

内容の正確性は全く保証しません。あくまで参考に。ただし、誤りに気がついたらなるべく迅速に訂正したいと考えています。

昭和 59 ~ 平成 17 年度の法改正が関係する問題の参考答案です。ただし、平成 11 年度の問題は有限会社に関する問題なので除いてあります（取締役会設置会社か否かにより比較させる問題も考えられますが、それでは全く別の問題になってしまいます）。よって、21 年間分の新法対応答案が載っていることとなります。

解答では、株式会社は断りがない場合、公開会社・取締役会設置会社を前提としたものとしてありますが、取締役会の設置がない会社、非公開会社も考慮してあるものもあります。

主な参考文献は 会社法 100 問（ダイヤモンド社）とリーガルマインド会社法（有斐閣）です。現在も維持できると思われる限り、論文過去問講座で採ったのと同じ立場によっています

平成 17 年度第 1 問

一 小問 1 について

1 本件決議は、退職慰労金支給に関するものであるが、金額、支給時期などその内容の決定を取締役に一任するものである。これは、「報酬」は定款に特別な定めがない限り株主総会が定めるとされていることに反するとも考えられる（361 条, 387 条 1 項）。

2 (1) この点について、まず退職慰労金が「報酬」にあたるか疑問があるが、会社との委任契約で支給の定めがある場合、報酬の後払い的性格が認められる。この場合、退職慰労金も「報酬」に含まれると考える。

一方、報酬の額・支給時期・方法の決定の一任は許されるか。本条が、業務執行行為でありながら報酬の決定を株主総会の決定事項としたことは、取締役についてはお手盛り危険防止、監査役については独立性が脅かされることを防止する点にある。

とすれば、取締役の報酬については少なくとも総額を決すべきである。また、監査役の報酬は最低限度額も決しなければならないはずである。

(2) となると、本件決議は違法であるかに見える。しかし、我が国では報酬の額を明らかにすることをよしとしない風潮があるし、退職慰労金の額が内規・慣行等から客観的な算定が可能ならば上記の危険はない。

よって、以上のように客観的な算定が可能であり、弊害発生のおそれがない場合は、取締役会への一任も許されると考える。

3 本件決議も、上記条件を満たす限りで例外的に適法であるということになる。

二 小問 2 について

1 本件は、役職の変更に伴い報酬が変更されているが、このような決議をすることは適法か。明文なく問題となる。

2 この点、役職により報酬の額が定められている場合、役職に応じた支給額に変更されることはやむを得ないとも思える。また、株主総会は取締役を自由に解任できる（339 条 1 項）から、報酬の額も自由に定められると考えられなくはない。

しかし、法は取締役の解任にあたり正当な理由がある場合を除き、損害の賠償を要求

しているから、会社が取締役の地位を左右する全くの自由を認めているわけではない。また、会社と取締役の法的関係は委任契約により規律される（330条）が、委任契約は当事者の双方がいつでも解除できるものの（650条）、当初定められた契約条件を自由に変更できるわけではない。

特に本件においては報酬を十分の一にするもので取締役の地位を大きく変動させるものである。少なくとも、一度定められた報酬を会社の都合により大幅に減額することは許されないと考える。

3 以上より、本件株主総会決議は違法であると考ええる。

三 小問3について

1 本件決議は、取締役にストック・オプションとしての新株予約権を発行することを決するものである。

ストック・オプションは「報酬」の一種であるから、上でみたように少なくとも総額を決する必要がある。しかし、本件決議は行使価額が決しているだけである。給与として与えられる額は新株予約権の公正価額により決せられるから、総額が決せられているわけではない。

とはいえ、上の決議は新株予約権の付与の決議とみるのが素直であるから、直ちに決議が違法ということにはならない。ただし、適法に取締役にストック・オプションを付与するには別に報酬に関する決議が必要である。

2 一方、新株予約権の発行そのものに着目すると、発行は原則として取締役会が決する（240条1項）。

しかし、引受申込者に特に有利な条件であるときや、予約権に対する払込金額が特に有利な金額であるときは、株主総会の特別決議によらなければならない（240条1項、238条3項、309条2項6号）。

これは、上記のような条件で新株予約権が発行された場合、既存の株主に不利益が及ぶからこれを保護するためである。

この点、ストック・オプションとしての新株予約権の発行をした場合、無償交付や、公正価額よりも安価な発行がされる可能性がある。この限りで、特別決議が必要であるとも思える。

しかし、上のようにして取締役に与えられた利益は、これ自体が報酬とみることができ。別に報酬としての決議があり、この範囲で発行事項が定められる限り、238条3項の場合にあたらぬというべきである。この場合、原則通り取締役会のみで新株発行事項を決することが可能である。

3 以上をまとめると、別に報酬に関する決議があり、その範囲で取締役会が新株予約権の発行事項を定めることを認めるものであるならば、本件決議は無意味であることになる。

一方、本件決議が有利な条件による発行も認めるものであれば発行事項の決定は株主総会の特別決議によらなければならない、そもそも委任ができない。以上から、本件決議は内容が法令に違反しており、決議無効事由となる（830条2項）。 以上

