

会社法の規範定立

〈機関〉

【機関設計の大原則】

- ・機関設計の大原則をまとめよ。

《機関の概観》

・機関のうち、取締役、会計参与、監査役を「役員」という（329条1項）。これに執行役、会計監査人を加えたものを「役員等」という（423条1項）。

・株主総会と取締役は、すべての株式会社が設置しなければならない機関である。その他の機関を置くためには、その旨を定款に規定することが必要である（326条2項）。

《機関設計の概観》

・公開会社は、株式の譲渡が頻繁に行われ、株主による取締役の監視機能が十分に果たせないことから、取締役会の設置が義務付けられている（327条1項1号）。

・監査役会を設置する場合、監査役が3名以上となるため、バランスを取る観点から、監査役会設置会社となるためには、取締役会の設置が必要である（327条1項2号）。

・取締役会設置会社は、原則として監査役を置かなければならない。但し、指名委員会設置会社と監査等委員会設置会社では、監査委員会・監査等委員会が置かれるため、そもそも監査役を置くことが出来ない（327条4項）。また、非公開会社では、会計参与を置けば、監査役の設置義務を免れる（327条2項）。

・会計監査人設置会社は、監査役を置くか、委員会型会社となる必要がある（327条3項）。

- ・委員会型会社は、会計監査人を置かなければならない（327条5項）。
- ・委員会型会社は、取締役会の設置が義務付けられる（327条1項3号4号）。
- ・大会社は、会計監査人を置くことが義務付けられる（328条1項2項）。

【取締役会設置会社の株主総会の権限の法定決議事項】

・取締役会設置会社では、会社に関する事項は、原則として、取締役会によって決定される。しかし、その例外である、株主総会で決議する必要がある法定決議事項が存在する。株主総会の法定決議事項は、主に、4つに大別することが出来るが、この4つについて整理せよ。

- ・第一は、取締役をはじめとする機関の選任、解任に関する事項（329条、339条）
- ・第二に、定款変更、あるいは事業譲渡や合併といった、会社の基礎的変更に関する事項（466条、467条1項、783条1項、795条1項等）
- ・第三に、剰余金の配当をはじめとする、株主の重要な利益に関する事項（454条1項）

・第四に、取締役の報酬の決定の様に、他の機関の決定に委ねては、株主の利益を害する可能性が高い事項（361条1項）

【非取締役会設置会社の株主総会】

・会社法の株主総会の規律は、非取締役会設置会社を基準として、これを行い、取締役会設置会社については、必要に応じて修正を加えるという構造となっている。ここでは、主な非取締役会設置会社の株主総会のルールをまとめよ。

・株主総会の招集には、300条該当の場合（株主全員の同意がある場合）を除き、招集通知が必要であるが、取締役会設置会社と異なり、株主に書面投票や、電磁的方法による議決権行使を認める場合を除いて、通知を書面する必要はない（299条2項）。

・取締役会設置会社の招集通知は、期間（公開会社なら2週間、非公開会社なら1週間）の短縮は出来ないが、非取締役会設置会社は、定款によって短縮可能（299条1項）。

・招集通知において、取締役会設置会社は、事業報告と計算書類の提供が義務付けられるが、非取締役会設置会社では、その様な義務はない（437条）。

・取締役会設置会社では、会社法に規定する事項、及び定款で定めた事項に限って、株主総会で決議出来るが（295条2項）、非取締役会設置会社では、会社に関する一切の事項を決議出来る（295条1項）。

・取締役会設置会社では、招集通知に記載された事項しか決議出来ない（309条5項）が、非取締役会設置会社では、その様な制限はない。

・議決権の不統一行使（非取締役会設置会社では、事前通知なしに議決権の不統一行使が可能）、株主提案権の行使要件（非取締役会設置会社では、議題提案権と議案通知請求権も単独株主権）の相違。

【株主総会の招集手続き】

【事例】：〈甲社は、株主が数十名の取締役会設置会社で、代表取締役はX、取締役は、YとAを含め、6名であった。今般、株主総会の招集の決定を取締役会で議決したが、取締役Yが、勝手に株主に対して、招集通知をY名義で案内してしまった。この招集通知の適法性〉

・Y名義の株主総会の招集通知は認められるか。296条3項は、「取締役」が招集すると規定する。Yは、甲社の取締役であることから、問題無いのではないか。

⇒取締役会設置会社における業務執行は、代表取締役（363条1項1号）、取締役会の決議によって業務を執行する取締役として選定されたもの（363条1項2号）と規定されている。

したがって、296条3項の取締役は、代表取締役、もしくは選定業務執行取締役を意味するものと解する。

【全員出席総会】

【事例】：〈甲社は、株主が数十名の取締役会設置会社で、代表取締役はX、取締役は、YとAを含め、6名であった。今般、株主総会の法定決議事項である取締役Yの解任に関して、取締役会による招集決議がなされずに、Yの取締役解任の株主総会が開かれ、決議された。Yは、株主総会の招集手続に瑕疵があったとして、株主総会決議取消の訴えを提起したが、本件株主総会は、株主全員が、その開催に同意して出席した事実が判明した。この場合、Yの主張は認められるか〉

・会社法298条1項、及び4項は、取締役会設置会社において、株主総会を招集するためには、取締役会による招集決議が必要である旨規定する。

したがって、この様な招集の手続を欠く株主総会は、株主総会の招集手続について、法令の瑕疵があったとして、株主総会決議取消の訴え（831条1項1号）により、決議の取消が、認められるのではないか。

⇒株主総会における招集手続の目的は、全株主に株主総会の開催と、会議の目的たる事項を知らせることで、株主に出席、及びその議事、議決に参加するための準備の機会を与えることにある。

そして、株主全員が、その開催に同意して出席した全員出席総会では、上記の目的は達成されていることから、その株主総会における決議は、有効に成立すると解する。

また、株主の代理人による出席がある場合でも、株主が、会議の目的を了知して委任状を作成し、かつ、当該決議が、会議の目的たる事項の範囲内である限り、なお、有効に成立するものと解する。

*上記の招集手続の趣旨から、そもそも1人株主の会社は、招集手続を経ることを要しない。また、上記と異なり、「招集手続を行わないことに株主全員の同意」があるときは、300条の規定により、招集手続を省略出来る（上記の全員出席総会の論点は、「開催に株主全員の同意」があった場合の話であるから、300条は適用出来ないので注意）。

【株主提案権の3つの内容】

・株主提案権の3つ定義し、その内容を整理せよ。

・議題提案権（303条）：ある事項を、株主総会の会議の目的とすることを請求する権利。非取締役会設置会社では、議決権要件も、行使の期限もなく、株主総会のその場で、目的の追加を請求してもよい（1項）。

一方、公開会社である取締役会設置会社は、議決権の1%、又は300個の議決権を、6か月以上保有している株主で、その権利を、会日の8週間前までに、行使する必要がある（2項）。

但し、非公開会社である取締役会設置会社の場合、6か月以上という保有期間制限がなくなる（3項）。

また、309条5項は、298条1項2号に定める「総会の目的である事項」以外は、取締役会設置会社は、決議することが出来ないと規定するので、合わせて対比のこと。

・ 議案提案権（304条）：既に、株主総会の議題として決定している事項についての具体的提案（議案）であり、単独株主権である。但し、304条の但書の規定により、過去三年間で、総株主の議決権の1/10の賛成を得られなかった議案の提案は出来ない。

・ 議案通知請求権（305条）：ある株主が、株主総会の場で提案を予定する、議案の要領をあらかじめ、株主総会の開催期日の8週間前までに、他の株主に通知することを要求する権利。非取締役会設置会社は、会日の8週間前までに行使することが求められる（1項）。公開会社である取締役会設置会社は、会日の8週間前の要件に加えて、議決権の1%、又は300個の議決権を6か月以上保有している株主である必要がある（1項但書）。

但し、非公開会社である取締役会設置会社の場合、6か月以上という保有期間制限がなくなる（2項）。

*議題提案権と議案通知請求権の2つは、取締役会設置会社と非取締役会設置会社で、特にその要件が異なるので注意。

【振替法適用会社の少数株主権行使】

・ 振替法が適用される会社の少数株主権の行使方法について、まとめよ。

- ① 株主は、取引のある証券会社に個別株主通知の申出を行う。
- ② 証券会社は、株主に対して個別株主通知の申出受付票を交付する。
- ③ 証券会社は、個別株主通知の申出を証券保管振替機構に取り次ぐとともに、株主が保有する株式数の情報を報告する。
- ④ 証券保管振替機構は、証券会社に対して、個別株主通知の予定日を連絡する。
- ⑤ 証券会社は、株主に対して個別株主通知の予定日を連絡する。
- ⑥ 株主と取引のある証券会社が他にある場合には、証券保管振替機構は当該証券会社に対して、株主が保有する株式数の情報の報告を依頼し、報告を受ける。
- ⑦ 証券保管振替機構は、発行会社に対して株主が保有する株式数の情報を通知する（個別株主通知）。
- ⑧ 証券保管振替機構は、証券会社に対して個別株主通知の通知日等を連絡する。
- ⑨ 証券会社は、株主に対して個別株主通知が行われた旨及び通知日等を連絡する。
- ⑩ 株主は、発行会社に対して通知日から4週間以内に少数株主権等を行使する。

【議題提案権と株主総会】

【事例】：〈Y社の株主Xが、適法に議題提案権を行使したにもかかわらず、Y社は、株主総会において、議題を取り上げなかった。この株主総会の適法性〉

・ 本件において、議長が、Xの議題を取り上げなかったことは、決議の方法が、議題提案権を規定する303条1項に違反したとして、株主総会決議取消の訴え（831条1項1号）を提起することが出来るか。

株主総会等決議取消の訴え（831条1項1号）が認められるには、①取消事由に該当すること、②原告適格があること、③会社を被告として提起すること、④決議の日から3カ月以内に提起すること、⑤訴えの利益を有することが必要であるが、本件では、①の要件を充足すると言えるか。

⇒831条1項1号に該当する決議とは、株主総会において、形成力を生ずる事項が、決議された場合を対象とするため、議題提案権を行使した内容が、株主総会において、取り上げられなかったとしても、取消事由にあたらぬ。

しかし、①当該事項が、株主総会の目的である事項と密接な関連性があり、可決された議案を審議する上で、必要、かつ有益であること、②当該議題を取り上げることが、現経営陣に不都合なため、会社が、意図的に取り上げなかったという特段の事情が存する場合
には、議長が裁量権を逸脱した議事運営を行ったとして、315条1項に違反し、取消事由となると解する。

【議題提案権と会議の目的である事項】

【事例】：〈Xは、取締役会設置会社であるY社の株主総会に先立ち、適法に議題提案権を行使し、取締役Aを解任すべき旨、Y社に求めた。Y社は、この提案に基づき、取締役会で議題とする旨決定し、株主への総会の通知に「取締役解任の件」と記載した。そして、株主総会において、本件議題が上程されたが、否決された場合、Xは、株主総会決議の取消を主張することが出来るか〉

・Xが、取締役Aの解任を議題として求めたのにも関わらず、Y社が「取締役解任の件」とのみ記載した、本件招集通知は、299条4項、及び298条1項2号が規定する、「株主総会の目的である事項」を記載したとは言えず、招集手続に法令違反の瑕疵があるとして、株主会決議取消の訴えの取消事由に該当するのではないか。

⇒取締役の解任は、必然的に、特定の取締役についての決議となる。

したがって、特段の事情がない限り、あらかじめ、対象となる取締役を明示しておかなければ、議題としての明確性に欠け、株主が議決等について準備の機会を与えられたとは言えないことから、株主総会の目的である事項とは言えないと解する。

・したがって、本件では、対象となる取締役Aを明示しない、招集の通知を株主に送付したことは、株主総会の目的である事項について、招集の通知に記載を求める299条4項、及び298条1項2号に違反することになり、取消事由に該当する。

*選任に関しては、特定性は求められていないため、上記の記載で問題無いとされているので注意のこと。また、監査役等の解任で、そもそも一人しかいない場合には、同じく上記の記載で問題無い。

*「取締役解任の件」という、会議の目的の事項とならない様な、議題提案権が行使された場合、議長がこれを株主総会で取り上げなくても適法である。

【議案提案権と株主総会】

【事例】：〈Xは、取締役会設置会社であるY社の株主総会に先立ち、適法に議案通知請求権を行使し、Y社は、この請求に基づき、株主への総会の通知に、議案の要領を記載した。しかし、株主総会において、Xが欠席したことから、Y社は、Xの提案を無視した。この場合、Xは、株主総会決議の取消を主張することが出来るか〉

・Xが議案通知請求権を行使し、Xの議案が、他の株主に通知されているにもかかわらず、Y社が、株主総会でXの欠席を理由に、その議案を無視することは、議長の裁量権を逸脱した議事運営であったとして、315条1項に違反し、決議方法に瑕疵があるとして、株主会決議取消の訴えの取消事由に該当するのではないか。

