

# 第 1 問 答 案 用 紙

## ( 企 業 法 )

<b>問題 1</b>	<p>1. 7月11日は、まだ本件株式併合の効力発生日（7月19日）前である。そこで、甲会社の株主である乙会社としては、本件株式併合を阻止するために、甲会社に対して本件株式併合の差止請求（182条の3）をすることが考えられる。</p> <p>2. まず、182条の2以下の規定は、1株未満の端数となるのが単元未満株式に限られる場合以外の場合に適用される（182条の2第1項柱書かつこ書）。そうすると、本問では、甲会社は単元株制度を採用していないから、差止請求を規定する182条の3は適用され得る。</p> <p>3. 次に、上記差止請求は、①株式併合が法令・定款に違反する場合で、かつ、②株主が不利益を受けるおそれがあるとき、に株主に認められる（182条の3）。本問では、事前開示義務（182条の2第1項）を履行しておらず、①本件株式併合は法令に違反する。また、本件株式併合により乙会社の議決権比率は約17%から約2%に減少し、非公開会社における支配的利益の重要性を考えると不利益といえ、さらに、配当額も10分の1に減少し経済的不利益も被るから、②もみたす。よって、乙会社の本件株式併合の差止請求は認められる。</p>
<b>問題 2</b>	<p>1. 乙会社の株式買取請求の根拠となる会社法の規定は、116条1項柱書3号イである。</p> <p>2. 確かに、本件株式併合には182条の4の反対株主の株式買取請求権の規定も根拠となり得る。しかし、同条は「1株に満たない端数が生ずる場合」に「端数となるものの全部」の買取請求を規定する。そうすると、本件株式併合の効力発生日により乙会社の持株数1500株全部が端数になるのならともかく、そもそも端数が生じていない以上、同条を根拠とすることはできない。</p> <p>3. この点、種類株式発行会社である甲会社において本件優先株式のみを株式併合するには、本来は乙会社を構成員とする種類株主総会の特別決議も必要であるが（322条1項柱書2号、324条2項4号）、例外的に種類株主総会決議不要の定款の定めを設けることが認められており（322条2項）、甲会社の定款には当該定めがあったため、乙会社を構成員とする種類株主総会決議なく本件株式併合の効力が発生している。ただ、種類株主の意思が問われない代償として、①種類株主総会決議不要の定款の定めがあり、かつ、②種類株主に損害を及ぼすおそれがあるときは、当該種類株式の③反対株主には株式買取請求権が認められている（116条1項柱書3号イ）。本問では、①はみたす。また、本件株式併合により乙会社の議決権比率や配当額が減少するから、②もみたす。さらに、乙会社は本件株主総会に先立ち反対の旨を甲会社に通知し、本件議案に反対しているから、③「反対株主」に該当する（116条2項1号イ）。</p> <p>4. 以上から、116条1項柱書3号イに基づき、乙会社は甲会社に対して、効力発生日の20日前の日から効力発生日の前日までの間に該当する7月1日に、買取請求を行う株式が本件優先株式であること及び数は全部であることを明らかにして（同条5項）、その買取りを請求できる。</p>

## 第2問 答案用紙

( 企業法 )