一 X 銀行が Y 社に請求をする根拠としては、Y 社が手形面上裏書人とされていることから担保責任を根拠とすることが考えられる。

この点、X は満期平成 17 年 7 月 15 日より前である同年 5 月 18 日に支払いの請求をしている。このような満期前の遡求を認める定めは約束手形には規定がない（77 条 1 項 4 号は「支払拒絶二因ル」としている）。

しかし、振出人に破産手続が開始する決定がされている場合に遡求が可能なのは、満期まで待たずとも支払の可能性がほとんどないことが明らかになったからである。このような趣旨は、約束手形の場合でもあてはまる。

よって、約束手形においても 43 条後段 2 号に準じて破産や支払い停止などを理由にした場合、満期前でも遡求は可能である。

二 1 しかし、本件裏書は、手形の保証や振出しが禁じられた Y 社甲支店支店長 A によってなされたものである。本件裏書は保証の趣旨でされたものであり、手形法上も債務負担の原因となる以上、当然に本件裏書も A が禁じられたものであるといえる。

Y 社は、このことを根拠に遡求に対して拒絶すると思われる。それでも、Y 社への請求が認められるには、表見法理による手当が必要である。

2 (1) まず、A は支店長であるから、支配人であるとも思える。とすれば、X は単に善意であれば、A に手形の振出しや保証を行うことを禁じたことを主張できない。

しかし、支配人は、当該営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限があるものをいう（11 条）。よって、支配人と認定するにはこの意義にふさわしい権限が与えられていなければならない。

本件は A 手形の振出しや保証をすべて禁じられたものである以上、支配人と見ることはできない。よって、11 条 3 項の適用はない。

(2) しかし、Y 社甲支店支店長 A との肩書は、営業所の営業の主任者たる名称にあたる。そこで、X は表見支配人（13 条）の定めにより A の手形行為を有効なものともみることが考えられる。

ただし、本条の適用には、甲支店が営業所、すなわち対内的には独立性が認められ、対外的には営業上の主要な活動の場所として現れるものと認定される必要がある。13 条は支配人たる外観に対する信頼を保護するもので、営業所らしい外観に対する信頼を保護するものではないからである。

また、第三者保護の主観的要件は、条文上は善意であれば足りるように思える。しかし、重過失は悪意と同視できるから、善意・無重過失が保護要件として必要であると考えられる。

3 ところで、手形行為における瑕疵一般について、善意取得（77 条 1 項 1 号、16 条 2 項）によって相手方の保護を図る見解がある。これを認めれば、Y 社甲支店が営業所の実質を備えておらずとも、X 銀行の保護を図ることが可能である。

しかし、善意取得の制度は民法における即時取得の制度を手形法に導入したものである。とすれば、この制度によって治癒できるのは前主の無権利に限るべきである。実質的にも、善意取得の制度の適用範囲を安易に拡大すれば、無権代理にこのような法律関

係を表見法理による利益衡量により図ろうとした法の趣旨を没却する。

以上より、善意取得の制度の適用により、Aに代理権がないとの瑕疵を治癒することはできない。

三 よって、甲支店に上記のような営業所としての実質が備わり、X銀行が善意・無重過失といえる限りで、Xによる手形金支払いの請求は認められることになる。なお、遡求の手続として破産決定書の提出を要する（44条6項）。 以上

平成16年度第1問

1 前段について

(1) P社の株主Bは、P社の第三者割当ての方法による大量の株式発行により、支配比率が大幅に低下するおそれがある。また、市場の価格からみて大幅に安価な価格による株式の発行がされたため、株価が大幅に下落している。この結果、Bの財産価値が目減りしたと考えられる。

Bはこのような損害を回復するための手段を採らなければならない。

まず株価下落という経済的損失を回復する方法としては、このような株式発行を決定したAを初めとしたP社の役員に第三者への責任を追及することが考えられる（429条1項）。

また、低額かつ多額の株式発行という事情からすれば、Q社はP社との間に通謀があると考えられる。この場合、会社を代表して、公正な価額と支払額の差額の請求することも考えられる（212条1項1号、847条1項、3項）。

しかし、株式が極端に安価な価額で大量に発行されていることからすれば、本件株式発行は、もっぱらQ社の持株比率を高めるためのものであると思われる。この結果、Q社は十分な資金提供をせずに会社の支配権を握ることになるから、株主の平等に反しBら株主に重大な不利益が発生することになる。

この点の回復のためには、端的に株式の発行自体をなかつたことにする他ない。本件では、現に株式発行がされているから、新株発行の無効の訴え（828条1項2号）により、Bはその損害の回復を企図することになる。

しかし、無効原因としていかなるものが含まれるか、条文上は必ずしも明らかでなく、この点を検討する必要がある。

(2) 会社成立後の株式の発行は取引行為としての色彩が強いから、その安全を図る要請がある上に、利害関係人が多数に上るから、その効力を画一的に決する必要がある。そのため法は無効の訴えの提起権者、提起期間を制限し、無効判決に対世効を与えている（838条）。

