっており充足する。

④については流会したので前提をかき充足しない。

(2) この訴えに関する会社法上の問題点について

この訴えは解任の訴えが否決されることが要件となっているが、本件では流会している。要件を充足しないのではないか。

この点について、否決が要件となっている趣旨は取締役の人事という内部的事項について一次的には総会の自治にゆだねるためである。

そうすると、総会が開けないなど総会の自治が機能しない事情があれば、総会の否決を経なくてもよい。

本件では流会がなされ、今後も A の指示で流会がなされると予想される。

よって総会の自治が機能していない。それゆえ要件を充足すると解してよい。この場合には総会の日から 30 日以内というのは流会から計算することとする。

### 第 3 設問 3

#### 1. C の責任

(1) C は代表取締役という役員であるところ、423 条により①任務懈怠②損害③因果関係が認められる場合に会社に損害賠償する責任を負う。

(2) ①について、第 1 に資本金 20 億円という大会社(2 条 6 項イ)である甲社では 362 条 5 項より内部統制システム構築義務を負う。A は取締役会の一員としてこの構築義務を果たしているか。

甲社では取締役会で基本方針を定め、法務・コンプライアンス部門も、設け、癒着防止の体制を同規模かつ同業種の会社と同等に制定しており、問題ない。

したがって、この点に義務違反はない。

第 2 に、その運用義務については、D が担当に任じられており、C はその監視義務を負うだけである。

第 3 に、EF の不正につき監視する監視義務(362 条 2 項 2 号)に反しないか。

この点について、会社の業務は多岐に渡るので、取締役は他の取締役の担当業務については他の取締役を信頼することが認められ、特段の不審事由がない限り監視義務違反はないと解する。

本件の不正は法務・コンプライアンス部門の問題なので D の担当業務である。また不正は巧妙で複数見積りも不要な取引であったので C が気づくべき不審事由もなかった。

よって、C は D を信頼してよく、監視義務違反はない。

(3) よって、②③を検討するまでもなく、C に責任はない。

## 2. D の責任

(1) D は取締役という役員であるところ、C と同様に 423 条により①任務懈怠②損害③因果関係が認められる場合に会社に損害賠償する責任を負う。

(2) ①について第 1 に、内部統制システム構築義務については、C と同等に義務違反はない。

第 2 に、その運用義務については D は本件通報があったと、担当者から報告を受けている。そうすると、調査し改善する義務があった。

そうであるのに、これまで不正がなかったことや、個人的な E への信頼などを理由に調査を指示していない。

したがって、義務違反がある。

そして、本件不正に関して会計監査人は乙社に直接返送を求めているが、本来乙社に赴くなどして踏み込んだ監査をすべきであったといえ任務懈怠がある。もっとも D の担当する内部統制システムと会計監査人の監査は別なので、D の責任には無関係といえる。

③④については、本件通報のあった 3 月に D が調査すれば翌月 4 月末の 3000 万円の支払

いは防げたといえる。それゆえこの範囲の損害につき因果関係がある。

したがって、D はこの範囲で賠償責任を負う。

以上