⇒議案提案権を定める304条が、「株主総会において」、議案通知請求権を定める305条1項が、「株主が提出しようとする」と規定していることから、議案提案については、株主総会において提案を行う必要があると解する。

したがって、株主総会で提案が無い議案を取り上げなかったとしても、議長の裁量権の逸脱は認められず、315条1項違反の問題は生じない。

【書面投票制度】

・株主総会における、書面投票制度を実施する会社について、まとめよ。

- ・書面投票を実施する義務を負う会社は、株主数が1,000人以上の会社（298条2項）
- ・書面投票を実施するかどうかは、取締役（会）が、招集の決定を行う際に決定される。
- ・書面投票を実施する場合、株主に対して招集通知の他に交付しなければならないものは、株主総会参考書類と、議決権行使書面。また、それらは、招集通知と一緒に交付しなければならない（301条1項）。そして、書面投票を行う場合には、たとえ300条が規定する株主全員の招集手続の省略の同意があっても、招集手続を省略出来ない（300条但書）。

【書面投票実施会社と議案提案権】

【事例】：〈Y社では、株主総会にあたり、「剰余金配当の件」を会議の目的とした。原案では、これに対する議案が、1株あたり30円の配当となっており、これに対して、書面投票が行われていた。株主Xは、株主総会の場において、議案提案権を行使し、「1株あたり50円の配当にすべきだ」と提案した。この場合、書面投票をどの様に取扱うべきか〉

・「議案そのもの」に対する修正提案（動議）がされた場合に、書面投票等は、どの様に取り扱われるべきか。

⇒書面投票株主も、株主の権利として意思を表明している以上、欠席と取扱うことは出来ない。

しかし、提案された議案に対して、賛成か、反対かの意思が不明であることから、この場合、棄権したものとして、取扱うべきであると解する。

- *棄権の場合、分母には加算されるので、事実上、反対票を投じたのと、同じ扱いになる。
- *議案提案の内容が、議長の不信任動議等、「その議事の場の話」であるときは、書面投票を考慮する必要は無い（その場の問題なので、その場の株主で決めればよい）。

【株主総会の議事に参加できない者】

- ・株主総会において、その議事に参加することが出来ない株式を保有する者がいる。議決権が生じない場合を整理せよ。
 - ・議決権制限株式（108条1項3号）
 - ・単元未満株式（308条1項但書）
 - ・自己株式（308条2項）：取締役自らが議決権を行使し、自己保身を図ることを防止するため。
 - ・相互保有株式（308条1項括弧書、会社規則67条）：その会社の1/4以上の株式を保有している相手方の会社が、議決権を行使出来ない。

【株主総会の議長の閉会宣言】

【事例】：〈Y社株主総会において、議長であるAは、議事の進行に入ろうとしたところ、株主Gが、Aの議長不信任動議を提出した。これに憤慨したAは、株主総会の閉会を宣言し、他の取締役全員と共に退出した。株主は、全員残っていたため、株主は、Gを議長に選出して、株主総会を運営し、決議を行った。決議の効力は、どの様に考えるべきか〉

- ・Aによる散会宣言の後に、Gが議長となつて行った決議を有効であるとするには、Aによる散会宣言が法的には意味がなく、かつ株主総会がAの散会宣言後も継続していたと認められる必要がある。本問では、どの様に解するべきか。

⇒議案が残っている状態で、特段の事情なく、議長が株主総会を閉会することは、315条1項に定める議長の裁量権の濫用にあたり、閉会宣言は無効である。

したがって、株主総会は継続していると言えるから、残った株主により、適法に選出された議長によって、決議された議案は、有効であると解する。

【定款による議決権代理行使の制限の効力】*制限有効説

【事例】：〈Xは、Y社の株主であるが、事情により、Y社の株主総会に出席出来ないため、株主でない弁護士甲に、委任し、その旨をY社に届け出た。株主総会当日、甲は、委任状を提示したが、Y社は、「株主は、当該会社の議決権を有する、他の株主を代理人とする場合に、議決権を行使することが出来る」旨の定款があることを根拠に、甲の代理行使を拒否した。この場合の定款の有効性を述べよ〉

- ・株主は、代理人によっても議決権を行使することが出来る（310条1項）と規定されていることから、代理人による議決権の行使を制限する定款は、310条1項に違反するのではな

いか。

⇒310条1項の規定は、株主の議決権の行使を広く保障するだけでなく、定足数を確保し、経営方針を貫徹する、経営者側の規定でもある。

そして、議決権の行使は、会社の公共性による制約に服する以上、代理人の資格を制限すべき、合理的な理由がある場合に、相当と認められる程度の制限を加えることは、許されると解する。

・では、本件における制限は、代理人の資格を制限する合理的な理由があり、かつ相当と認められる程度の制限と言えるか。

⇒代理人を株主に限る旨の規制は、株主総会が錯乱されることを一般的に防止し、会社の利益を保護する目的で行われるものであるから、合理的理由に基づく規制であると言える。

しかし、代理人が弁護士の場合、その専門性や職業倫理の観点から、株主総会が錯乱される恐れは少ない。

したがって、代理人が弁護士の場合にまで、定款の規定を適用することは、定款の規定の運用を誤った、相当と認められる程度の制限を超えるものであり、310条1項に違反する。

*その他、弁護士以外に、定款の規定があるにもかかわらず、株主で無い者の議決権の行使が認められたものとして、法人株主の従業員がいる。この場合、

⇒法人が、従業員を代理人として、議決権を行使させても、株主総会が、錯乱されるおそれはない。

また、これを認めないと、法人の株主としての意見が反映出来ず、事実上、議決権の行使の機会を奪うことになり、不当な結果をもたらすことになる。

が、上記規範の「しかし」以下に入ることになる。

*弁護士や、法人の従業員に議決権行使を認めなかった場合、310条1項に違反となり、手続の方法が、法令に違反したとして、831条1項1号で争うことが出来る。

【議決権の不統一行使】

・議決権の不統一行使（313条1項）についてまとめよ。

・議決権は、統一的に行使することが期待されるが、他人のために株式を保有している株主には、統一的な議決権行使を期待することは出来ない。そこで、会社法は、3日前までに、不統一行使をする旨とその理由を通知（313条2項）した場合に、議決権の不統一行使を認めている。

・他人のために株式を保有している株主以外に、これを認める必要はないから、その場合には、会社は、議決権の不統一行使を拒むことが出来る（313条3項）。

【議決権行使書面において、議決権を行使した株主が株主総会に出席した場合】

・議決権行使書面において、議決権を行使した株主が、株主総会に出席して、議決権を行

使した場合、この株主の議決をどの様に取り扱うべきか。

⇒298条1項3号が、「書面によって議決権を行使することができる」と規定するのは、株主総会に出席しない株主の議決権行使を、容易にするためである。

したがって、議決権行使書面に表示された意思が、効力を発するのは、株主総会を欠席した場合であり、株主が、株主総会において議決権を行使した場合には、書面による議決権の行使は無効となると解する。

【取締役等の説明義務】

【事例】：〈X株式会社は、定時株主総会において、甲を含む株主から、事前に質問状を受けていた。しかし、X社の代表取締役Yは、株主総会において、あらためて質問状に関する質問が出なかったため、事前に受けた質問に回答することなく、議題を決議した。この場合の決議の有効性〉

・X社の決議は、認められるか。会社法は、株主から特定事項についての説明を求められた場合、当該事項について必要な説明を行う義務がある旨規定する（314条本文）。

したがって、事前質問に回答しないで行われた決議は、法令に違反するものとなるのではないか。

⇒314条が、「株主総会において」と規定する以上、取締役等の説明義務は、株主総会において説明を求められ、初めて発生する義務である。

したがって、予め質問状の提出を受けていても、改めて株主総会で質問がない限り、取締役等の説明が無くとも、違法性を帯びるものではないと解する。

そして、必要な説明とは、平均的な株主が、会議の目的事項を合理的に判断するのに、客観的に必要な範囲の説明で足り、その程度を満たす限り、一括説明も許される。

*この場合、取締役等とは、取締役、会計参与、監査役、及び執行役を意味する。

【株主総会決議取消の訴え】*形成の訴え

【事例】：〈乙株主会社は、取締役会を設置していない株式会社であるが、同社は、取締役丙を代表取締役に選任するため、株主総会を6月28日に開催する旨を、6月10日に株主に通知した。しかし、総株主の議決権0.1%を有するAに通知がされず、Aは、株主総会に出席出来なかった。株主総会では、株主の80%が賛成し、丙は代表取締役に選ばれ、その旨登記されたが、甲は、丙の就任を不服として、9月20日時点で、Aへの株主総会通知瑕疵を理由に、本件株主総会決議を争うことが出来るか〉

・甲は、株主総会の招集手続がなされていなかったことは、会社法298条1項に違反するとして、招集手続きの法令違反を理由に、株主総会決議取消の訴え（831条1項1号）を提起することが考えられるが、これは認められるか。

⇒株主総会決議取消の訴えを提起するためには、①取消事由に該当すること、②原告適格

があること、③会社を被告として提起すること、④決議の日から3カ月以内に提起すること、⑤訴えの利益を有することが必要であると解する。

*831条1項の1号～3号のいずれに該当するか、条文明記を忘れずに！！

*831条1項1号違反については、「その違反する事実が重大でなく、かつ決議に影響を及ぼさないものと認められる」場合には、裁判所は裁量棄却出来る（831条2項）。答案では、831条1項1号違反が問題となる場合、裁量棄却の検討も忘れないこと！！

*株主総会等決議取消の訴えにおける、認容判決の効果は、遡及効（片面的遡及効。取消の訴えが認められた場合のみ、遡及効の効果が認められ、訴えが却下された場合には、遡及効は及ばず、民訴法115条の規定通り、当事者間に限って、その効力を有する）。

その条文根拠は、訴え認容判決は、第三者に対しても効力を有し（838条）、その効力は遡及的に無効となる（839条反対解釈。834条17号の訴えは、1～12号、18号、19号の訴えではないから、将来効でない）である。

*3号の特別利害関係人の議決権行使による著しく不当な決議は、「特別利害関係人であっても、株主総会で議決権を行使することは妨げられない」が、その議決権の行使によって、他の株主に著しく不利益が及ぶのであれば、取消事由となるものである。

*②については、831条1項本文後段により、「その効力を争おうとする株主総会決議により、株主の地位を失った者」にも、原告適格が認められるので注意。

【他の株主に対する招集手続の瑕疵と原告適格】

【事例】：〈XとZは、Y社の株主の株主であるが、株主総会の招集手続について、Y社はZへの通知を失念した。Xは、Zへの招集通知の失念を理由として、株主総会決議取消の訴えを提起出来るか〉

・株主総会決議取消の訴えを提起するためには、①取消事由に該当すること、②原告適格があること、③会社を被告として提起すること、④決議の日から3カ月以内に提起すること、⑤訴えの利益を有することが必要である。

本件において、Xは、Y社の株主であるが、実際に取消事由に該当する違法があったのは、Zについてである。この場合にも、Xに本件訴えの原告適格が認められるか。

⇒株主総会決議取消の訴えは、その瑕疵のために、公正な決議の成立が妨げられた可能性に対する、抗議を認める制度であるから、株主は、他の株主に対する招集手続に瑕疵があった場合にも、自ら訴えを提起することが出来ると解する。

【株主総会決議取消の訴え後の株式の譲渡】

【事例】：〈株主総会決議取消の訴えを提起したXが、訴訟係属中に、Yに対して、その保有する株式すべてを売却した。この場合、Xの提起した訴訟はどうなるか〉

・本件のYは、Xの訴訟上の地位を継承して、訴訟を継続出来るか。

⇒この点、特定承継の場合には、訴訟上の原告の地位は継承せず、原告適格を失い却下判決となるが、相続による包括承継の場合には、原告の地位を承継し、引き続き訴訟は継続するという見解がある。

しかし、特定承継と包括承継との間で、承継する権利内容が区別される理論的説明は困難であるから、特定承継の場合にも、訴訟上の原告の地位を承継すると解する。

【株主総会決議取消の訴えにおける訴えの利益】＊役員選任決議取消の訴え

【事例】：〈Y社の取締役Xは、株主総会によって、再任されず、Aほか6名の取締役が選任された。しかし、その株主総会決議には、瑕疵が認められたため、Xは、Aら6名の選任決議について、株主総会決議取消の訴えによって、Y社と訴訟中である。しかし、その後、Aらすべての取締役は、任期満了で辞任し、その後に適法な株主総会が開かれ、全員その株主総会で再任された。この場合、Xの訴えはどうか〉

・Xが、取消を争っているAらの選任決議のあった株主総会の決定後、Aらは任期満了により辞任し、その後新たに適法な株主総会が開かれ、Aらは再任された場合、Xの訴えは、継続されるか。