以上の趣旨から、無効原因は重大な法令・定款違反に限るべきである。少なくとも単なる手続違反や、他の方法により損害を填補できる場合は、無効原因はないと考える。

(3)ア 本件の場合、株価低下の利益という経済的利益は前述の通り、損害賠償などにより填補が可能である。したがって、これを理由とした無効主張は許されない。

一方、法律上株主に株式の割当てを受ける権利は与えられていない。すなわち、法は持株比率の維持は法をもって保護すべき利益とは考えていない。とすれば、これが害さ

れたとしても重大な法令違反があるとはいえない。

よって本件事情による限り無効原因は認められず、新株発行の無効の訴えは認められないことになる。

2 後段について

(1)後段では株式発行事項の公示がない場合、Bは前段以外の方法を採用することができる。具体的には、これは法令違反なので無効原因になるかを検討する。

思うに、公示は法が要求するものである(201条3項)。しかも、これがなければ、既存の株主が募集株式の発行を差し止める機会が失われるおそれがある。差し止めの機会を確保すべく、公示なく株式発行が強行された場合、原則として無効原因があると考えられる。

ただし、差し止原因がなければ、公告がないからといって株式発行を無効とする必要はない。したがって、差し止原因の不存在が立証されない限り、公示がないことも無効原因を構成すると考える。

(2)では、本問では差し止原因があるか。

ア 本問P社は安価な株式の発行をしているが、第三者に対して「特に有利な金額」で新株を発行する場合には、株主総会の特別決議が必要である(199条3項,309条2項)。しかるに、本件事情では株主総会の決議がない。これをもって法令違反があると考えられる。

「特に有利な金額」の意義は必ずしも明らかではない。しかし、市場価格が1000円程度であるところで発行価格を50円とすることは極端に安価である。特別決議を要求する趣旨が株主保護と資金調達の便宜との調和にあることを考えると、当然に要件は満たすと考える。

したがって、法令違反と、株主の利益が害される虞があるから、ここに株式発行の差し止の原因はある。

イ さらに、本問では新株が大量に発行され、これをすべてQ社が引き受けているのでBら既存の株主の持株比率が低下している。この点について、Pが法令・定款に違反したという事実はない。また、法は持株比率の維持は保護すべき利益とは考えていない。とすれば差し止原因はないとも思える。

しかし、株式発行は資金調達を目的とするものであるから、それ以外の目的による株式の発行で、株主その他関係人の権利を大きく害する場合は、権利の濫用であり、これを著しく不公正と認定することができると思われる。

したがって、本件新株の発行は、著しく不公正な方法による新株の発行にあたると思われる。この観点からも差し止事由はあることになる。

本問の場合、株主が「不利益を受けるおそれ」は認められるから、差し止事由はあることになる。したがって、公示なく株式発行がされた場合、Bは新株発行無効の訴えという手段を採用することができる。

以上

1 A 社への請求

(1)ア C は手形面上の振出人である A 社に手形金の支払を求めることが考えられる。

この点、手形行為は A 社の代表権がない甲がしたものであるから、A 社は追認をしない限り責任を負わないのが原則である。

イ しかし、甲は登記簿上の代表取締役であるから、ここで一切保護しないとすると、登記簿の記載、ひいては登記制度への信頼を害する。そこで、不実登記の効力(908 条 2 項)から、B C との関係で、A は甲が代表取締役でない主張できないと構成することが考えられる。

908 条 2 項の趣旨は禁反言もしくは外観法理の現れであるから、不実の登記をしたことへの故意・過失は、責任を負うべき登記申請をした者に認められる必要がある。

ウ 本問では甲が勝手に議事録を作成して登記申請をしているから、原則として A 社には帰責性はなく、本条の適用がない。本条の適用ができるのは、A 社、具体的には登記をする権限がある者が登記の改変を知らずながら長期間放置した場合など、帰責性が認められる時に限ると考える。

以上の例外的事情がある場合に限り、B または C が善意であれば C は A に手形金請求可能であると考えられる。

なお、908 条 2 項の適用要件として、第三者の範囲の制限はなく、善意であれば保護され、過失の有無は問わない。登記への信頼を厚く保護する趣旨からである。

(2)ア 一方、甲は取締役でありながら、代表取締役であるかのように振る舞っているから、表見代表取締役(354 条)の定めにより、A が責任を負うことが考えられる。

イ 本条は表見法理の現れとしての定めであるから、適用には少なくとも外観の存在、外観作出の帰責性が必要である。

甲は代表取締役と名乗っており、これにより相手に甲が代表取締役そのものであると誤認させる外観は存在する。

一方、外観作出の帰責性について、本件の場合、A 社が甲に積極的に代表取締役と名乗ることを許したわけではない(許したのなら、真実に代表権があることになる)。

そのため、A に帰責性を認めるため、甲が代表取締役として振る舞うことを、知らずながら放置したことが必要であると考えられる。かかる事情の認定は、取締役会における代表取締役選任の原則から、取締役の過半数がそのような態度であったことを要すると思われる。