<b>問題1</b>	<p>1. 対第三者責任に関する会社法の規定は429条1項である。</p> <p>2. 判例は、同条項の役員等の悪意又は重大な過失の対象は、会社に対する任務懈怠であり、第三者への加害行為ではないとする。なぜなら、判例は、同条項は第三者保護強化のため特別に法定された責任であり、第三者の立証責任を軽減する解釈をすべきと解しているからである。また、同じ第三者保護の観点から、対象となる損害は、第三者の損害が会社の損害の結果生じたもの(間接損害)であれ直接生じたもの(直接損害)であれ含まれると解し、因果関係については、役員等の任務懈怠と損害の発生の間には相当因果関係が必要であると解している。</p>
<b>問題2</b>	<p>1. 取締役会設置会社において、平取締役Bが代表取締役Aの業務執行に関する監視義務を丙会社に対して負う根拠は、平取締役は取締役の職務執行の監督権限を有する取締役会の構成員であること(362条1項2項2号)にあると解する。</p> <p>2. また、平取締役Bの監視義務の履行方法については、取締役会の構成員である取締役Bは、丙会社に対して、取締役会上程事項に限定されず、代表取締役Aの業務執行全般について、これを監視し、必要があれば取締役会の招集を請求するなり自ら招集し(366条2項3項)、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有すると解する。</p>
<b>問題3</b>	<p>1. 以上を前提とすると、429条1項が適用されるには、①役員等であること、②役員等に会社に対する任務懈怠について悪意または重過失があること、③第三者に間接損害または直接損害が発生していること、④役員等の任務懈怠と損害の発生の間には相当因果関係があること、が必要である。Bは取締役だから、①はみたす(423条1項参照)。</p> <p>2. では、Bに丙会社に対する監視義務違反という任務懈怠はあるか。この点、前述したとおりBにはAの業務執行全般について監視義務が認められるから、Bは本件事実を知った以上、料理の提供の妥当性について懸念を伝えただけでは不十分であり、前述した判例の監視義務の履行方法によれば、取締役会を通じた監督権限を発揮すべく、少なくとも取締役会の招集を請求するなり自ら招集すべきであった。しかし、②それをしなかったBは丙会社に対する監視義務に違反している。ただ、本問では、代表取締役が一人株主であり、取締役会が数年にわたり一度も開催されておらず、平取締役にすぎないBには酷な面があり、重過失を否定すべきとも考えられる。しかし、BはAとの軋轢を避けるという目的のためだけに懸念を伝える以外の一切の措置を講じなかったのだから、②Bには重過失を肯定すべきと考える。また、Bの当該監視義務違反によって③Dが被った直接損害といえる治療費等の損害が発生したといえるから、④Bの当該監視義務違反とDの損害発生の間には相当因果関係がある。</p> <p>3. 以上から、DのBに対する429条1項に基づく本件請求は認められる。</p>

## 【解答への道】

### I 合格ライン

昨年に引き続き、今年の企業法の論文試験も、真面目に勉強してきた人が報われる良い出題だった。

TACでは「第1関門」(その問題で訊かれている入口の条文等または最も重要な条文等)を答案に指摘する重要性を繰り返しお伝えしてきたが(第1関門の条文等を書いていないと、何をいくら書いても0点になる…)、今年は全体にわたって第1関門を指摘するよう指示があり、その集大成のような問題文となっている。引き続き「第1関門は何か？」を考えるクセを付けることは重要である。

今年の問題の中では、第1問・問題2が細かい制度を訊く引っ掛け問題となっている。短答試験でも出題されたことがない条文の知識を訊く問題であるが、テキストに記載されている制度である。また、第2問は「判例の立場」を訊く初めての形式の出題だった。普段から判例(最高裁判例を意味すると解釈すべきである)の立場に立った自説の理解・暗記に努めることが重要である。

第1問・問題2以外は、基本的な制度や有名論点が出題されており(TACでも論文答練でかなりカバーしている)、真面目にテキスト中心に学習してきた受験生が各大問で0点にならないように(企業法で足切りにならないように)配慮されている。

令和に入ってから、企業法はサプライズ問題が必ずといってよいほど出題されてきた。しかもそれ以外も細かな制度などを訊く問題が多く出題され、「大問1問が丸々0点になる不安」→「企業法で足切りになる不安」に怯える受験生も多かった。しかし、昨年そして今年と明らかに易しくなっている。もっとも、基本的な制度や論点を訊きながらも、事例設定に工夫を加えており、あてはめをする際に「その場で考えてほしい」という試験委員の意図を感じる。例えば、今年は「一人株主」の事例で訊かれているが、昨年は「一人株主の配偶者」の事例で訊かれている。「一人株主」や「一人株主の配偶者」の事例は、何度も過去問で訊かれている。企業法における過去問研究はとくに重要である。