⇒株主総会決議取消の訴えは、形成訴訟であるから、認容判決確定と共に、法律関係が変動するため、訴訟要件が充足されていれば、訴えの利益が認められることが原則である。

しかし、その後の事情の変化により、法律関係の変動を求めることが、無意味になった場合には、訴えの利益がなくなるものと解する。

そして、役員選任決議取消の訴えについては、争いとなっている役員等がすべて退任し、その後、適法な株主総会決議によって、新たに役員等が選任された場合には、特別の事情の無い限り、訴えの実益を無くし、訴えの利益が認められない。

＊判例は、役員選任決議が不存在であるとして、株主総会決議不存在の訴えが提起され、それが認められた場合には、当該不存在の取締役らで構成された、取締役会も物理的に不存在となり、その取締役会で選任された代取も不存在である。したがって、不存在な取締役会で決定された株主総会も不存在となるとして、瑕疵を連鎖させている（株主総会決議取消の訴えでは、その総会で選ばれた取締役らが為した行為は、適法とされていることと対比のこと。だから、取消の訴えが前提の上記は、訴えの利益を失うとされている）。

＊特段の理由については、例えば、「取締役選定の取消が認められれば、取締役との間に雇用契約が無かったことになり、支払われた報酬は、不当利得となるから、その返還を求めることが出来る」ということを、訴えの目的としていた場合等が該当する。

つまり、第二決議によって、第一決議を取り消しても意味が無いという状態ではないことを、上手く説明出来るか否かが勝負となる（第一決議単独を取消することに意味があるのであれば、なお、訴えの利益があると考えることが出来るため）。

しかし、この理由では、相手方からも「会社が労務提供を受けたことは、不当利得」と

して、同様の請求が出来るため、結果、あまり意味がないのではという反論が考えられる。

＊報酬決議の取消では、雇用契約は残っているので、相手方は、不当利得を主張し得ないが、選任取消では、雇用契約の存在まで否定されるので、相手方の労務提供も、法律上の原因がないことになり、不当利得が認められることになる。

＊議案提案を否決された場合、その否決手続の過程に、瑕疵があったとしても、法律状態に変更はないので、訴えの利益は認められない。この場合、その他の訴えの利益が認められる理由付けが必要となる。

＊法的拘束力の無い勧告的決議（取締役会設置会社で、株主総会決議事項でないものを、株主総会で決議する）は、取消しても、意味が無いので、訴えの利益が認められない。

＊新たな役員等は、争いとなった役員等の再任でも問題無い。

【株主総会決議取消の訴えと取消事由の追加】

・株主総会決議取消の訴え提起後、決議の日から3か月経過後に、異なる取消原因に関する主張を追加することは認められるか。

⇒株主総会決議取消の訴えが、決議の日から3カ月以内に制限されるのは、瑕疵ある決議であっても、その決議の効力は、取消されるまで有効なのであるから、早期に瑕疵ある決議を明確にすることで、決議の執行を安定させることにある。

そして、新たな取消事由の追加主張を、無制限に許すとすれば、会社は、決議が取消されるか否かの予測を立てることが出来ず、決議の執行が不安定になることから、取消事由を追加主張することは、認められないと解する。

＊株主総会決議無効の訴えが3カ月以内に提起された後、その訴えに、同じ事実について、株主総会決議取消の訴えの主張を追加することは認められる。

【株主総会決議不存在確認の訴え】＊確認の訴え

・株主総会決議不存在確認の訴え（830条1項）については、法文上、要件が明示されていない。では、どのような場合に本件訴えは、認められるべきか。

⇒株主総会決議不存在確認の訴えは、株主総会決議取消の訴えと異なり、提訴期間に制限がない。すなわち、期間の経過ではその瑕疵が治癒されない、そもそも決議が存在したと評価出来ない様な重大な瑕疵があった場合に、不存在事由に該当すると解する。

具体的には、株主総会が開催されておらず、決議が物理的に不可能な場合、正当な取締役会とは言えない場での招集決定に基づき、正当な代表取締役とは言えない者が、招集した株主総会の決議などが該当する。

＊株主総会決議無効確認の訴え（830条2項）は、決議の内容が法令に違反するときである。つまり、決議の内容が、法令に違反する場合に、831条1項で争うことは出来ない。

*830条2項の株主総会決議不存在確認の訴えを認めるか否かの基準は、「瑕疵が著しく、決議があったとは評価出来ない場合」という、抽象的な基準であるが、様は、830条2項に該当する場合以外で、提訴期間の制限などを課することが妥当でない程度の問題状況がある場合に、不存在確認の訴えを認めるということである。

そして、その瑕疵は、株主総会の物理的な不存在のみならず、手続的瑕疵も含まれる。したがって、招集手続の瑕疵であっても、場合によっては830条1項によって争うことが出来る。

【事業譲渡と株主総会決議】

【事例】：〈甲ゴルフクラブと乙ゴルフクラブを運営するP社の代取Aは、取締役会の決議を経て、甲を構成する土地、建物、機械、機具類等（以下、「本件物件」という）をQ社に譲渡する事業譲渡契約を締結した。甲は、P社の総資産の2/3を占めていた。その後、P社は、株主総会決議を経ていないことを理由に、Q社に対して、本件物件の明渡を求めた。認められるか〉

・会社の総資産の1/5を超える、事業の重要な一部の譲渡（467条1項2号、309条2項11号）には、株主総会の特別決議が必要である。本件で、Aが行った事業譲渡は、「事業の重要な一部の譲渡」と言えるか。

⇒この点、事業譲渡にあたるか否かを、①一定の事業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産の全部、又は重要な一部の譲渡であること、②譲渡会社が、その財産によって営んでいた事業活動を、譲受人に受け継がせること、③譲渡会社が、法律上当然に、会社法21条の競業避止義務を負担することの要件によって、判断する見解がある。

しかし、③の要件は、事業譲渡の効果として発生する義務であるため、事業譲渡の判断で検討することは不適切である。

したがって、①、及び②の要件が充足するか否かによって、判断されると解する。

*①のあてはめについては、本件物件が、一体として用いられることで、初めて一定の営業目的に奉仕するものであると言えればよい。つまり、譲渡対象財産の間に関連性がある（バラバラの財産の寄せ集めでない）ことや、従業員や取引関係も一緒に移転しているか等を検討することになる。

②については、譲受人が、従前と同じ事業活動をしていることをあてはめることになる。

*事業譲渡の規定である467条1項は、1号から5号に該当する場合に、株主総会の特別決議を求める規定である。本件の規範は、1号と2号の該当性判断に使用するものであり、2号の場合は、事業の重要な一部の譲渡に該当するにしても、別途（）書の20%を超えない資産の譲渡に該当するのであれば、株主総会の特別決議は不要となるので、注意のこと。

また、1号と2号は、「譲渡会社」の規定であり、「譲受会社」は、4号と5号の場合を除き、3号に規定する事業の全部の譲受けに該当しない限り、株主総会決議は不要である。

＊事業譲渡契約が、株主総会決議を経なかった場合、本件契約は無効となる。そして、その無効は、譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の利害関係人、譲受会社いずれも主張出来る。

＊「事業譲渡等」とは、468条1項本文に規定があり、「467条1項1号～4号」に該当する行為と定義される。そして、469条1項は、469条1項1号、2号に該当する場合を除き、事業譲渡等をする場合、反対株主の株式買取請求権を認めている。

つまり、467条1項1号～4号に該当すれば、469条1項1号、2号の除外事由に該当しない限り、反対株主に、株式買取請求権が認められる。

468条は、「事業譲渡等の承認を要しない場合」として、特別支配会社等に該当する場合に、総会決議が不要となる旨を規定するが、この規定は、467条1項1号～4号に該当するが、特別の事情があるため、総会決議を不要とする規定なので、468条が適用されても、尚、反対株主は、株主買取請求権を行使出来るので注意（469条1項2号は、468条2項に規定する簡易事業譲受けの場合なので、ここは注意）。

＊事業譲渡があった場合の重要な効果の1つとして、22条1項の適用がある。この規定は、譲受会社が、譲渡会社の商号を引き続き使用する場合には、譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負うというものである。

これは、法人格否認の法理と合わせて、譲受会社に債務を引継させたい場合に利用される規定である。しかし、商号が異なることは大いにあり得る。そこで判例は、「債権者が、同一の営業主体による営業が継続しているものと信じたり、営業主体の変更があつたけれども、債務引受がされたと信じる特段の事情」がある場合には、22条1項が類推適用されるとする。また、23条の2の詐害事業譲渡も、併せて確認のこと。

【取締役の選任と終任】

・取締役の選任と、終任についてまとめよ。

・取締役は、株主総会の決議によって選任され（329条1項）、その関係は、委任の規定に従う（330条）。したがって、取締役の就任には、本人の同意が必要（民643条）である。

・取締役の終任は、委任の規定に従い、いつでも自由に辞任出来る（民651条1項）。また、死亡や破産、後見開始なども終任事由となる（民653条。但し、会社の破産は委任関係の終了とならない）。その他、任期満了や欠格事由の発生、会社の清算開始（但し、清算人になるケースが多い）、解任がある。

【取締役の終任による欠員への対応】

【事例】：〈待兼工業株式会社は、取締役会設置会社であり、従来、A・B・Cの3人の取締役がいた。この3人の取締役の任期は、平成27年6月に開催予定の定時株主総会終結時であったところ、平成27年4月1日に、Cが病氣療養のため辞任を申し出た。そこで、同年6月23日開催の定時株主総会においてA・B・Dの3人を取締役候補者とする議案を

提出した。ところが、当該株主総会において、株主から、Aを取締役から即時解任する旨の議案提案が適法になされ、審理の結果、可決された。さらに、会社が提案した取締役候補者のうちA・Bについては選任が否決され、Dのみが可決されたのち、定時株主総会は散会となった。Dは、取締役就任を承諾した。定時株主総会終結後、待兼工業において取締役（または取締役としての権利義務を負う者）は誰か）

・「誰が正当な役員か」という点が問題となる場合、まず「全員がまさしく取締役である時点」まで遡り、そこから順次「誰が取締役か」を判断する。

当初（27年4月1日以前）は、ABCが取締役であったところ、4月1日にCが辞任を申し出ている。しかし、待兼工業は、取締役会設置会社であり、取締役の員数が3人以上必要であるため、Cが辞任すると員数に欠けることになる。したがって、Cは取締役ではないものの、346条1項の規定により、なお、取締役としての権利義務を負うことになる（なお、ABは引き続き正式な取締役）。

次に、6月23日の株主総会で、Aは、僅かな任期を残して解任されている。これにより、Aは取締役ではなくなる。しかも解任なので、346条1項による「取締役としての権利義務を負う者」にもなれない。この時点で、取締役（ないしその権利義務を負う者）はBとCの2人になる。

さらに、定時株主総会の終結（散会）により、Bの取締役としての任期が満了する（なお、332条1項の任期の定め方を参照）。これで、正式な取締役はいなくなる。もともと、Bは、任期満了による退任なので、346条1項により「取締役としての権利義務を負う者」となる。

ここで、Dが取締役就任を承諾することにより、正式な取締役に就任する。しかし、正式な取締役が3人に未満なので、346条1項の「新たに選任された役員が就任するまで」という期限が到来したことにならず、BとCは、引き続き「取締役としての権利義務を負う者」ということになる。

したがって、取締役はB・C・D（そのうち正式な取締役はDのみ）となる。

【業務決定と業務執行のまとめ】

・業務の決定と業務の執行は異なる。まとめよ。

	業務の決定の権限	（狭義の）執行の権限	会社代表権限
非取締役会 設置会社	取締役（の過半数） （348①②）	原則、各取締役が執行 （348①）	原則として各取締役 （349①）
取締役会設置会社	取締役会がもつのが原則（362④）	代表取締役、その他の指定された取締役（363①）	代表取締役として指定された者（362③）

【業務決定と業務執行の具体的な相違】

【例】 齊藤興業株式会社は、黒猫グッズの製造販売を行う企業であり、その取締役は、A・B・Cの3人である。同社が取締役会設置会社であるかどうかによって、以下の（ア）～（イ）への答えはどのように変わるか？

（ア） 会社が多額の借入れを行う場合、誰がどのように決定するか？（業務の決定）

（イ） 決定に基づいて実際に借入れ行為を行うのは誰か？（業務の執行）

・非取締役会設置会社の場合

決定権限：取締役が1人ならその者（348条1項）、複数なら過半数により決定（348条2項）。日常業務については、個々の取締役に委任可能だが、348条3項各号の事由は、委任不可（限定列举）→齊藤工業では、特定の取締役に委任可能。

執行権限：取締役が1人ならその者（348条1項）。複数いる場合、決定権限と異なり、348条2項の様な規定が無いので、全員が実行可能。（但し、通常、取り決めはある）

・取締役会設置会社の場合

決定権限：原則として取締役会（362条2項1号）。決定権限を個々の取締役に委任出来るが、362条4項各号の事由は委任できない（限定列举）→齊藤工業は取締役会で決定する。