ウ 上の事情があり、B または C が善意・無重過失である場合に手形金の請求が可能である。取引の安全を図るため、本制度の適用要件として、第三者の範囲は制限はない。

ただし、登記制度への信頼保護ほど厚く第三者を保護する必要はない。何ら権限がない者が行為をしていることから会社保護の必要性もある。その意味で重過失ある者は悪意ある者と同視できる。したがって、保護要件としては無重過失が必要であると考えられる。

2 甲への請求

甲による手形の振出は無権代理によるものなので、それに伴う責任を問うことが考えられる(手形法 77 条 2 項, 8 条, 以下手形法との表記は法と略する)。

具体的な適用要件としては、民法 117 条との均衡から第三者の善意・無重過失を要求すべきである。なお、908 条 2 項、354 条の要件が満たされる場合も、無権代理人の責任は発生する。上記の制度は取引の安全を守る点に眼目があり、無権代理人に責任を免れさせる制度ではないからである。

以上より、B が善意・無重過失であるならば、甲に手形金請求ができ、甲の責任は手形上の責任であるから、C は裏書によりこれを承継すると考える。

一方、B が悪意または重過失ある場合でも、C が善意・無重過失であれば保護される。法 8 条は不法行為の特則であるから、代理行為の相手方のみならず、広く利害関係人を保護の対象に含めるべきであるからである。

3 B への請求

(1) B は裏書人であるので、手形金請求の根拠は担保責任（法 77 条 1 項 1 号、15 条）である。ここで、A 社が責任を負う場合、満期日において A 社への請求をし、拒絶すれば、B の遡求義務は当然に発生する。

(2) 一方、A 社が責任を負わない場合であるが、B は A とは独立した意思をもって法律行為をしている。したがって、C の主観的事情にかかわらず、B は債務負担をすることを考える（法 77 条 2 項、7 条）。なお、裏書も独立した意思をもってなされる以上、これに手形行為独立の原則が適用されることに疑いはない。

しかし、C の保護要件としては、善意取得の要件を満たす必要があると考える。B の債務負担と C が権利行使できるかは別問題である。A が責任を負わない場合、B に権利移転の権限もないはずである。となると、C は善意取得（法 77 条 1 項 1 号、法 16 条 2 項）をしない限り、権利を行使できる地位の取得はない。

以上より、C が善意取得をし、遡求条件を満たせば、B に対して手形金の請求ができる。

以上

平成 15 年度第 1 問

1 小問 1 について

(1) まず、A 社が C のため保証契約を締結することは「多額の借財」（362 条 4 項 2 号）として、取締役会の決議を要するのではないか。

「多額」にあたるか否かは相対的な概念であり、会社の業種、規模、債務の種類など総合的な観点から実質的に判断されることになる。一方、「借財」とは消費貸借契約に限らない。本条の趣旨は、取締役の権限濫用から会社を守る点にあるから、会社にとって過大な負担になりうる債務なら、すべて借財にあたると考えてよい。

本件保証債務は 10 億円の借入に対するものである。A 社は大会社などではないから、10 億円の借入は資本金額を大きく超え、会社の規模に対して過大であるといえる。また、保証債務は主債務者が履行できない場合、代わって無限の責任を負う債務であるから、「借財」にあたるといってよい。

よって、本件事例においては、上記観点から取締役会の決議が必要であることになる。

(2) これに加えて、被保証人たる C 社の監査役を取締役 B が勤めていることから、本件保証は間接取引（356 条 1 項 3 号）として利益相反取引にあたるのではないか。

利益相反取引の規制は、会社の経営権が集中する取締役の権限濫用から会社を守るためのものである。決議の要否については、このような観点から実質的な判断をすべきである。

本件保証はC社の経営にとって有利であるのは間違いない。しかし、監査役職務は会社経営および会計の適法性の監査であり、会社の経営ではない。すなわち、C社の業績向上と監査役利益とは無関係である。

よって、本件保証は、利益相反取引にはあたらないと考える。すなわちこの観点からは取締役会の決議は必要ない。

2 小問2について

(1)1000万円の借入金について、Aが保証債務を負うことは「多額の借財」にあたるか。

1000万円とは会社の最低資本金額である。とすれば、A社が資本金1000万円に近い極めて規模が小さい会社であるなら格別、通常は「多額」にあたらない。

(2)一方、取締役EがF社の大株主であることを理由に、本件保証は利益相反取引にあたるのではないか。

本件保証により利益を受けるのは会社であり、株主と取締役の人格は別であるから、形式的にみれば保証はEの利益とは無関係であるとも思える。しかし、Eは株式の7割を保有し、事実上会社を支配している。A社の保証によりF社の業績が向上すれば、Eの保有する多数の株式の価値の維持・向上につながる。このような事情からすれば、取締役であるEが権限を濫用してA社に保証をさせる可能は高い。

以上より、特段の事情がない限り、本件保証は利益相反取引にあたり、取締役会の決議が必要であると考えられる。

3 小問(3)について

(1)A社はホテル経営をしている。となれば、取締役Hが同じくホテル経営事業を行う他の会社の代表取締役に就任することは、「株式会社の事業の部類に属する取引」をするものとして競業取引にあたり、取締役会の決議が必要であると考えられる(356条1項1号)。