また、昨年の合格者の方の多くの開示答案を読んで感じたことだが、問題が易しくなると、足切りは少なくなるが、基本的な制度・論点の論証がきちんと論述できない受験生は点数が伸びず苦戦する。例えば令和3年は難問が多く出題されたが、皆がそれほど書けないので、企業法が得意ではない受験生が救われた側面があった…。

来年であるが、この傾向が続くかどうかは分からないし、また、サプライズ問題への対応力を養うことは論文試験で慌てないために必要なことである。TACでは、論文答練などにおいて、引き続きサプライズ問題は出題し、本試験で慌てないための対策を教授していきたい。

ただ、試験傾向がどうであれ、大切なことは、サプライズ問題で点数を取ろうとすることではなく、それ以外の問題できちんと点数を取ることである。毎年それだけで科目合格レベルを超えている受験生は多い。そのために一番大切なことは「テキスト精読(読み直し)」だということを忘れないでほしい。テキストにはサプライズ問題以外は全部書いてある(今年はすべて書いてある)。普段から(短答試験の勉強時から)テキスト精読のクセを付けたほうが結局は早いことに早く気づいてほしい。

## <第1問>

### 1. **問題1** について

- (1) 問題1は、「株式併合の差止請求(182条の3)」を第1関門とする成立要件充足性検討型問題である。ここは基本的な制度を訊く問題であり、8割以上は得点したい。

第1関門(その問題で訊かれている入口の条文等または最も重要な条文等)は「182条の3」であるが、その前提として「182条の3を含めた182条の2以下の規定が適用される場合(場面)」について論述する必要がある。これは論文基礎答練・第3回・第2問で出題している。

また、本問は、株式併合を利用した乙会社の「キャッシュ・アウト(現金を対価とする少数株主の締め出し)」ではないが、それに類似する、特定の株主(乙会社)の議決権比率の低下を目的として株式併合が行われた事例である。甲会社が非公開会社であることをよく考えて、株式併合による乙会社の議決権比率の低下(約17%→約2%)を差止請求の要件である「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」のあてはめにおいて考慮してほしい、というのが試験委員の意図だろう。

- (2) 本件株式併合の効力発生日である7月19日の前の7月11日の時点で「本件株式併合を阻止すべく」「乙会社の立場」で「考えられる甲会社に対する会社法上の請求」は、株式併合の差止請求(182条の3)である。

なお、甲会社は適法に公告(182条の4第3項、181条1項2項)はしているが、事前開示(182条の2第1項。効力発生日前だから182条の6の事後開示ではない)をしていない。これを決議方法の法令違反と捉えて株主総会決議取消しの訴え(831条1項1号)を提起することも考えられるが、仮に当該訴えを提起しても効力発生日まで8日しかないことを考えると間に合わないだろう。

また、本件株式併合が乙会社だけの議決権比率の低下を目的とする点を株主平等原則(109条1項)違反(決議内容の法令違反)と捉えて株主総会決議無効確認の訴え(830条2項)を提起することも考えられるが、問題文には「本件議案は…適法に可決された」とあるので、この点を論じることは間違いとなる。

- (3) そこで、株式併合の差止請求(182条の3)の成立要件を挙げてその充足性を論述することになるが、忘れずに、その前提として「182条の3を含めた182条の2以下の規定が適用される場合(場面)」を論述してほしい。

株式併合には、全部取得条項付種類株式など他のキャッシュ・アウトのために利用できる制度と同様、事前開示・事後開示(182条の2、182条の6)、反対株主の株式買取請求権(182条の4)、株主の差止請求(182条の3)の各制度が設けられているが、**株式併合については各制度の適用される場面が「1株未満の端数となるのが単元未満株式に限られる場合以外の場合」に限定されている**。すなわち、各制度が適用されるのは、(ア)単元株制度を採用していない会社、および、(イ)単元株制度を採用している会社の場合、単元株式数(種類株式発行会社では併合される種類株式の単元株式数)に併合割合を乗じて得た数に1に満たない端数が生じるものに限られる(182条の2第1項柱書かっこ書)。これは、単元株式数に併合割合を乗じて得た数が整数となる場合は、(単元株式数に相当する株式は端数にならず)端数となるのは単元未満株式に限られるため、株主が被る不利益は小さいからである。