執行権限：代表取締役or選定業務執行取締役。（尚、取締役会設置会社は、代表の定めは必須。362条3項）

*取締役会設置会社では、代表取締役or選定業務執行取締役に選任されない限り、取締役に業務執行権限はない。

【招集手続に瑕疵がある場合の取締役会の効力】

【事例】：〈取締役会設置会社であるA社（資産総額50億円）の代表取締役Xは、妻の父親が経営している、会社Bの代表取締役への就任を打診され、応諾した。Xは、B社の事業を伸ばすため、Cからの借入を企図した。Xの方針に反対するB社取締役Dに、招集通知を送らず、取締役会を開き、10Mの借入を決定した。B社の取り得る措置について、取締役会招集手続の瑕疵を対象として論ぜよ〉

・B社の取締役Dに、取締役会の招集が行われなかったため、Dを欠いて取締役会が開かれている。この様な、一部の取締役の招集を欠いた取締役会の決議の効力を、どの様に解すべきか。取締役会の招集手続の瑕疵について、明文の規定がないことから問題となる。

⇒取締役会は、株主総会と異なり、招集手続が容易であることから、取締役会の招集手続に瑕疵があるときは、取締役会の決議は無効であると解する。

しかし、この場合においても、当該取締役が出席してもなお、決議の結果に影響が無いと認める特段の事情があるときは、この瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解する。

＊決議の結果への影響は、単なる議決数を意味するのではなく、その出席出来なかった取締役の発言が出来なかったこと等、欠席による不利益も考慮要素として判断される。

【取締役会の招集手続の制限とその効果】

【事例】：〈Y社取締役会規程には、「取締役会の招集は書面です」「書面通知には、会議の目的事項を記載する」「書面に記載された会議の目的事項以外の決議は出来ない」との記載がある。Y社は、代取Aを解任するため、「平成28年8月1日付人事異動の件」とのみ記載した書面を招集通知として、取締役会を開き、代取Aを特別利害関係人として、退席させた上、Aの解任を議決した。この議決は有効か〉

・本件、「平成28年8月1日付人事異動の件」は、誰の異動のことか不明であり、特定性を欠くため、「会議の目的事項」を記載したとは言えない。

取締役会については、株主総会と異なり、「会議の目的事項」を事前に通知する会社法上の規定は、招集権者以外の者が行う招集（368条2項）以外、直接の規定は無い。

しかし、規程に記載のある以上、会議の目的たる事項が不明確で、記載されたとはいえない場合には、招集手続に瑕疵があったとして、取締役会の決議は無効となるのではないか。

また、仮に、会議の目的たる事項を招集時に記載する必要があるにしても、会議の目的事項とならないものを議決したことは、やはり規程違反となり、取締役会の決議は無効となるのではないか。

⇒取締役は、取締役会に出席し、会社の業務執行について、臨機応変に、経営判断をなす権限と、取締役の職務執行を監督する義務を負っている。

そして、この権限と義務に照らせば、会議の目的事項を予め通知することを求める規定は、取締役に、事前の準備の便宜を与えるものとどまり、取締役会の決議内容を拘束する効力は有しないと解する。

また、会議の目的事項以外の決議を制限する規定も、取締役の上記権限と義務を制限するので、法的拘束力は認められないと解する。

【代表取締役の代表解職決議における代表取締役の議決権の行使】

【事例】：〈甲社の代表取締役であるAは、A、B、C、Dの4人が出席した取締役会のAの「代表」解職動議について、ABが反対、CDが賛成する結果となり、過半数が認められず、請求は棄却された。しかし、Cは代表取締役が、代表の解職動議にて議決権を行使することは、特別利害関係を有する者の決議であり、Aが参加しなければ、動議は議決されたはずだから、Aは代表権を有しないと訴えを提起した。Cの主張は認められるか〉

・会社法は、特別利害関係人は、取締役会の議決に参加出来ないと規定する（369条2項）。この場合、Aは、特別利害関係人にあたるか。

⇒特別利害関係人とは、会社に対する忠実義務（355条）を、誠実に履行することが定型的

に困難と認められる個人的利害関係、ないし会社外の利害関係を有する者という。

そして、代表取締役は、「業務に関する一切の」「行為をする権限を有する」(349条4項)ため、会社の経営、支配に、大きな権限と影響力を持っている。

それにも関わらず、一切の私心を去って、会社への忠実義務に従い、公正に議決権を行使することは難しい。

したがって、個人的利害関係を有する者として、特別利害関係人にあたると解する。

*代取の選任の場合、その選任対象取締役は、特別利害関係人にあたらないとされている。

また、株式の譲渡制限がある場合に、その承認議案について、その譲渡人、又は譲受人である取締役が特別利害関係にあたるとかは説が分かれている。

加えて、取締役の報酬について、株主総会の枠の決議に基づいて取締役会で具体的な支給額等の決議をする場合、支給対象取締役は、特別利害関係にはないが、自己取引の承認議案については、当該自己取引の当事者となる取締役は、特別利害関係があると解されている。

*特別利害関係人が入った取締役会決議は、「当該取締役が出席してもなお、決議の結果に影響が無いと認める特段の事情があるとき」を除き、無効となる。

したがって、特別利害関係人該当性判断の後、次に、取締役会が無効か否かの検討が、別途必要となるので注意。

【議事録の閲覧権の整理】

・取締役会においても、議事録の作成義務があり(369条3項)、10年間、本店に備え置かれ(371条1項)、出席した取締役や監査役は、署名(又は記名押印)する。その際、異議をとどめなかった取締役は、決議に賛成したと推定(369条5項)されるため、取締役の責任が追及される場合(423条など)に、議事録は重要な位置を占める。では、議事録は、誰に閲覧の権利があるのか。整理せよ。

・株主による閲覧、謄写：権利行使の必要があれば、いつでも可能(371条2項)。但し、監査役設置会社と指名委員会等設置会社、監査等委員会設置会社は、裁判所の許可が必要。

・取締役会設置会社の債権者による閲覧、謄写：役員、又は執行役の責任を追及する必要があるときに、裁判所の許可を得れば可能。

・取締役会設置会社の親会社社員による閲覧、謄写：権利行使の必要があるときに、裁判所の許可を得れば可能。

【多額の借財の意義と、取締役会を欠く代表取締役の行為の効力】

【事例】：〈X社(資本金10M、総資産100M、取締役設置会社)の代表取締役甲は、銀行から100Mの資金を、取締役会に付議することなく、勝手に借入を行った。この場合の借入の効力について論ぜよ〉

・代表取締役甲は、銀行から勝手に借入れを行ったが、会社法362条4項2号は、多額の借財については、取締役会の決議を要する旨規定する。では、本件借入は、多額の借財といえるか。

⇒多額の借財にあたるか否かは、当該借財の額、その会社の総資産における割合、当該財産の保有目的、会社における従来の取扱い等の事情を、総合的に考慮して判断すべきと解する。

・多額の借財に該当した場合、取締役会の決議を欠く代表取締役の行為を、どの様に解すべきか。

⇒349条4項は、代表取締役は、「株式会社の業務に関する、一切の裁判上、又は裁判外の行為をする権限を有する」と規定する。

そして、取締役会の決議を要する事項について、その決議を経ない場合でも、それは、内部的意思決定を欠くにとどまるから、代表取締役の行った行為は、原則有効であり、相手方が、決議を経ないことを知り、又は知ることが出来た場合には無効となると解する。

*心裡留保の規定（93条）の類推と理解する。

*多額の借財に当たらなければ、取締役会決議を要する取引でないので、代取の行った行為は、代表権のある者の行為として、有効に会社に効果帰属する。

【362条4項に定める取締役会の決議の瑕疵における相手方の主張】

【事例】：〈X社の代表取締役甲は、取締役会に付議することなく、勝手にX社の重要な財産にあたる土地を乙社に売却した。この土地は、その後大きく価格が下落した。購入を後悔した取引の相手方である乙社は、甲社の手続きの瑕疵を理由に、契約の効力は無効であることを主張することは出来るか〉

・乙社は、甲社の取締役会の招集手続の瑕疵を理由に、売買契約の無効を主張出来るか。

⇒362条4項が、重要な業務執行の決定を、取締役会の権限としたのは、代表取締役への権限集中を抑制し、取締役の協議に沿った、業務の執行を確保することで、会社の利益を保護することにある。

したがって、取締役会の決議を経ないことを理由とする取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、当該会社の取締役会が、無効を主張する旨の決議をしている等の特段の事情がない限り、取引の無効を主張することは出来ないと解する。

【代表取締役の権限濫用】

【事例】：〈Y株式会社では、1,000万円以内の借入れについては、代表取締役が単独で決裁出来ることとされていた。代表取締役Aはこれを利用し、あたかも会社の運転資金とし

て借り入れるように装って、X銀行からY社名義で500万円を借り入れたうえ、これを自宅の改修費に充ててしまった。後に、X銀行から返済を求められたY社は、返済を拒むことができるか)

・Y社は、返済を拒むことができるか。

⇒代表取締役は、会社の業務執行について一切の権限を有する(349条4項)ため、本件取引行為は、原則有効である。

しかし、Aには、Y社に借入を帰属させる内心的効果意思と、表示との間に不一致は無いが、借入の効果の帰属先について、内心的効果意思と表示との間に不一致が見られ、心裡留保類似の構造が見られる。

したがって、この場合には、心裡留保の規定である民法93条を類推適用し、相手方が、代表取締役の真意を知り、又は知ることが出来たときには、会社は、取引行為の無効を、相手方に主張することが出来るものと解する。

*いわゆる代表取締役の代表権の濫用と呼ばれる論点。代取が、代表権を有することを良いことに、自己の利益を図る目的等で、会社に帰属する取引を行った場合に、その取引の有効性を問題とするもの。

【取締役の行為と表見代表取締役、不実の登記】

【事例】：〈取締役会設置会社のY社において、代取選任の取締役会に、取締役Aに招集通知が送られず、Bが代取となり、その旨登記された。その後、Bは、Y社を代表して、Q社に本件土地を売渡した。その際、Q社は、登記を見たわけではないが、Bから「代取」肩書のある名刺を渡され、信用していた。Y社は、取締役会の無効を理由として、Q社との本件土地売買契約の無効を主張出来るか〉

・本件におけるY社の請求の根拠は、Bの代取就任の取締役会は、瑕疵があつて無効であり、そのため、代取ではないBが、業務の執行を行っているが、その効果は、会社に帰属しないため、なお、本件土地の所有権を有するというものである。

本件取締役会は、Aに招集通知が送られていない点で、368条1項に違反し、決議の結果が変わらない特段の事情があるとは言えないため、取締役会の決議は無効である。

では、Q社からは、どのような反論が考えられるか。

・表見代表取締役(354条)について

・354条が適用されるには、会社が、代表権限を有すると認められる名称を「付した」ことが必要である。しかし、本件では、そもそも取締役会は無効であり、会社は、その名称を付したとは言えないのではないか。

⇒354条に規定する表見代表取締役の規定は、虚偽の外観作出について、帰責性ある会社の犠牲の下、その外観を信頼した第三者を保護する権利外観法理にある。

したがって、会社に帰責性があると認められるのであれば、会社が、代表権限を有する

と認められる名称を「付した」ことと、同視して良いと解する。

・不実の登記（908条2項）について

- ・908条2項は、「不実の事項を登記した」者が、善意の第三者に対抗出来ない規定である。
しかし、本件では、そもそも取締役会は無効であり、Bは代取でなかったため、会社は、「不実の事項を登記した」者とは言えないのではないかな。

⇒会社が、不実の登記であることを知って放置する等、会社が不実の登記をしたのと同視出来るのであれば、会社は、「不実の事項を登記した者」に当たると解する。

- ・次に、取引の相手であるQ社は、Y社の登記を確認していない。このような場合にも、不実の登記があったことを理由に、Q社は、善意の第三者として保護されるべきか。

⇒908条2項の不実の登記の規定は、登記義務のある会社が、故意、又は過失によって公示機能を持つ登記を行った以上、その登記とは異なる主張を、善意の第三者に対して行うことは許されないとする、禁反言の法理を具体化した規定である。

したがって、相手方の信頼の有無は問題とならないため、登記を実際に確認せずとも、善意の第三者にあたれば、相手方は保護を受けると解する。

*908条2項について、権利外觀法理であるとの見解もある。この場合、第三者の外觀に対する信頼が必要であるから、登記を実際に見ていないと、善意の第三者として保護されないことになる。

【経営判断の原則】

【事例】：〈Y社は、百貨店業を営む会社であり、Xらは、Y社の代表取締役、ないし取締役であった。Xらは、イスタンブールに出店すべく、出店用地の取りまとめを現地法人のP社に依頼した。これに関連して、P社に1500万米ドルの貸付が行われた。その後、出店計画は頓挫し、貸し付けた1500万米ドルが回収不能となった。Y社の株主達は、そもそも、イスタンブールに出店する計画を中止しなかったことが、Y社の損失の原因であり、Xらに法的責任があると考えている。この場合、Xらが本件貸付を行ったことは、取締役としての善管注意義務に反しているか（なお、利益相反状況はなく、法令違反もないものとする）〉