(2)代表取締役に就任した場合、その会社の名義かつその計算で取引をしなければならないから、「第三者のために」取引をする場合に当たる。

また、A社とHは同じくホテル事業を営むから、「営業の部類に属する」との要件も満たすとみえる。しかし、HはI社では不動産事業部門の取引のみ担当する。このことからすれば、A社の営業と実質的には競業せず、「営業の部類に属する」とはいえないとも思えるが、いずれと考えるべきか。

競業取引が禁止される趣旨は、会社の営業計画や顧客情報など内部事情に詳しい取締役が、これを利用して会社に損害を与えることを防ぐ点にある。営業の「部類」とされている理由は、このような損害が発生することを防ぐため、同一営業でなくても競業取引にあたるものとして禁止の範囲を広げる点にある。

しかし反面において、企業間の協力関係の実現、親子会社・企業結合などの事情から、ある会社の取締役が他の会社の代表取締役に就任することも必要もあるから、禁止の範囲は合理的な範囲に制限しなければならない。

結局競業取引にあたるか否かは、以上の観点から実質的に判断するしかない。

(3)本件の場合，不動産事業とホテル事業との境界が曖昧な部分もあることから，Hがその知識をホテル部門の営業活動のため不正に利用することは十分にありうる。

しかし，現にそのような事情が生じた場合は，忠実義務（355条）への違反などの理由で損害賠償（423条），解任（339条1項）など事後的な責任追及をすることが可能である。また，情報を漏らす自体があれば，ホテル業にも関わったものとして，そこで初めて競業避止義務違反に問うことも可能である。

そこで，両社の希望でHが両者の経営に関わらせる必要性も認められるならば，現に甲が競業する取引を担当しない限り，264条1項の要件は満たされないと考える。

以上の条件が満たされるならば，HのI社取締役就任については，A社取締役会の決議は必要ない。

以上

平成15年度第1問（14条の適用範囲が狭いとつまらない答案になるので，あえて14条の類推適用を肯定する立場によった）

1 小問1について

(1)甲山への請求

CはAと取引をしたに過ぎず，Aにしか弁済請求はできないのが原則である。

ところが，Aは甲山の名を商号に用いており，甲山は自己の氏名を使用して営業することを許諾している。これにより甲山が営業主であると信頼したCを保護するため，名板貸人としての責任を甲山に追及することが考えられる（14条）。

しかし，14条は「他人に許諾した商人」を対象を限定している。甲山はタレントであり，商人ではないから，これを直接適用することはできない。では，14条の類推適用ができるか。

14条は名板貸人が営業主体ではないかとの信頼を保護して商取引の安全を図るための定めであり，外觀法理に基づく規定である。とすれば，名板貸人が商人でない場合もまた，本条を適用し，営業主体を誤認した者を保護する余地を認めるべきである。

このように考えると，14条の適用範囲が広範に過ぎるとも思えるが，重過失の認定の運用により妥当な結論を導ける。商号の名板貸に本条の適用範囲を限定し，保護の余地を否定することは妥当ではない。

よって，名板貸人が商人でない場合も14条を類推する余地はあると考える。

改めて名板貸人の責任の発生には，信頼にたるべき外觀が作出されている必要がある。

ここに，甲山の職業はテレビタレントである。タレントがその知名度を利用して商店を開始することはしばしばみられることである。甲山が有名であることからしても，これが営業主なりと他人が誤認する事情はある。よって，営業主なりと他人が誤認すべき外觀は存在する。名称の明示の許諾があるから，甲山に外觀作出の帰責性もある。

これに加え，相手方が名板貸人が営業主なりと誤認する必要がある。これは，名板貸人が営業主でないことについての善意であるだけでなく，無重過失が必要である。重過失ある者は悪意者と同視できるからである。

本件の場合，タレント業と洋服店としての営業との同種性はもちろんない。Aに対し，営業主が甲山であることを十分に確認したにも関わらず，巧妙に偽られたなどの特段の

事情がない限り、重過失が認定できると考える。

よって、特段の事情がない限り、Cは甲山に弁済の請求ができない。

(2) Bへの請求

BはCと取引をしたわけではなく、債務は負担しないのが原則である。しかし、Aから事業譲渡を受けており、かつ商号の続用があると考えられる。

ここに、BはAの商号をそのまま利用したわけではない。しかし、17条の趣旨は商号の続用がある場合、営業主体に交替があったことを知らず、または債務引受があったと信ずることが多い。17条の趣旨はこのような信頼を保護する点にある。そして、甲山一郎の名とブティックの順序を入れ替えただけに過ぎず、上記信頼を惹起するだけの事情が十分に存在する。

よって、ここに商号の続用はあり、Bは営業の譲受人の責任を負うから、Aに債務を負担する(17条1項)。本件Bが債務を負わないとの登記も通知もないから、免責もない(同条2項参照)。