注意すべきは、上記基準は、最小単位(単元株式数の定めがない場合は1株、当該定めがある場

合は単元株式数)を基準にして端数が生じるかどうかを考えるのであり、実際に端数となる株主がいるか否かは問わない(通説的見解)点である。したがって、本問では、甲会社は上記(ア)の単元株制度を採用していない会社だから、(実際に端数となる株主は生じないが)仮に1株を有する株主がいれば端数が生じる以上、上記各制度の適用はある。

- (4) 最後に、株式併合の差止請求(182条の3)の成立要件を挙げてその充足性を論述する。

本件株式併合は事前開示義務(182条の2第1項)に違反するから、法令違反はそれを簡単に指摘すればよい。

問題は「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」のあてはめである。確かに配当額は10分の1に減少する(し得る)から、それだけで当該要件をみたらす。しかし、前述したように、本問は、株式併合を利用した乙会社の「キャッシュ・アウト(現金を対価とする少数株主の締め出し)」ではないが、それに類似する、特定の株主(乙会社)の議決権比率の低下を目的として株式併合が行われた事例である。甲会社が非公開会社であることをよく考えて、株式併合による乙会社の議決権比率の低下(約17%→約2%)を差止請求の要件である「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」のあてはめにおいて考慮してほしい、というのが試験委員の意図だろう。

例えば、議決権比率が34%→20%に低下するような場合は、株主総会特別決議を阻止できたのに阻止できなくなる点を理由に「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」に該当すると考えてよい。しかし、約17%→約2%に低下するだけでは、それだけで「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」に該当するかは別途考慮が必要(少数株主権の行使要件などの検討が必要)だといわれている。

ところで、非公開会社においては(経済的利益のみならず)支配的利益も重要だと考えるのが判例・通説の立場である。だからこそ、甲会社も乙会社による経営への介入に頭を悩ませていたのだろう。乙会社の議決権比率が約17%→約2%に低下すれば、乙会社としても甲会社の経営に介入しづらくなり、影響力が低下する(乙会社にとって「不利益」といえる)ことは容易に想像できる。この辺が簡単でも良いから指摘できると、高得点につながるだろう。

- (5) なお、論述の必要はないが、問題文・第1段落の令和2年6月23日の定時株主総会における①②(108条2項柱書1号)の定款変更決議は(種類株式非発行会社→種類株式発行会社になるだけだから)466条・309条2項11号の原則的な定款変更に係る株主総会特別決議であり、また、(種類株式発行会社になったことを前提に)③(322条2項)の定款変更決議は(この時点ではまだ本件優先株式は未発行の状態だから322条4項の乙会社の同意は不要)上記と同様の466条・309条2項11号の原則的な定款変更に係る株主総会特別決議であり、さらに(その後)乙会社に本件優先株式を発行(新株の発行)するための募集事項の決定に係る決議は199条2項・309条2項5号の株主総会特別決議である。

## 2. **問題2** について

- (1) 問題2は、(182条の4が根拠ではなく)「116条1項柱書3号イを根拠とする反対株主の株式買取請求権」を第1関門とする成立要件充足性検討型問題(手続の部分は事例型(説明)問題)である。反対株主の株式買取請求権は、関連する判例も多く、出題が予想された分野である。論文直

前答練・第3回・第1問で182条の4の株式買取請求権の問題を出題しているのだから、本問で182条の4が適用されない点は気づいたのではないかと期待する。

問題1の流れ(本件株式併合には182条の4の適用もある(正確には要件をみたせばあり得る))から、182条の4を根拠とする反対株主の株式買取請求だけを書いて、でも本問では1500株→150株で端数が生じないから、結局、乙会社の株式買取請求は認められない…と書いて解答を終えた受験生も多かったと予想される。問題文に「全部」とある点も含めて、引っ掛け問題となっている。ただ、それだと解答用紙の行数はかなり余るだろう…。