- ・Xらは、取締役としての善管注意義務（330条、民644条）に違反したと言えるか。

⇒企業の経営に関する判断は、不確実、かつ流動的で、利益獲得を目標にする以上、一定のリスクが伴う。

したがって、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から、その決定の過程、内容に、著しく不合理な点が無い限り、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る。

*判例集115や120の事案は、リスクテイクであり、非定形的な行為。これは、後知恵の「あ

の時こうすれば良かった」と責められる問題ではないから、経営判断原則を肯定した。

次に、拓銀の事案（判例集116）は、金融機関は慎重な判断が認められる上、融資判断は定型的な部分が多いから、経営判断原則を否定した。

最後に、ダスキンの事案（判例集118）は、違法行為の不公表が問題となった。この場合、違法な食品添加物の混入を公表するしかないとする。そこを逸脱するとアウト。

【リスク管理体制構築義務と取締役との関係】＊リスク管理体制構築の基準

【事例】：〈取締役会設置会社のA銀行は、ニューヨーク支店を開設し、米国財務省証券のディーリングを行っていた。しかし、同支店に勤務していた従業員Bは、上司に無断で行った取引によって損失を出した上、これを隠蔽するために、A銀行や顧客の証券を無断で売却して、A銀行に多額の損害を与えた。このような問題について、代表取締役Cはどのような義務を負っていたと解すべきか〉

・Cの義務は、どの様に解すべきか。会社の従業員であるBが犯した不正について、代表取締役Cが、予め、A銀行において定めておくべきリスク管理体制とはどのようなものか。

⇒取締役会設置会社においては、取締役会において、リスク管理体制の構築に関する決定を行う義務がある（362条4項6号）。

したがって、リスク管理体制を決定していなければ、取締役としての義務違反を問われることになるが、リスク管理体制を決定していても、その内容を適正に構築していない場合、取締役は、善管注意義務（330条、民644条）を負うことになる。

そして、リスク管理体制は、疑念を差し挟むべき特段の事情が無い限り、通常容易に想定し難い、巧妙な不正行為を想定し、構築されなければならないものではないと解する。

【リスク管理体制と取締役の監視義務】＊リスク管理体制に基づく取締役の監視義務

【事例】：〈大会社のA社は、相応のリスク管理体制を構築していたが、従業員のBが、取引行為で大きな損失を出してしまった。この場合、担当取締役Cには、相応のリスク管理体制を前提に、Bの取引行為を監視する義務があり、Bの取引行為を中止すべき監視義務に違反したといえるか。また、その他の取締役はどうか〉

・A社は、相応のリスク管理体制を構築していたが、Cは、Bの監視を怠ったことが、善管注意義務（330条、民644条）に違反するとして、その責任を問われるか。

⇒大会社の担当取締役は、広汎な職務を管轄している。

したがって、個別取引の詳細な精査までは、求められておらず、下部組織が適正に、業務を遂行していることを前提に、その報告を基に、調査、確認すれば、明らかな不備や不足があるといった特段の事情が無い限り、善管注意義務を果たしたものと解する。

そして、その他の取締役は、担当取締役の職務遂行が違法であると疑わせる特段の事情が無い限り、リスク管理体制に基づいて監視が行われている以上、善管注意義務を果たしており、取締役の監視義務（362条2項2号）にも反しないと解する。

*リスク管理体制の問題は、①取締役会設置会社の場合、そもそもリスク管理体制を構築していたか（362条4項6号の問題）、②リスク管理体制を構築していたとして、取締役が、自己の職務の内容に対応する、適正なリスク管理体制の整備をしていたか（適正な構築の問題。これが適切でないと、取締役の忠実義務、ないし善管注意義務違反となる。355条、330条、民法644条の問題）、③適正なリスク管理体制を構築していたが、問題が発生した場合、その問題に適切に対処したか（これも、355条、330条、民法644条の問題）の3つが問題となる。

そして、上記2つの規範は、③について、判断基準を示したものである。但し、大会社の場合の事例的規範なので注意を要する。③については、実際に対応した者については、その対応は適切であったか、その他の取締役は、監視義務が適切に果たされているかが、主に問題となる。

【競業取引の規制】*356条1項1号の取引

【事例】：〈和菓子の製造、販売を業とする取締役会設置会社のA社の取締役Xは、A社に無断で、同じく和菓子の製造、販売を業とするB社の取締役となった。A社の定款には、「茶道具の製造、販売」も、定款に記載されているが、その様な事業を、A社が開始する予定がなかったため、Xは、B社で茶道具の製造、販売事業を始めた。また、A社は、着物販売事業に乗り出す準備をしていたが、それに先んじて、Xは、B社で着物販売事業を始めた。この様なXの行為は、競業取引にあたるか〉

・356条1項1号は、取締役の競業取引について規制する。競業取引を行う場合、当該取引について、重要な事項について開示し、取締役会の承認（356条1項本文、365条1項）を経なければならない。

また、取引後に、遅滞なく取締役会に報告しなければならない（365条2項）。

したがって、Xの行った行為が、競業取引に当たるのであれば、Xは、これらの対応をしていないため、法令違反となるが、Xの行った本件行為は、競業取引にあたるか。

⇒競業取引となるには、①取締役が、②自己、又は第三者のために、③株式会社の事業の部類に属する取引をしようとする必要がある。

そして、②については、名義のいかんにかかわらず、経済的効果が会社に帰属するのであれば、これを競業取引として規制する必要性はないことから、当該取引が自己、又は第三者の計算で、行われる場合を指すと解する。

また、③については、会社が、実際に、その事業において行っている取引と、目的物と市場が競合する取引で、進出のために準備を行っている事業も含むものと解する。

・これを本件について見るに、Xが、B社の取締役に就任したことは、取引行為でないことから、競業取引にあたらない。また、茶道具の製造、販売事業は、A社の定款に記載されているものの、A社が実際に事業で行っている取引でなく、目的物、及び市場も競業し

ないため、競業取引にあたらない。

しかし、着物販売事業は、A社が現に事業を行っていないものの、進出のために準備を行っている以上、競業取引にあたる。

＊競業取引が行われた場合、利益相反取引と異なり、その効力は無効ではない（相対的無効説との比較）。なぜなら、競業取引は、会社以外の者と取締役との取引であるため、無効となっても、会社の救済とならないからである。

この場合、主に、423条の損害賠償請求、及び取締役の解任（339条2項）、少数株主による解任の訴え（854条1項）の原因となる。423条を検討する場合、競業取引は、利益相反取引と異なり、423条3項の適用は無いから、競業取引に必要な手続を踏んでいれば、会社に損害が生じて、任務懈怠は推定されないことに注意を要する。

＊競業取引のみ、423条2項の損害額の推定規定が働く。したがって、423条1項の対会社に対する取締役の損害賠償責任の要件の1つである「損害」については、会社は、この規定を使い、損害の主張、立証責任を免れることが出来る。

＊解任の訴えとは、取締役が不正行為等を行ったにも関わらず、株主総会が解任議案を否決した場合に、少数株主権として株主が提起する訴えである。原告となる株主は、総株主の議決権の3/100以上、又は発行済株式総数の3/100以上を有する株主である。

解任の訴えは、会社と解任されるべき取締役の両方を被告として提起される必要がある（855条）。

【356条1項本文に定める重要な事実】

・競業取引、及び利益相反取引において、それを取締役が行う場合に、開示が求められる「重要な事実」とは、どのような事実か。

⇒356条1項の規定趣旨は、取締役が、競業取引や、利益相反行為を行っても良いか否かを、取締役会に判断させることにある。

したがって、取締役会が、その様な判断が出来るだけの事実が、重要な事実にあたるものと解する。

【利益相反取引における直接取引の判断基準】＊356条1項2号の取引

【事例】：〈A社は、バス事業を営む会社である。Xは、A社の取締役であるが、同時にB社の代表取締役でもある。A社のバス整備工事の新築事業に際し、Xは、B社を代表して、A社と建築請負契約を締結した。この契約の有効性〉

・Xは、A B両社の取締役であるにも関わらず、XがB社を代表して、A社と建築請負契約している。この様なXの行為は、A社の取締役であるXが、B社という「第三者のため」に、直接、A社と取引を行う直接取引として、利益相反取引（356条1項2号）にあたるか。

⇒直接取引となるには、①取締役が、②自己、又は第三者のために、③株式会社と取引し

ようにすることが必要である。

そして、②については、規制対象の明確性、相手方から見た取引安全の確保の観点から、取引の法律上の当事者になるのは誰かという、名義によって判断されると解する。

・この場合、A社の取締役であるX（①充足）が、B社という第三者のために、B社を代表して、取引の当事者として（②充足）、A社と建築請負契約を締結した（③充足）のであるから、本件保証契約は、直接取引にあたり、利益相反取引となる。

＊直接取引にあたるか否かにつき、取締役が、取引の相手方になる必要があるとする形式説と、例えば、甲社代取Aが、乙社代取Bと取引したが、乙社の100%株主がAであった場合も直接取引にあたるとする実質説が対立している（形式説を採用しても、間接取引と構成出来るので、利益相反取引に該当することに疑いはない）。

実質説は、その取引の利益がAに帰属する以上、実質的に見て、Aが行った取引と同視出来ることを根拠とする（この観点から、会社を実質的に支配出来る株式数なら、100%でなくとも、直接取引と評価出来る）。

直接取引と見るか、間接取引と見るかは、428条1項による免責が、直接取引にしか認められていない点で差異が生ずる（428条1項は、利益相反取引の直接取引において、423条1項の要件の1つである「役員等の故意過失」という、帰責性要件の不充足の抗弁を提出出来ないと規定する）。

＊利益相反取引をした場合、たとえ手続を適法に行ったとしても、423条3項により、会社に損害が発生した場合、取引を行った取締役の任務懈怠が推定され（423条3項1号）、決議に賛成した取締役の任務懈怠も推定される（423条3項3号）。競業取引との比較に注意。

但し、競業取引であっても、損害が出たことにつき、取締役の善管注意義務違反を理由として、423条の損害を求めることは出来る。

【利益相反取引における間接取引の判断基準】＊356条1項3号の取引

【事例】：〈取締役会設置会社であるA社（資産総額50億円）の代表取締役Xは、自らが100%の株式を有する、B社の代表取締役に就任した。B社の代取就任にあたり、Xは、A社に何らの相談も行わなかった。その後、Xは、B社の事業を伸ばすため、Cからの借入を企図し、10Mの借入を決定した。そして、A社に何ら相談も無く、本件借入にA社の保証を付けた。Cは、XがA社の了解をとらず、A社の保証を行ったことについて悪意であった。Xの行為は、利益相反行為と言えるか〉

・Xは、A B両社の代表取締役であり、B社が、Cから資金を借入するにあたり、A社の保証契約を、Cと締結している。Xの行為が、A社にとっての利益相反取引にあたる場合、A社の株主総会において重要な事実を開示し、承認を受ける必要がある（356条1項）が、Xの行為は、間接取引として、利益相反取引（356条1項3号）にあたるか。

⇒会社が、取締役以外の者との間で、会社と取締役の利益が相反する取引を行うことを間

接取引という。

そして、間接取引と言えるか否かは、会社と第三者の取引が、外形的、客観的に、会社の犠牲で、取締役に利益が生じる行為といえるか否かによって、判断されると解する。

・本件におけるA社とCの保証契約は、A社にとっては、保証を負うだけで、何ら利益を得る取引ではない。そして、保証相手であるB社は、Xが代取を務める会社であり、A社の保証を受けることで、Xは利益を享受していると言える。

したがって、本件は間接取引にあたり、利益相反行為となる。

【直接取引及び間接取引（利益相反取引）の違反の効果】＊相対的無効説

【事例】：〈取締役会設置会社であるA社（資産総額50億円）の代表取締役Xは、自らが100%の株式を有する、B社の代表取締役に就任した。B社の代取就任にあたり、Xは、A社に何らの相談も行わなかった。その後、Xは、B社の事業を伸ばすため、Cからの借入を企図し、10Mの借入を決定した。そして、A社に何ら相談も無く、本件借入にA社の保証を付けた。Cは、XがA社の了解をとらず、A社の保証を行ったことについて悪意であった。Xの行為は、利益相反行為と言えるか。言えるとして、本件のA社とCとの間の保証契約の効果はどうか〉

・本件の保証契約は、Y社が、Cという取締役以外の者で行った契約である。そして、本件保証契約は、A社にとっては、何らの利益とならない不利益なものであり、保証を受けるB社にとっては利益となるものである。そして、B社の利益は、B社株主であるXの利益となるから、客観的に見て、A社の犠牲で、A社取締役Xに利益が生じる行為と言えるから、間接取引の利益相反行為となる（356条1項3号）。