よって、CはBに弁済を請求することはできる。

2 小問2について

(1) DはBと取引をしているから、甲山には弁済の請求はできないのが原則である。

しかし、Bは甲山の名を商号として利用しているから、Dがこれを信頼してBと取引をしたことが考えられる。これを基礎としてDの請求が認められるとも考えられる。法的根拠としては、前小問同様、名板貸人の責任が考えられる。

(2) 甲山は自己の氏名を使用することについてBに明示の許諾をしたわけではない。

しかし、14条の趣旨は、営業主体が誤認されるべき名称に対する信頼を保護する点にある。甲山一郎ブティックなる名称は、ブティック甲山一郎同様、営業主体と誤認させるべき名称ということができる。

また、甲山は「自分の名前が広まるのは大歓迎」であることから、事業譲渡の事実を知りつつ放置していたことが考えられる。かような場合は、黙示の許諾があるものとして、14条の類推適用が可能であると考ええる。

かつ、「許諾」とは、外観作出の帰責性があることに他ならない。よって、許諾がなくとも、このような外観作出について他の事情から本人の帰責性が認められれば、14条の類推適用により責任を認めることは可能であると考ええる。

ここに甲山が許諾をしたのは自己の氏名を利用して「営業をすること」である。Bはこのような許諾の対象となった営業をそのまま承継しているから、外観付与の帰責性は当初の許諾の時点で十分認められると考える。

よって、特別の事情がなくても、14条の類推適用により、甲山はBの債権者にもまた責任を負うと考える。

これは直接許諾を与えたわけではない甲山に酷にも思える。しかし、前述のように特段の事情がない限り、相手方には重過失が認定されるから、Bが責任を負うことはまれである。新たに開業した時点で登記なり通知なりの手段により営業主体の変更を何らかの形で広告しているなら、さらに重過失を認定しやすくなるであろう。

反面そのような事情が知られない場合は、営業主体の変更は内部事情に過ぎない。とすれば、名称に変更がなければ営業主体のいかに関わらず責任が発生することがある

という 14 条の趣旨を生かす解釈を採るべきである。

(3)以上より、Dは甲山に対し、無重過失であるといえる特段の事情がある限り、弁済を請求することができる。 以上

平成 14 年度第 1 問（答案は公開会社であることを前提として論じてある）

1 合併契約書の承認前に採りうる手段について

株主は、承認前に合併契約書、株主の割当てに関する事項の説明書について事前開示の請求をすることができる（782 条）。これにより株主は、B社の計算書類の閲覧請求（442 条 3 項）、会計帳簿の閲覧請求・提出命令（433 条、434 条）の制度をあわせて利用しつつ、合併契約の不当性をチェックができる。

また、承認決議に反対をした場合は、承認決議が成立した後、株式買取請求権を行使することができる（785 条）。

2 合併契約書の承認後に採りうる手段について

(1) 本件事情を見ると、存続会社 A が投じた議決権を除くと、B社の株主のうち合併に賛成する者は 10 パーセントに過ぎない。これに対して反対の株主は 30 パーセント存在する。このような事情によると、本件承認決議は特別利害関係人の存在により承認決議が成立した場合にあたるといえる。

となれば、Xは株主総会決議取消しの訴えにより、要件を満たす限りで承認決議を取り消すことができる可能性がある（831 条）。

問題は本件決議が「著しく不当」といえるかである。本件においては A B 両社の株式は対応する純資産額および配当額がほぼ同じことから、その価値もまた等しいと思われる。にもかかわらず、合併比率が A 社株式 1 に対し B 社株式 3 となれば、B 社株主が保有する株式の価値は合併により合理的な理由もなく 3 分の 1 になる。この不均衡を解消するための合併交付金の取り決めもない。

確かに合併比率の認定は、合併の経緯を踏まえ、合併当事者となる会社が契約で自由に決めることである。また、会社の価値も評価の方法により異なるし、配当額のみで株式の価値が決まるとはいえない。

しかし、本件における合併比率の差は大きく、このような合併が実現すれば、B社の株主の損失の下、B社の営業を A 社が引き継ぐことで、A 社が不当に利することになるおそれがある。本件では、A 社以外の B 社株主の多くが合併に反対していることからこのような結果になることが伺える。

よって、決議の取消の要件は満たされるから、Xは訴えにより、決議を取り消すことができる。これにより合併は違法無効なものとなる。

(2)ア さらに、合併無効の訴えはどうか（828 条 1 項 7 号）

思うに合併契約においては、私的自治が妥当し、合併比率についても自由に定めることができる。さらに、法的安定性の要請や、上記救済手段があることからして、手続的な瑕疵がない限り無効原因はないとみるべきである。

少なくとも、契約内容は不当ではあるが違法ではない。すなわち、契約は無効ではないから、合併比率上の不公平という側面を直接主張して無効の訴えを提起することはで

きない。

しかし、本件は単に合併比率が違法であるのみならず、合併の決議に取消原因が含まれる場合である。よって、その手続に違法がある場合であるとして、合併無効の主張をすることは許されると考える。