問題文・第1段落の「③の定款の定め」が322条2項の定款の定めであることに気づくかどうかは、知識の問題である。確かに短答試験でも未出題の制度であるが、この制度はテキストに書いている。テキスト精読を繰り返していた受験生は気づいたようであるが、問題演習に頼っていた受験生には厳しかったかもしれない。

第1関門である116条1項柱書3号イを書かなかった場合に、問題2が0点になるかどうかは、現時点では分からない。仮に0点になっても、結構な割合で書けなかった受験生はいると予想できるから、問題1が書けていれば、気にする必要はないと思う。

(2) 前述したように、本件株式併合には182条の2以下の規定が適用されるから、182条の4の反対株主の株式買取請求権の規定も根拠となり得る。しかし、同条は「1株に満たない端数が生ずる場合」に「端数となるものの全部」の買取請求を規定する。そうすると、本件株式併合の効力発生により乙会社の持株数1500株全部が端数になるのならともかく、そもそも端数が生じていない以上、同条を根拠とすることはできないことになる。

(3) そこで、他に乙会社の株式買取請求の根拠となる会社法の規定を探してみると、116条1項柱書3号イの反対株主の株式買取請求権の規定も(要件をみたせば)適用される。

すなわち、種類株式発行会社である甲会社において本件優先株式のみを株式併合するには、本来は、全体の株主総会特別決議(180条2項、309条2項4号)に加えて、損害を及ぼすおそれがある乙会社を構成員とする種類株主総会の特別決議も必要である(322条1項柱書2号、324条2項4号)。ただ、これには例外があり、種類株主総会決議不要の定款の定めを設けることが認められている(322条2項)。本問では、甲会社の定款には当該定めがあったため、乙会社を構成員とする種類株主総会決議なく本件株式併合の効力が発生している(まだ効力発生日は迎えていないが)。

ただ、種類株主の意思が問われない代償(拒否権喪失の代償ともいわれる)として、①322条2項の種類株主総会決議不要の定款の定めがあり、かつ、②種類株主に損害を及ぼすおそれがあるときは、当該種類株式の③反対株主には株式買取請求権が認められている(116条1項柱書3号イ)。

本問では、①はみたす。また、本件株式併合により乙会社の議決権比率や配当額が減少するから、②もみたす。さらに、乙会社は本件株主総会に先立ち反対の旨を甲会社に通知し、本件議案に反対しているから(問題文に「本件議案は、『乙会社を除く』株主全員の賛成により」とあるから、乙会社が反対したことが分かる)、③「反対株主」に該当する(116条2項1号イ)。

(4) 以上から、116条1項柱書3号イに基づき、乙会社は甲会社に対して、効力発生日の20日前の日から効力発生日の前日までの間に(現時点は7月1日だから可能)、手続としては、株式買取請求を行う株式が本件優先株式であること及び数は全部であることを明らかにして(同条5項、116

この解答速報の著作権はTAC(株)のものであり、無断転載・転用を禁じます。

条1項柱書3号イを根拠とする場合は一部でも可能)、その買取りを請求できる。

### 3. 合格点について

問題1は、基本的な制度を訊く問題であり、8割以上は得点したい。問題2は、細かい条文・制度を訊く問題であり、間違えた方も相当数いることが予想される。そう考えると、第1問は素点で14点程度が合格ライン（調整後得点26点）ではないかと予想する。

## <第2問>

### 1. **問題1** について

- (1) 問題1は、第2問全体を通しての第1関門（その問題で訊かれている入口の条文等または最も重要な条文等）である対第三者責任（役員等の第三者に対する損害賠償責任）の根拠条文である429条1項を明示した上で、429条1項の悪意又は重大な過失の対象・対象となる損害・因果関係についての「判例の立場」の説明を求める説明型問題である。429条1項は出題予想分野であり、論文式全国公開模試・第2回・第1問で的中している（第2関門の平取締役の監視義務違反の事例も的中）。答練の解答例も判例の立場で書いているので、そのまま書いてもらえばよい。