そして、利益相反行為については、取締役会に当該取引について重大な事実を開示し、その承認を得なければならない（356条1項、356条1項2号）と規定するところ、Xは、A社の承認を受けていない。この様な、A社の承認を経ずに行った、利益相反取引の効力を、どの様に解すべきか。明文に規定のないため問題となる。

⇒会社の利益を保護するため、会社の承認を受けずに行った利益相反取引の効力は無効である。

しかし、取引の相手方が、利益相反取引であることや、会社の承認を得ていないことを知らなかった場合にまで、取引の効力を無効とすると、取引の安全を害する。

したがって、会社側が、上記事由につき、取引の相手方が悪意であることを、主張立証した場合にのみ、取引の相手方に対しても無効を主張出来ると解する。

＊会社と取締役の取引が問題となる2号の直接取引の場合（取締役が、第三者を代表して行った取引を含む）、会社が取締役に無効を主張出来ることは当然であるが、当該取締役から、取引の目的物を譲受した第三者がいた場合に、会社が取引の無効を主張出来るか。

この点についても、上記と同様の規範により、当該第三者が、会社の承認を受けずに行

われた利益相反取引であったことに悪意であることを、当該会社が主張立証した場合にのみ、その無効が主張出来ることになる。

＊会社と取締役以外の者が行う3号の間接取引の場合の取引の相手方や、直接取引の場合の第三取得者に無効を主張するには、利益相反取引であることを知らなかった者の保護し、取引の安全を確保する観点から、会社側が、当該相手方の悪意を主張、立証しなければならない。この考え方を相対的無効説という。

＊利益相反規制は、会社を保護する規定であるので、取引の相手方から、取引の無効を主張出来ない。

＊取締役の決議の際に、利益相反取引を行う取締役は、特別利害関係人にあたるので、決議に参加出来ない（369条2項）。

＊取締役会設置会社では、利益相反取引を行った取締役は、その取引終了後遅滞なく、会社の承認の有無を問わず、その事実を取締役会に報告しなければならない（365条2項）

【従業員の引き抜きと忠実義務違反】

【事例】：〈X社の代取Aと、取締役Bは、その経営方針をめぐって対立していた。そして、Bは独立を決意し、自らに近い側近の従業員を勧誘し、引き連れる形で退職した。Aの、Bの忠実義務違反を理由とする損害賠償請求は、認められるか〉

・Aの、Bの忠実義務違反（355条）を理由とする、損害賠償請求（423条1項）は、認められるか。

⇒取締役が、在職中に、会社の従業員の引き抜きを行うことは、会社以外の者の利益を図る行為として、当然に、忠実義務違反に当たるとする見解がある。

しかし、取締役が、就任時に連れてきた部下など、引き抜かれる者の属性によっては、忠実義務違反にあたらない場合もありうる。

したがって、当該従業員と会社、取締役との関係を考慮して、忠実義務違反の有無が判断されると解する。

＊取締役が、会社を辞めた後は、取締役としての義務を会社に負わない以上、何ら問題は生じない（但し、退職時の競業禁止特約等がある場合は別）。

＊忠実義務違反を任務懈怠として問題にするのは、具体的な法令違反が無い、取締役の行動を問題とする場合である。例えば、競業取引や利益相反取引をした取締役、取締役の監督義務に反した取締役等は、当然に忠実義務違反や善管注意義務違反も構成するが、これらは、法令に規定された義務に反したことが、任務懈怠と構成出来るので、この場合にまで、忠実義務違反や善管注意義務違反を主張する必要は無い。

【会社の機会の奪取と忠実義務違反】

【事例】：〈豊中市・池田市周辺で洋菓子製造販売業を営むX社は、石橋駅前で手頃な店

舗物件を探していた。X社の取締役Yは、取締役として行っていた情報収集のなかで、いい物件の情報を聞いた。ところがYは、当該物件をX社に報告せず、自分が経営する不動産業のために借り受けてしまった)

・Yの行為は、忠実義務違反(355条)となるか。

⇒会社は、本件物件を用いて、利益を受ける機会があったのにもかかわらず、取締役Yの行為によって、その機会を失っている。

この様に、取締役が、会社が利益を受ける機会を奪取した場合には、会社に損失を与える可能性のある行為を行ったとして、忠実義務に違反すると解する。

【取締役の報酬規制】

【事例】：〈株式会社Aの代取Bは、現在月額80万円で働いている(この額は適法)。しかし、自分は良く働いていると思うので、自らの一存で給与を月額140万円に増やした。この決定は適法か〉

・株式会社の取締役の報酬決定について、取締役の一存で報酬を決定することは出来るか。

⇒取締役の報酬等については、定款、又は株式総会決議によって、報酬の金額が定められなければならない(361条1項)と規定する。

この規定は、取締役の報酬決定について、取締役、又は取締役会による、お手盛りの弊害を防止し、株主総会の監視に服させるための規定であると解する。

したがって、その報酬の額が、社会通念上相当であるか否かにかかわらず、定款、又は株式総会の決議によらなければ、報酬請求権は発生しないと解する。

*報酬規制を「お手盛り防止」の趣旨と考えるなら、定款や株主総会による総額方式による決定(例：取締役の報酬額を年額5億円以内とする)に従い、取締役会や取締役が、個々の報酬を、この総額内で決定することは、特段問題無い。

【取締役への退職慰労金の決定】

【事例】：〈Y株式会社が、定時株主総会において、辞任取締役Aに対する慰労退職金の支給につき、その金額、時期、方法等を取締役会に一任する旨の決議をした。この様な、支給決定方法は適法か〉

・取締役の報酬等については、定款、又は株式総会の決議によって報酬の金額が定められなければならない(361条1項)と規定する。

この規定は、取締役の報酬決定について、取締役、又は取締役会による、お手盛りの弊害を防止し、株主総会の監視に服させるための規定であると解する。

そして、慰労退職金は、報酬等にあたる以上、限度額を制限せずに、取締役会に一任する株主総会の決定は、361条1項に違反するのではないか。

⇒慰労退職金については、会社の業績や勤続年数、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、金額を決定する方法が一般に慣例となっている。

したがって、無条件に取締役会に一任することは許されないが、株主総会の決定が、上記の慣例に従うことが明らかであるときは、株主総会において、金額等に関する一定の枠が決定されたと言うべきであり、お手盛りの弊害は無いから、その決定は、有効と解する。

＊上記とは別に、株主総会で、退任取締役Xの退職慰労金の支払を決定し、その時期、支払方法について、取締役会に委任したが、取締役会が、Xの就任中の任務懈怠等、理由を付けて、退職慰労金を支払わなかった場合、Xは、退職慰労金を請求出来るか、問題となる。

この場合、決定を一任された取締役会で、金額や支払時期が具体的に定められて初めて、退職金の支給が、会社と取締役との間の契約内容となり、当事者を拘束すると考えるべきである。したがって、退職慰労金請求権は発生していない。

【使用人兼務取締役の報酬】

【事例】：〈A氏は、(株)B商事の取締役であると同時に、大阪支店長として専務取締役の指揮下で働いている。A氏は、取締役としての報酬を月5万円もらうとともに、大阪支店長としての給与を月80万円受け取っている。この大阪支店長としての給与については、株主総会で決めたものではない。給与の支給は適法か〉

・Aの給与は適法か。取締役の報酬等については、定款、又は株式総会の決議によって報酬の金額が定められなければならない(361条1項)と規定する。Aは、取締役である以上、その報酬は、すべて定款、又は株式総会の決議によって定められなければならないのではないか。

⇒361条1項は、取締役の報酬決定について、取締役、又は取締役会による、お手盛りの弊害を防止し、株主総会の監視に服させるための規定である。

この点、従業員としての給与を自由に決められるとすると、「お手盛りの弊害防止」の趣旨を潜脱する可能性があり、許されないと思える。

しかし、従業員として受ける給与の体系が、明確に確立しており、かつ、それによって支給されている場合には、別に従業員として給与を受けることを予定しつつ、取締役として受ける報酬額のみを、株主総会で決議しても、株主総会が、その監視機能を十分に果たせなくなるとは言えないと解する。

【株主総会による報酬の変更】

【事例】：〈Y株式会社は、創業者であるAが、発行済株式の60%を所有する会社である。他の会社で優れた営業成績を上げていたXは、Aの依頼を受け、平成23年6月、Y社の常務取締役となった(任期2年)。その際、株主総会で、Xの取締役としての報酬は、月50万円と決議された。ところが、平成24年5月に、Aが急死してしまった。Y社の全株式を

相続し、Y社代表取締役となったAの息子Bは、Xのことを毛嫌いしていた。そこで、Bは、平成24年6月の株主総会で、Xの報酬を0円とする株主総会決議案を提案し、自己の賛成でもって可決してしまった。Xは到底承服できない、と言っている。さて、Xは、Y社に報酬を請求することはできるか)

・Xは、Y社に報酬を請求することは出来るか。株式会社の取締役の報酬等については、定款、又は株式総会の決議によって報酬の金額が定められなければならない(361条1項)と規定する。株主総会で、報酬について決議された以上、Xの請求は、認められないのではないか。

⇒一度、個々の取締役の報酬が決定した場合、それが会社と取締役との委任契約(会社法330条、民法643条)の内容となり、契約当事者の双方を拘束するものと解する。

したがって、後に、株主総会等で、報酬等に関する事項を変更したとしても、取締役の合意がない限り、当該任期の満了までは、報酬内容を変更出来ないと解する。

*上記の判例は、適法に取締役が報酬請求権を有することが前提なので、事案によっては、報酬請求権の成否を論ずる必要がある(典型例としては、報酬総額を総会で決め、具体的な内容を取締役に委任する決議があった場合には、「お手盛り」の判例を記載する)。

*339条2項は、「正当な理由がある場合を除き」取締役が解任された場合、解任によって生じた損害賠償をすることが出来る(一般的には、残存期間の報酬額)と規定する。

したがって、取締役が不正を働いた等、損害賠償無しで解任出来る「正当な理由」がある場合には、上記判例の射程は及ばず、報酬の減額、ないし不支給も許されると解すべきである。

【423条に定める役員等の対会社への責任】

・423条1項は、役員等の任務懈怠によって、会社に生じた損害を、役員等が会社に賠償する責任を負うことを定めた規定である。423条の要件を整理せよ。

⇒役員等が負う、会社への損害賠償責任が認められるためには、①役員等であること、②任務懈怠があること、③役員等の故意、過失、④会社の損失の発生、⑤②と④の因果関係が必要である。

【総株主の同意による取締役の責任の全部免除】

【事例】：〈甲社の取締役Aは、356条に違反して、甲社と利益相反取引を行った結果、甲社に500万円の損害を与えてしまった。しかし、甲社の代表取締役らは、Aが深く反省していること、また、Aが業務にとって不可欠の技能を有しており、将来的には、有望な経営者となるであろうことなども考え合わせ、Aの損害賠償責任をすべて免除して、今後ますます頑張ってもらいたいと考えている。Aの損害賠償責任を免除することはできるか〉

・Aの責任を全部免除することは出来るか。424条は、総株主による同意によって責任免除

が出来る旨定めるが、総株主とは、どの様な意味で解すべきか。

⇒424条の規定の趣旨は、会社が被った損害は、株式価値の下落として、株主の損害となるため、損害を被る者の同意が無い限り、責任の免除を認めないことにある。

したがって、総株主とは、株主総会に参加出来ない、無議決権株主も含めた、損害を被るすべての株主を意味すると解する。

*この趣旨は、120条5項に定める、株主等の権利行使に関する利益供与の禁止の場合の責任免除規定にも妥当する。

【対会社責任の免除のまとめ】

・上記、424条の対会社に対する責任の全部免除以外に、責任の免除規定についてまとめよ。
〈前提〉：善意、かつ重過失でない取締役の行為のみ、責任を免除出来る。

・ 株主総会決議による一部免除（425条）：「賠償責任を負う額」－「最低責任限度額」＝「免除の限度額」。この免除の限度額の範囲で、株主総会の特別決議で決議した額を免除出来る。尚、監査役設置会社では、免除議案提出には、全監査役の同意が必要（3項）

・ 監査役設置会社における「定款の定め」＋「取締役会決議」による一部免除（426条）：特に必要と認めるときしか認められない。免除決議をしたら、株主に通知（3項）義務あり。その場合、総株主の3/100以上の株式を持つ株主が異議を唱えたら、この方法による免除は出来ない（7項）

・ 社外取締役による責任限定契約（427条）：責任限定契約の締結には、定款の定めが必要。また、責任限度額は、最低責任限度額か、会社が定款で定めた額のいずれか高い額（1項）