なお、決議取消の訴えと合併無効の訴えの関係としては、いずれも合併の効力を否定するための手段である。無効の訴えが合併の登記がされ、合併の効力が生じる時点で可能になる点に鑑み、合併の登記がされるまでは取消の訴えにより、それ以後は合併無効の訴えによると考える。取消の訴えの続行中に登記がされた場合は、訴えの変更を経て取消の訴えは合併無効の訴えに移行することになる。

イ さらに、違法行為差止請求をすることが考えられる（360条1項）。そのためには、回復できない損害の発生が必要である。

この点、決議の取消しがされたにもかかわらず合併がされたなら、合併無効事由があることになる。とすれば、無効とされた場合の事後処理の費用がこのようなことをもって、回復できない損害が発生するとみることができる。

かような事情がある限り、違法行為差止請求をすることが可能である。

最後に合併後の新株発行が不公正価額によるものとして、新株発行の差止を主張し（210条）、このような合併を阻止することも考えられる。 以上

平成13年度第1問

一 前段について

1 親会社は子会社の株式のうち、発行済株式総数の過半数を保有している。そこで、株主総会の決定において自らの意思を強く実現することができる。これにより取締役として親会社にとって意のままになる者を送り込み（254条1項）、その意思を子会社において実現することもできる。

しかし、かような地位を濫用し、子会社の少数派株主を害することがありうる。本件も会社に損害を発生させ、これにより間接的に少数派株主が害されている。かような少数派株主を保護するためには、商法上いかなる手段がありうるか。

2 (1)まず、このような取引をすることを決定した取締役の責任を追及することが考えられる。会社に損害を与えるような取引をすることは、善管注意義務（330条、644条）・忠実義務（355条）に反するから、これを根拠として損害賠償責任（423条）、解任（339条1項）などの請求をすることができる。

(2)しかし、損害賠償請求は会社が取締役に対してするものである。とすれば、本件事案では特にこれが行使されないおそれがある。そこで、Aは要件を満たす限りで株主代表訴訟を提起できる（847条）。

解任についても株主総会の決議が必要となるから、少数派株主がこれを実現することは困難である。そこで、あまりに不当な結論になる場合は、要件を満たす限りで、裁判所に解任請求をすることができる（854条）。

(3)また、株主は第三者として直接取締役に責任追及することが考えられる（429条）。しかし、株主は会社が損失を被ることで、間接的に損害を被るに過ぎない。これは代表

訴訟により回復されるべきものである。よって、Q社の取締役に対して、429条による損害賠償請求は認められない。

ただAはP社の株主ではない。よって、P社の取締役に429条の責任を追及することは可能だと考える。

3ア 一方、Q社の損害を回復し、少数派株主の権利を保護するには、取引の効力そのものを否定し、不当利得に基づく返還請求により損害を回復することが考えられる。

契約を無効にするための法的構成としては、一部の株主への利益供与として株主平等原則違反(109条1項)を根拠にする方法がある。また、Q社の代表取締役の権限濫用と見ることができれば、相手方が悪意または過失がある限り、契約を無効にしてよい(民法93条但書類推)。

ただし、このような不当利得の返還請求はQ会社がP会社に対してなすものである。このような請求をQ会社の株主がP会社にはできない。株主に対する利益供与として120条、847条によることも考えられるが、本件では「株主の権利の行使に関し」の要件を満たさないと考えられる。

イ P社に対する損害賠償請求はどうか。この点、AとP社との間には契約関係はないから、不法行為責任によるしかないとも思える。しかし、P社自身がQ社に影響力を及ぼすことで、経営方針を決定しているとすれば、P社を実質取締役とみることができる。このような場合、P社に前記のQ社取締役の責任を類推して問うことが可能であると考ええる。

ウ 以上の手段のみでは不十分であるかに見える。しかし、株式会社では資本的多数決原理が左右するし、契約自由の原則の下、他の人格がした契約の結果に介入することは認められない以上、やむを得ない。最終的にはAは株式の譲渡により権利を守るしかない。

二 後段について

1 PQ会社間の取引が356条1項2号の取引、つまり利益相反取引に当たる場合として、名義がP会社でありながら、取引が子会社の取締役の計算でなされた場合が考えられる。

このような場合、前段同様の責任が取締役、及びP会社に追及できるが、他に考えられる責任追及手段を検討する。

2 まず、取締役に対する責任追及の手段のうち、損害賠償責任を追及できる。

この際、任務懈怠が推定される(423条3項)また、明らかに法令に反する行為がされた点から、裁判所への解任請求も認められやすくなる。

3 さらに、取引が違法である以上、この取引は無効であるといえる。これにより取引自体の効力が否定する手段がもう一つ与えられる。ただし、相手方に対して無効主張するには、取引安全の見地から、Q会社がP会社の悪意を立証しなければならない。

なお、この場合も、Q社の少数派株主がP会社に直接請求をすることはできない。しかし、利益帰属主体である取締役に対して責任追及できるから、前段ほどの問題は生じないと考える。

以上

1 小問 1 について

(1) 本小問における定款変更は株式の譲渡制限を定めるものである。この点取締役会の設置がない会社では譲渡を承認する権限は株主総会にある(139条本文)。よって、この場合、このような定款変更は可能である。ただし、309条3項に定まった特殊決議を経る必要がある。