本問は、論点について（自説ではなく）判例（最高裁判例を意味すると解すべき）の立場の説明を求める説明型問題であり、初めての形式の問題である。

本問は、問題1に限らず、問題2も「判例の立場に沿って」論述することが求められており、さらに問題3でも「問題1及び問題2を前提として」つまり判例の立場を前提とした429条1項の成立要件の定立とそのあてはめが訊かれている。

このような出題がなされた背景は、本問における第2関門である「平取締役の監視義務の肯否とその履行方法」については、学説や下級審判例は様々存在するものの、最高裁判例（以下、単に「判例」という）は昭和48年5月22日の有名な最高裁判例しかなく、当該判例の知識（問題2）とそれを使ったあてはめ（問題3）を訊きたかったのではないかと思われる。そして、そのためには、429条1項の法的性質についての判例の特別法定責任説を根拠とする同条項の成立要件（会社に対する任務懈怠が必要）を前提とする必要があったことから、問題1が設けられたと思われる。

後述するように、判例は、平取締役の監視義務の履行方法として、「少なくとも」取締役会の招集を請求したり自ら招集すべきであったとする（それ以上は不明）。本問のBは「それすらしていない」ので、現在の判例の立場ではBに監視義務違反があることは「簡単に」認定できる。Bの監視義務違反を簡単に認定できるようにするために、判例の立場を前提…という限定を入れたものと推測できる。Aが代表取締役かつ一人株主である点は「重過失」なり「因果関係」の認定で使ってほしい…というのが試験委員の意図だろう。

- (2) 429条1項の法的性質について、判例は、役員等の任務懈怠によって損害を受けた第三者を保護するために役員等に課した、民法上の不法行為責任とは別の、法が政策的配慮から認めた特別の法定責任であると解している（特別法定責任説）。なぜなら、経済社会において重要な地位を占めている株式会社の活動は役員等（とりわけ取締役・執行役）の職務執行に依存しており、このような役員等の重要性からすれば、役員等の責任を加重し、役員等の任務懈怠によって損害を受けた第三者を保護する必要があるからである。

問題文は論点である悪意又は重過失の対象などについての判例の立場の説明を訊いているが、当然、その理由（根拠）も訊いていると考えるべきだから、特別法定責任説について（スペースが7行しかないから簡潔に）論述すべきである。

- (3) 判例は、特別法定責任説の立場から、役員等の悪意又は重過失の対象は、会社に対する任務懈怠であり、第三者への加害行為ではないとする（役員等に会社に対する任務懈怠について悪意又は重過失があれば、第三者に対する権利侵害や故意・過失を問題にしないで、役員等は第三者に対して



損害賠償責任を負う)。なぜなら、429条1項は第三者保護強化のため特別に法定された責任であり、第三者の立証責任を軽減する解釈をすべき(役員等が第三者への加害行為について悪意又は重過失があったことを第三者が立証するのは困難)だからである。

また、同じ第三者保護の観点から、対象となる損害は、第三者の損害が会社の損害の結果生じたもの(間接損害)であれ直接生じたもの(直接損害)であれ含まれると解し、因果関係については、役員等の任務懈怠と損害の発生間に相当因果関係が必要であると解している。

なお、「相当」因果関係とは「社会通念上」の因果関係があれば足りるとの判例の立場を前提としているが、なぜそのように解するのかは民法の議論(主に民法415条1項の因果関係の内容として議論されている)なので、そこまで論述する必要はない。文脈から考えて、本問では相当因果関係が「役員等の任務懈怠」と損害発生間に必要である点が重要である。

## 2. **問題2** について

- (1) 問題2は、「平取締役が(代表取締役の業務執行につき)会社に対して負う監視義務の根拠」と「平取締役の監視義務の履行方法」について判例の立場に沿った論述を求める事例型(論点)問題である。問題文に「D」「B」「A」が登場していることから、問題1と違って、単なる説明問題ではない。

注意すべきは、問題2で訊かれているのは「監視義務の根拠」と「監視義務の履行方法」であって、結論としてBが当該監視義務に違反しているかどうかは問題3で訊かれている、という点である。解答用紙のスペース(7行)からも、そう判断すべきである。もっとも、過去の開示答案を見ても、本来別の小問の解答部分に書くべき解答を書いても採点はされている場合が多いので、それほど心配する必要はない。