【株主代表訴訟：現在の株主による会社役員等の責任追及】

【事例】：〈A株式会社の取締役Yは、大阪市の土地につき、自己の名義で所有権移転登記を経由した上で使用している。A社の株主であるXは、その土地は、A社が第三者から購入したのに、Yが勝手に自己名義で所有権移転登記をして、占有していると主張している。そこでXは、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権、及び所有権に基づく返還請求権としての目的物引渡請求権の2つの訴訟物を根拠として、株主代表訴訟により、Yに対して、A社に土地の登記を移転すること、及び土地を引渡すよう求めた。これに対してYは、いずれの請求権も代表訴訟によっては行使できず、Xの訴えは不適法であると主張している。この場合のXの主張の適法性〉

・株主代表訴訟（847条1項）において、会社の妨害排除請求権や返還請求権についても、株主は、代位行使することが出来るか。847条1項に規定する、発起人等の責任を追及する訴えは、発起人等が、会社に負担する債務について責任追及を認めるものであるが、条文中に、その範囲の明記がないことから問題となる。

⇒株主代表訴訟の制度は、取締役が、会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から、会社による責任追及が行われないことがあるため、会社や株主の利益保護のために、株主に訴えの提起を認めるものである。

そして、取締役は、取締役の地位に基づく責任に限らず、会社に対する取引債務についても、忠実に履行する義務を負っている。

したがって、取締役の地位に基づく責任、及び取締役の会社に対する取引債務についての責任が、請求権の範囲となると解する。

*株主代表訴訟は、120条3項の株主の権利行使の利益供与の返還請求や、102条の2第1項の設立時の募集株式の引受けに仮装があった場合の払込金額の請求といった、請求権を基準として定めるものと、発起人等の責任追及の訴えという形で、会社の債務者を基準とするものの2つについて、代表訴訟が出来ると定める。

このうち、債務者を基準とするものについて、「当該債務者が、会社に負担するすべての責任が代表訴訟の対象となるか」が、争われてきた。

上記規範は、「取締役の地位に基づく責任（会社法に基づく取締役の債務。例えば、423条1項の責任等）」と「取締役が会社に負う取引債務に関する責任（契約によって発生した会社への履行債務や、契約が無効であった場合の原状回復義務、債務不履行時の損害賠償義務等）」が、その対象とする。

したがって、上記の様な、会社と取締役との間に契約関係が無い場合における物権的請求権の行使は、株主代表訴訟の範囲から外れることになる。

*株主代表訴訟は、まず、847条1項で規定される「責任追及等の訴え」を提起しると会社に出して、会社が請求の日から60日以内に、訴えを提起しない場合に、責任追及等の訴えが提起出来る（847条3項）仕組みとなっている。但し、「株式会社に回復出来ない損害が生ずるおそれ」があるときは、直ちに、株主は訴えを提起出来る（847条5項）。

【取締役就任前の任務懈怠責任と株主代表訴訟】

【事例】：〈Y社で、長年、従業員として働いていたXは、株主総会で、取締役に選任された。しかし、選任後、Xには、従業員時代に、会社と利益相反取引を行っていたことが発覚した。Y社取締役会は、従業員時代のことであることを理由に、不問とした。Y社の株主であるZは、株主代表訴訟により、Xの責任を追及することが出来るか〉

・取締役就任前に、会社と利益相反取引を行っていたXに対し、現在取締役であることを理由に、株主代表訴訟（847条1項）により、423条1項の責任を追及出来るか。

⇒株主代表訴訟は、取締役の忠実、適正な職務執行を担保するため、必要、かつ十分な範囲において、取締役の職務執行に関連する、行為の責任を厳格化して、その追及の方法を、株主に認めるものである。

したがって、取締役に就任する前に、会社に対して負担した責任は、株主代表訴訟の対

象とはならないと解する。

＊386条1項、2項は、「取締役であった者を含む」と規定するので、退任取締役は、当然に対象となる。

【株主代表訴訟の提訴請求の送付先】

【事例】：〈監査役会設置会社のAは、取締役Bの任務懈怠責任を追及しない。そこで、株主であるCは、株主代表訴訟を提起する様に請求したが、その請求を代表取締役Dに送付した。この場合の提起請求の効果〉

・Cの行った株主代表訴訟の提起請求は有効か。監査役会設置会社においては、株主代表訴訟の提起があった場合、会社を代表するのは監査役（386条2項）と規定する。

したがって、代表取締役であるDになされた監査請求は不適式と考える場合、未だ、請求の日から60日を経過した（847条3項）とは言えず、Cには原告適格無く、請求却下となるのではないか。

⇒386条2項において、監査役が代表すると定めるのは、代表取締役が、代表者として提訴請求書の送付を受けたとしても、取締役の利益を優先させ、当該訴訟を提起しないおそれがあるため、独立の地位にある監査役に、当該訴えの適否を判断させることにある。

したがって、代表取締役に送付をしても、監査役が、提訴請求書記載の内容を正確に認識して、その判断を自ら行う機会があったと言える場合には、適式な提訴請求があった場合と同視出来るから、当該提訴請求は、有効であると解する。

＊提訴請求を受けても、847条4項の規定から、監査役に提訴義務はないと考えられる。この場合、監査役も経営陣には変わりはないため、株主代表訴訟に対して、提訴しなかったという判断について、経営判断原則が妥当し、その任務懈怠が判断される。

【株主代表訴訟と会社からの担保請求】

・847条の4第2項、及び3項は、会社側が、責任追及等の訴えの提起が、悪意によるものであることを疎明した場合、株主等に、相当の担保を立てることを、裁判所は命じることが出来ると定める。では、この場合の悪意とは、どのような意味か。

⇒原告の請求に理由が無く、原告が、そのことを知って訴えを提起した場合、又は原告が、株主代表訴訟制度の趣旨を逸脱し、不当な目的を持って、被告を害することを知りながら、訴えを提起した場合を意味すると解する。

【親子関係が生じた場合の株主代表訴訟や多重代表訴訟のまとめ】

【事例】：〈S社の株主であったXは、S社の取締役であったYが、違法な利益相反取引によって会社に損害を与えたとして、適法に代表訴訟を提起していた。ところが、訴訟係

属中に、S社を完全子会社、P社を完全親会社とする株式交換が実施され、S社は、P社の完全子会社となるとともに、Xは、P社株主になってしまった。この場合、Xが提起していた株主代表訴訟はどうなるか)

・Xの株主代表訴訟はどうなるか。Xは、S社の株主でなくなった以上、株主代表訴訟は却下されるのではないか。

→851条1項の規定により、訴訟係属中に、合併や株式交換等が生じた場合、代表訴訟は、なお継続する。

・では、株主代表訴訟検討中の場合に、合併や株式交換等が生じた場合はどうなるか。

→847条の2の規定により、①合併等が生じた時点で6カ月以上株式を保有していること、②親会社の株主を引き続き保有すること、③任務懈怠行為が、合併等より前に発生していることの要件を満たせば、合併や株式交換によって、当該会社の株主資格を失い、親会社株主となった場合も、代表訴訟を提起出来る。

・HD会社等、親会社の株主が、子会社の役員の責任を株主代表訴訟で提起出来るか。

→847条の3の規定により、完全子会社のうち、規模の大きな役員等の責任について、一定以上の親会社株式を保有する株主にのみ、株主代表訴訟を認める。

具体的には、最終完全親会社の株式の1/100以上、又は議決権の1/100以上を有する株主で、最終完全親会社における、当該子会社の株式の帳簿価格が、総資産額の1/5を超える場合に認められる。尚、子会社に損害が発生していても、最終完全親会社に損害が発生していない場合には、責任追及は出来ない（例：親子間の利益移転等）。

【株主による差止請求権】

・取締役、執行役が任務を怠り、会社に損害を生じさせる事態は、事前に防止出来ることに越したことはない。監査役等は、差止請求をすることが出来る（385条、399条の6、407条）が、この差止が必ず行われるとは限らない。

そこで、会社法は、事後に株主代表訴訟を認めるのと同様の趣旨で、株主の事前の差止請求権（360条、422条）を認める。

差止請求の対象となる「法令、定款に違反する行為」には、個別の法令、定款に違反する行為のほか、注意義務違反にあたる行為も含まれる。

そして、差止請求は、裁判外で行うこともできる。

【429条に基づく取締役等の第三者に対する責任】＊間接損害事例

【事例】：〈A株式会社の代表取締役Bは、支払の見込みがないにもかかわらず、X社に対して鋼材の購入を申し込み、商品を受け取るとともに、代金支払いの方法として約束手形を交付した。しかし、ほどなくA社は倒産し、X社は約束手形の支払を受けることができなかった（A社には資産がほとんど残っていない）。A社のもう一人の代表取締役Yは、A社の信用を高めるために、代表取締役に就任していたが、実際には、会社の経営をBに

任せきりにしていた。もっとも、本件約束手形の振出に際して、Bと共謀する等の事実はなく、共同不法行為は成立しないようである。X社が、Yに対してとりうる措置の検討)

・X社は、Yに対して、役員等の第三者に対する損害賠償責任(429条)を追及出来るか。

⇒429条に定める、役員等の第三者に対する責任が認められるためには、①役員等であること、②職務を行うことについて悪意、又は重過失があること、③第三者に損害が発生していること、④②と③の因果関係が必要である。

そして、②の「職務を行うこと」とは、任務懈怠を意味し、③の損害には、直接損害のみならず、間接損害も含まれると解する。

・本件では、①は明らかである。次に、②の任務懈怠があったことについて悪意、又は重過失があったことが問題となるが、Yは、A社と委任の関係にある以上、A社の業務について善管注意義務(330条、民法644条)を負っている。

それにもかかわらず、代表取締役としての業務をBに任せきりにし、Yは、取締役としての業務を行っていなかった。このことは、会社の代表として、会社の活動を行う会社との委任契約内容に違反するものであると言えるから、Yの行為は、任務懈怠について重過失があったと言える(②充足)。

また、Yが任務を一切行わなかったことで、A社が業務の適正な執行が行われなかったという損失を被り、その結果、Xに損害を与えているため、本件のYは、間接損害をX社に与えている(③充足)。そして、それはYの任務懈怠を原因とするものである(④充足)。

*取締役の任務懈怠行為によって、会社が損失を被り、その結果として、第三者が損失を被る場合を間接損害、取締役の任務懈怠行為によって、直接、第三者が損失を被る場合(会社には直接的損害はない。例えば、代金を支払えないのに契約を締結したり、支払見込みがないのに約束手形を振出する等の行為が該当する)を直接損害と言う。

*424条によって、会社への損害賠償責任(423条責任)が免除されても、429条の責任は残るので注意(なぜなら、第三者への損害であり、会社には関係がないから)。

*429条は、法定責任であるから、民法709条は、別途請求することが出来、両者は請求権競合となる。

【429条の間接損害の場合、株主は第三者に含まれるか】

【事例】：〈A株式会社の代表取締役Bは、支払の見込みがないにもかかわらず、X社に対して鋼材の購入を申し込み、商品を受け取るとともに、代金支払いの方法として約束手形を交付した。しかし、ほどなくA社は倒産し、X社は約束手形の支払を受けることができなかった(A社には資産がほとんど残っていない)。A社のもう一人の代表取締役Yは、A社の信用を高めるために、代表取締役に就任していたが、実際には、会社の経営をBに任せきりにしていた。もっとも、本件約束手形の振出に際して、Bと共謀する等の事実はなく、共同不法行為は成立しないようである。この場合、Yに対して、株主が429条に定

める訴えを提起出来るか。Yに任務懈怠が認められる前提で検討せよ)

・本件では、Yに任務懈怠が認められる。この場合、Yの任務懈怠を前提として、A社に損害が生じ、その結果、株主には、株価の下落という形で、損失を与えているのであるから、株主に間接損害が生じている。では、株主は、第三者と言えるか。

⇒間接損害の場合、株主は、会社が、取締役の任務懈怠責任を追及する 423 条 1 項の規定を、株主代表訴訟により代位するで、会社財産の減少を回復出来る。

したがって、株主は、第三者に含まれず、429 条の責任を取締役に追及することが出来ないものと解する。

しかし、非公開会社、かつ、取締役と支配株主が同一である場合には、事実上、株主代表訴訟の追行や、勝訴判決の履行が困難となるため、株主は、第三者にあたるものと解する。

*直接損害の場合は、株主も当然に「第三者」に含まれる。

【取締役会構成取締役の監視義務と 429 条】

【事例】：〈A社は、従来から個人で電器修理業を営んでいたBと、Y1、Y2 が法人成りして作った取締役会設置会社である。設立の際に、Bがほぼ全額出資した関係上、Bが代表取締役、Y1・Y2 が取締役となったが、株主総会や取締役会が開かれたことはなく、経営は、もっぱらBが独断専行していた。Bは、Y1らに無断で、自動車販売業に事業を拡張すべく、資金調達のために約束手形をCに降り出したが、Cに騙されてしまい資金は得られず、手形だけが流通してしまった。手形に弁済できなかったA社は倒産、Bは逃亡した。手形の支払いを受けられなかったXが、Y1、Y2 に対して会社 429 条に基づく損害賠償を請求した。認められるか〉

・Xの請求は認められるか。429 条の責任が認められるためには、①役員等であること、②職務を行うことについて悪意、又は重過失があること、③第三者に損害が発生していること、④②と③の因果関係が必要であり、②の「職務を行うこと」とは、任務懈怠を意味し、③の損害には、直接損害と間接損害の双方が含まれると解するが、本件では、Y1 と Y2 に、任務懈怠があったと言えるか。

⇒取締役会は、取締役の職務の執行につき、監督する義務を負っている(362 条 2 項 2 号)。

そして、この監督義務は、取締役会に上程された事柄のみを監視することに留まらず、取締役の業務執行一般につき、これを監視し、取締役会を通じて、業務執行が適正に行われているか否かを監視することも含まれると解する。

【選任決議を欠く虚偽の登記上の取締役と 429 条】

【事例】：〈Yは、娘婿のBから、「迷惑をかけないので、A社（取締役会設置会社）の名目上の代取になってほしい」と言われ、承諾した。そして就任の旨が登記された。しかし、

実際には、A社の株主総会は1度も開催されていない（なお、A社は一人会社ではなかったし、Yの取締役選任について株主全員の同意もなかった）。また、YがA社の経営に関与したこともない。A社が、Bの放漫経営によって倒産したため、債権者のXが、Yに対して429条に基づく損害賠償を求めた。認められるか

・Xの請求は認められるか。429条の責任が認められるためには、①役員等であること、②職務を行うことについて悪意、又は重過失があること、③第三者に損害が発生していること、④②と③の因果関係が必要である。そして、②の「職務を行うこと」とは、任務懈怠を意味し、③の損害には、直接損害と間接損害の双方が含まれると解する。

本件では、Yは、取締役として登記されていたものの、取締役として株主総会において選任されていない以上、取締役ではないため、①の要件を満たさず、第三者に対する責任を負わないのではないか。

⇒会社法 908 条 2 項は、故意、又は過失によって不実の登記をした者は、第三者に対抗出来ない旨規定する。

この規定の責任主体は、登記義務者である会社にあるため、直接適用は出来ないが、不実の登記の内容が、取締役就任登記であり、かつ、取締役とされた本人が、取締役への就任に同意していた場合には、その者も不実の登記の出現に加功したと言える。

したがって、この場合には、908 条 2 項の規定を類推適用して、不実の登記を善意の第三者に対抗出来ないものと解する。

*この場合、908 条 2 項の規定により、①の要件を満たすため、次に②の任務懈怠の有無が問題となる。これは、取締役として会社との委任に基づく善管注意義務に違反したか否かで判断する。

*不実の登記の類推には、取締役が「不実の登記に加功」したことが必要である。これは、辞任未了登記の場合にもあてはまる。但し、登記が、もともと虚偽であった名目取締役の場合と異なるため、辞任未了登記の場合には、登記削除をしないことを了承する、又は登記削除されていないことを知りつつ、長時間放置する等、積極的な加功が必要である。

*正式な取締役であり、登記もされていた者について、辞任後に辞任登記が済んでいなかった場合も、上記と同様に、登記と事実の不一致が生じる。しかし、この場合、判例は、上記とは異なる規範で、①の要件を判断している。すなわち、

⇒株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにも関わらず、積極的に取締役として、対外的、又は内部的な行為をあえてした場合には、取締役に該当する。

そして、その様な場合でなくとも、不実の登記を残存させることについて、明示的な承諾を与えていたという特段の事情が認められる場合には、908 条 2 項を類推適用により、第三者との関係で、取締役に該当すると解する。

*この場合、黙示の承諾をしているに過ぎない場合には、908 条 2 項は類推適用されず、取

締役は、429 条の第三者責任を負わない。そもそも、取締役でなかった者の不実の登記と、取締役であった者の不実の登記とで、判例は、判断基準を変更していることに注意。

【法人格否認の法理】＊法人格の形骸化

【事例】：〈Y社は、株式会社とは名ばかりで、実質的には、代取Aの個人事業である。Y社は、Xから、店舗用建物を賃借していたが、その後、Xから明渡を請求された。Aは、Xとの間で、明渡を認める和解を成立させた。その和解に基づき、Xは、Y社に明渡を請求したが、Aは、和解をしたのはA個人であり、Y社には和解の効力は及ばないと反論した。Aの主張は認められるか〉

・Aの主張は認められるか。

⇒法人は、1つの権利主体であるから、その法人が負った責任を、他の権利主体が負担することは、原則として認められない。

しかし、法人格制度に基づく責任の限定が、社会的正義に反する場合、すなわち、法人格が完全に形骸化している場合や、法人格が、法律の適用を回避するために濫用されている場合には、その法人格を否認し、その会社を実質的に支配している者に、責任を課すことも許されると解する。

そして、法人格の形骸化の判断は、その法人が、業務執行、財産管理、会計区分等を考慮し、道具として意のままに支配されていると言えることが必要であると解する。

＊法人格の形骸化のケースとは、子会社が、支配会社の全くの傀儡であるという場合である。

【法人格否認の法理】＊法人格の濫用

【事例】：〈A社は、Xから賃借していた事務所について、賃料不払により契約を解除され、債務不履行部分の損害を請求された。A社の取締役であるBは、新たにY社を設立し、Y社に、A社の営業用資産をすべて移転して、A社とまったく同様の事業を開始した〉

・本件において、Xは、Y社に対して、債務不履行部分の損害を請求出来るか。

⇒法人は、1つの権利主体であるから、その法人が負った責任を、他の権利主体が負担することは、原則として認められない。

しかし、法人格制度に基づく責任の限定が、社会的正義に反する場合、すなわち、法人格が完全に形骸化している場合や、法人格が、法律の適用を回避するために濫用されている場合には、その法人格を否認し、その会社を実質的に支配している者に、責任を課すことも許されると解する。

そして、法人格の濫用の判断は、①その法人が、道具として意のままに支配されていると言えること、②支配者に違法、又は不当な目的が存在することという要件を満たす必要があると解する。

＊法人格の濫用のケースとは、ある会社の企業活動全般を支配している者が、不法な目的で、支配会社を利用して、行動する場合である。

【監査役の権限のまとめ】

・監査役の監査は、適法性監査であり、妥当性監査は出来ないと言われる。では、監査役の権限や役割についてまとめよ。

・監査役は、株式会社、もしくはその子会社の取締役、支配人、使用人等を兼ねることが出来ない（335条2項）

・監査役の任期は4年で、取締役と異なり、独立性を保障するため、任期を短縮出来ない（332条1項）

・監査役の選任議案は、取締役会により決定されることが原則である（298条1項5号）が、これを株主総会に提出するには、監査役の同意（二人以上では過半数、監査役会設置会社では監査役会）が必要である。つまり、監査役は、拒否権を行使出来る（343条1項）。

・監査役の数、基本1人以上だが、監査役会設置会社では、3人以上で、そのうち半数以上は、社外監査役である必要がある（335条3項）

・監査役の解任は、特別決議を要する（309条2項7号、343条3項）

・監査役は、監査役の選任、解任、又は辞任について、株主総会で意見を述べる事が出来る（345条1項、4項）。

・監査報告の作成（381条1項）。監査役の監査内容は、「会計監査」と「業務監査」の2つなので、これらについて、監査報告を作成する。但し、非取締役会設置会社では、監査役の監査権限を、「会計監査」に限定可能（389条1項）。この場合、会社法上の監査役設置会社ではない（2条の定義参照）ので注意。

・取締役に不正行為等があった場合の、取締役（会）への報告義務（382条）

・取締役会での意見陳述権、招集請求権、招集権（383条1項～3項）。特に、383条1項は、「取締役会に出席する権利を有し、義務を負う」ことを定める様に読めるが、これは、努力義務に近く、監査役が出席しなくとも、取締役会成立の瑕疵とはならない。

・株主総会提出議案等の調査義務、報告義務（384条）

・取締役の行為の差止請求権（385条）

・監査役の報酬は、定款、又は株主総会で決定（387条1項）。その趣旨は、監査役の独立性の保持にあるため、取締役の場合と異なり、監査役が2名以上いる場合に、株主総会で報酬の枠を決め、その具体的な支給方法等を、取締役会に委任することは許されない。

・調査等に必要な費用については、会社に請求出来る（388条）

・取締役と会社が反対当事者となって訴訟をする場合、当該訴えについて監査役が会社を代表する（386条1項1号）。これは、取締役間で同情心理が働き、代取による訴訟追行に手心が加えられるおそれを防止するためである。

この監査役の会社代表権は、業務監査の一部なので、会計監査に限定された監査役には適用されない（389条7項）ので注意。

【指名委員会等設置会社のまとめ】

- ・指名委員会等設置会社とは、どの様な会社か。基本事項を整理せよ。
 - ・指名委員会等設置会社とは、取締役会の中に「指名（404条1項）、監査（404条2項）、報酬（404条3項）」の3委員会を置く会社である（定義：2条12号）。各委員会は、委員3名以上で構成され、過半数が社外取締役でなくてはならない（400条1項3項）。
 - ・会計監査人の設置が必須（327条5項）であるが、監査役は置けない（327条4項）。
 - ・指名委員会等設置会社となるための要件は、特になし（非公開、非大会社も可）
 - ・指名委員会等設置会社の取締役会において定めなくてはならない事項は、416条に規定されている。但し、通常の実行役設置会社の権限である362条に比べ少ない。
- 執行役に権限を委譲し、取締役会は、執行役の選任（402）、解任（403）、及び代表執行役の選定、解職（420）によって、執行役をコントロール、監督機能に特化することになる。したがって、取締役は、業務を執行してはいけない（415条）し、取締役は、使用人と兼務することも出来ない。（331条4項）但し、社外取締役でない取締役と執行役は、兼任出来る（402条6項）から、兼任する場合、415条の規定は、取締役としての資格で、業務執行してはならない規定と読むことになる。
- ・取締役の任期は1年（332条6項）
 - ・執行役の選任と解任も、取締役会決議による（402条2項。403条1項）。代表執行役の選定も取締役会（420条1項）。任期は、1年以内に終わる事業年度に関する定時株主総会の最初の取締役会まで（402条7項）
 - ・執行役は、「取締役会によって委任された業務決定」（418条1号）、「業務の執行」（418条2号）が業務。会社と執行役との関係は、取締役同様、委任の関係（402条3項）

【指名委員会のまとめ】

- ・指名委員会（404条2項）、監査委員会（404条2項）、報酬委員会（404条3項）の主たる業務は何か。整理せよ。
 - ・指名委員会は、株主総会に提出する取締役、会計参与の選任、解任議案の内容を決定する（人事権の掌握）。取締役会は、この候補者リストを排除出来ない。
 - ・監査委員会は、執行役、取締役等に対する監査業務を行う。監査役と異なり、独任制ではない。取締役会への報告（406）、差止（407）、会社と役員との訴訟（408）等を行う。
 - ・報酬委員会は、各執行役、取締役等の報酬を、個人毎に定める。報酬の決定は、予め、決定に関する方針を定め、それに従わなくてはならない（409条1、2項）。この方針は、事業報告に記載され、公開される（435条2項）
- これは、株主総会から報酬決定権を奪うことを意味し、株主総会によるコントロールは、

取締役選任権に統一されることになる。

・各委員会の委員の選定と解職は、取締役会決議（400 条 2 項、401 条 1 項）で決定する。
但し、各委員の過半数は、社外取締役でなくてはならず（400 条 3 項）、監査委員は、全員執行役等であってはならない（400 条 4 項）

【監査等委員会設置会社のまとめ】

- ・監査等委員会設置会社とは、どの様な会社か。基本事項を整理せよ。
 - ・監査等委員会を置く株式会社のこと（定義：2 条 11 号の 2）
 - ・会計監査人の設置が必須（327 条 5 項）であるが、監査役は置けない（327 条 4 項）。
 - ・イメージは、監査役会を、取締役会に取り込ませた会社形態。監査等委員として選任された取締役が、経営への関与と、監督と同時に行う（つまり、監査等委員である取締役も、業務を執行できる）。
- ・監査等委員会の委員の選任、解任等については、現行の監査役制度とほぼ同様である。つまり、指名委員会等設置会社と異なり、監査等委員は、株主総会によって選出される。
- ・監査等委員以外の取締役の任期は 1 年以内だが、監査等委員の任期は 2 年で、定款でも短縮不可。
- ・監査等委員会の委員は、3 人以上で、かつ過半数以上は社外取締役（335 条 3 項の監査役会は「社外取締役は半数以上」であることとの比較）でなくてはならない（400 条 3 項）。また、当該会社、又は子会社の業務執行取締役とは兼任出来ない（400 条 4 項）
- ・監査等委員会には、監査等委員以外の取締役の選任、解任、報酬についての意見陳述権（342 の 2 の 4 項、361 条 6 項）がある。
- ・監査等委員会が事前に承認した利益相反取引については、任務懈怠の推定規定（423 条 3 項）が適用されない（423 条 4 項）。