- (2) 取締役の監視義務とその範囲については、「代表取締役」と「平取締役」に分けて理解することが肝要である。すなわち、「代表取締役」が(他の取締役の業務執行につき)(取締役会上程事項に限定されず)会社の業務全般に及ぶ監視義務を負うことは争いが無い。問題は「平取締役」が(とくに代表取締役の業務執行につき)(取締役会上程事項に限定されず)会社の業務全般に及ぶ監視義務を負うかどうかである。

- (3) この点、判例は「平取締役の監視義務」を肯定するが、その「根拠」と「監視義務の履行方法」については、有名な判例(最判昭和48.5.22)がある(現在、それ以外に最高裁判例はない)。最高裁判例は次のように判示する(短い判決文である)。

「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである。」

つまり、判例は、平取締役の監視義務の根拠を「取締役会の監督権限(362条2項2号)」に求め、平取締役も取締役の職務執行の監督権限を有する取締役会の構成員だから(同条1項)監視義務を負う、とする。また、判例は、次に述べる監視義務の履行方法と密接に関連するが、平取締役

の監視義務は、取締役会上程事項に限定されず、代表取締役の業務執行全般に及ぶとする。

そして、判例は、平取締役の監視義務の履行方法について、取締役会の監督権限を発揮すべく、仮に取締役会の招集権者が限定されている場合でも（少なくとも）366条2項3項を使って取締役会の招集を請求するなり自ら招集する義務がある、とする。

なお、平取締役の監視義務の根拠について、362条1項2項2号に加えて、「善管注意義務（330条、民法644条）の一内容として」と書いても問題はない。上記判例は、この点に言及していないが、他の最高裁判例から考えて、これを否定しているわけではないと解されている。上記判例は、平取締役の監視義務の根拠をその履行方法との関係で論じただけだと考えられる。

- (4) 前述したように、問題3で論述すべき内容であるが、本問では、平取締役Bは、内部通報によって「本件事実を知った」にもかかわらず、料理の提供の妥当性について懸念を伝えただけで、取締役会の招集請求なり自ら取締役会を招集することすらしていない。したがって、「判例の立場」に沿えば、Bの監視義務違反は簡単に認定できる。前記昭和48年の最高裁判例の事案も「代表取締役A＝一人株主」の事案であるが、このことは平取締役Bの監視義務の認定には影響させていない。

なお、仮にBが取締役会の招集請求なり自ら取締役会を招集していれば、他に何もしていなくても、Bは監視義務を履行したことになるのか、については、判例は何も語っていないと評価されている（判例解説には「今後の最高裁判例を待つしかない」と書かれている）。学説の中には、平取締役が監視義務を履行したといえるには、取締役会の招集請求なり自ら取締役会を招集するだけでは不十分で、告訴すると言って脅す・警察や弁護士に相談する・場合によっては辞任する等の措置をとる必要がある…というものもある。ただ、試験委員は、この監視義務の履行方法を巡る争いを書く必要がないようにするために、わざわざ「判例の立場」に沿った論述を求め、かつ、Bが取締役会の招集請求なり自ら取締役会を招集することすらしていない事例を設定し、Bの監視義務違反を簡単に認定できるようにしたと考えられる。

### 3. **問題3** について

- (1) 問題3は、「判例の立場」を前提とした「429条1項の成立要件」を論じた上で、その「本問の事例へのあてはめ」を訊く問題である（判例の立場を前提とする成立要件充足性検討型問題）。問題1で書いたような気になるかもしれないので、「429条1項の成立要件」の論述を忘れないように注意する必要がある。

なお、「一人株主」の事例は、過去問では頻繁に出題されている。今年は「代表取締役＝一人株主」事例だが、昨年（令和5年）は「取締役＝一人株主の配偶者」の事例だった（「一人株主の配偶者」事例は令和元年にも利益相反取引規制違反の問題で出題されたことがある）。同じような発想（他の取締役は一人株主に簡単に解任されてしまう…）が使える問題であり、やはり企業法では過去問演習は重要である。

- (2) 前述したように、平取締役Bの監視義務違反は（簡単に）認定すべきであるが、本問の特殊性（Aが代表取締役＝一人株主である点）の考慮が高得点を狙うには必要となり、それは「重過失」（場合によっては「因果関係」）の認定で使用すべきである。結論として、Bの429条1項の責任を肯定しても（【解答例】はその立場）否定しても、どちらでもよいと思う。

- (3) 平取締役Bに丙会社に対する監視義務違反について「悪意又は重過失」があったといえるか（悪意とまでは言い難いので、重過失の有無を問題にすべきだろう）については、代表取締役Aが一人株主である点、また、取締役会が数年にわたり一度も開催されていない点（おそらくAの意向）から、重過失を肯定するには平取締役にすぎないBには酷な面がある。しかし、Bは「Aとの軋轢を避ける」という目的のためだけに懸念を伝える以外の一切の措置を講じなかったというのであり、これで重過失なしというのは、どう考えても相当ではないだろう。
- (4) 次に「因果関係」の有無であるが、判例の立場に沿って考えるとこれを肯定するのが難しく、正直、筆者も数日悩んだ…。Bの当該監視義務違反（判例の立場を前提とすれば、少なくともではあるが、取締役会の招集請求なり自ら取締役会を招集すべきだったという義務違反）によってDが被った**直接損害**といえる治療費等の損害（Dの損害は、会社の損害の結果生じたものではないから、間接損害ではない点に注意）が発生したといえるか？ 仮にBが取締役会を招集していたら、果たしてDの治療費等の損害は発生しなかった…といえるのだろうか？ 仮にBが取締役会の招集を請求したら、その時点で一人株主Aは招集手続を省略して株主総会を開催しBを取締役から解任したのではないか、そうしたら、結局、Dの損害発生は防げなかったのではないか？ 平取締役の監視義務の履行方法を例えば警察に告訴する…といった点まで要求するなら、Dの損害発生を防げたかもしれないが…。

前記昭和48年の最高裁判例の事案は、代表取締役＝一人株主Aが手形を乱発して会社に損害を与え、その結果、会社の債権者が債権回収ができなくなった…という「間接損害」の事例で、判例は因果関係も肯定し、平取締役に監視義務違反による429条1項の責任を肯定した。判例解説には、平取締役に監視義務違反が肯定できるとしても、「直接損害」の場合は平取締役の監視義務違反から直接第三者に損害が発生するという構成になる点から、「因果関係」などの認定には困難が伴うかもしれない…という指摘がなされている。本問はそういった指摘を背景に出題されたものと考えられる。したがって、【解答例】は429条1項の責任を肯定したが、これを否定しても何ら問題はないと考える（筆者も否定しようかと考えた…）。

### 3. 合格点について

第2問全体を通して出題が予想された分野からの出題である。とくに問題1・問題2は基本的な有名論点を訊く問題であり、問題2が書きにくい面はあるが、8割以上は得点したい。問題3は、ほとんどの方が解答用紙を埋めることはできたと思うが、同時に、Aが代表取締役＝一人株主であるという事情をどの部分で反映させるべきか悩んだ受講生も多いと思うので、この点ではあまり差がつかないことが予想される。そう考えると、第2問は素点で19点程度が合格ライン（調整後得点26点）ではないかと予想する。

この解答速報の著作権はTAC(株)のものであり、無断転載・転用を禁じます。

## Ⅱ 答練との対応関係

### <第1問>

#### 問題1

論文基礎答練 第3回 第2問 問題1 (前提の制度)

#### 問題2

論文直前答練 第3回 第1問 問題2 (182条の4の事例)

### <第2問>

#### 問題1

論文式全国公開模試 第2回 第1問 問題2 (第1関門・第2関門ともの中)

#### 問題2

論文式全国公開模試 第2回 第1問 問題2 (第1関門・第2関門ともの中)

#### 問題3

論文式全国公開模試 第2回 第1問 問題2 (第1関門・第2関門ともの中)