一方、取締役会設置会社においては法が許容しているのは取締役会の承認であるが(139条本文括弧書)、但書により、定款に別段の定めを置くことを認めている。よって、特殊決議を経れば、本問のような定款変更も許されることになる。

2 小問 2 について

(1) 本小問は特定の株主に限定して自社の製品を安価に購入できる権利を与えようとするものである。これは一定の要件を満たした株主に営業上の便益を与えるものであるから、株主優待制度の一種である。このような制度は、株主平等原則(109条1項)に反し、無効ではないか。

(2) 株主平等原則は株主としての法律関係において、その持株数に応じて株主を平等に取り扱うべき原則であり、均一かつ割合的な単位である株式の本質から導かれるものである。

このような株主平等原則は、特に少数派の株主を多数派の株主から保護する点に趣旨があるから、当該原則に違反した行為は無効であると考ええる。違反の有無はこのような平等原則の機能から実質的に考えるべきである。

ここに株主優待制度は、優待の対象について、一定数の株式を有するか否かのみを基準としているので、株式数に応じた取扱いがなされていない。ただし、株主優待制度は安定株主確保の目的からして、導入に理由がないものではなく、軽微なものなら有効にしてよい。

本問における4割引という優待は、軽微か否かの認定は、自社の製品の定価・種類にもより、一概にはいえない。しかし、購入できる数量に上限がないことから、一般に軽微とはいえないだろう。

しかも、1万株という単一かつ相当数の株式の保有を条件として利益を与えるのは、少数派株主に対し、一部の株主のみ有利な取扱いをするものとして、不合理であると考ええる。

(3)よって、本件定めは特段の事情がない限り無効であり、このような定めをおくことは許されない。

3 小問 3 について

(1)本件のように、一部の株式のみ剰余金の配当をすとの定めは、454条3項の定め及び株主平等原則に反する可能性がある。

この点、非公開会社では定款で株主ごとに別異の取扱いをすることができる。しかし、小問1との関係で、本件会社は公開会社であると考えられるから、109条2項の適用はない。

(2)この点、配当を受ける権利のすべて剥奪するものではないから、一種の劣後株発行

の定めをおくものであるし、現在の株主は害されない一方で将来の株主は事情を理解した上で株式を取得するから、害される者はいないともいえる。

しかし、剰余金の配当請求権は株主の自益権であるだけでなく、特に株主が出資をする目的となる重要な権利である。このような本質的な権利について、これを単にある年度以降に株式を取得したか否かで不合理的な取扱いをする合理的な理由があるとは考えられない。すなわち、既存の株主が自己の配当金額を増加させるため、将来の株主全員に対する利益を侵害するものと評価できる。

(3)よって、このような定めは違法であり、このような定款変更は許されない。

ただし、公開会社も剰余金の配当について異なる種類の株式を発行することは可能である(108条1項1号)。これは434条3項及び109条1項に反するものではないから、そのような趣旨の定款変更は許される余地がある。 以上

平成10年度第1問

1 総論

特定の事業部門を分離独立させるには、新会社を設立し、当該事業部門を新会社に引き継がせればよい。

これは明文にある制度を利用する場合と、事実上の会社分割をする方法がある。また、事実上の方法としては、新会社に事業部門を引き継がせるには、現物出資によって会社を設立する方法と、設立された会社に、事業部門を事業譲渡する方法がある。

以下、上記の方法についてそれぞれ説明する。

2 明文にある方法

特定の事業部門を分離独立させる方法として、会社分割の方法がある。端的に新会社を新設する新設分割と、甲事業部門を承継する会社を設立してから吸収分割の方法によることが考えられる。

分割の手续としては、分割計画書の作成または吸収分割の契約を締結し(757条,762条1項)、この内容を記載した書面を本店に備え置いた上で(782条,794条,803条)、これにつき株主総会の特別決議を経なければならない(783条,795条,804条)。

また債権者保護手続も採られる(789条,799条,810条)。これは、会社分割により分割会社の財産に大きな影響が及ぶからである。ただし、以下に述べる方法とは異なり、検査役の検査は不要である。

3 商法上採り得る他の方法

(1)現物出資による方法

ア まず、甲事業部門を出資して会社を設立する方法が考えられる。

現物出資は会社設立の際に行われる出資を金銭以外の財産によって行うものであり、法的性質は設立行為である。

ただし、財産の過大評価によって、資本の空洞化を生む可能性があるため、厳格な法的規制の下におかれている。

イ 現物出資による方法も、出資によって新会社を設立する方法と、会社を設立した上で、新株を発行し、その際に現物出資をする方法がある。

まず、新会社の設立において現物出資する場合について、現物出資は発起人しかできない(34条1項,63条1項)。よって、甲事業部の出資者たるがA株式会社が新会社の発起人となる必要がある。

手続としては、出資はA社にとって業務執行であるから、法定の例外(467条1項2号)を除き、取締役の合議または取締役会の決議で決すれば足りる。しかし、変態設立事項(28条1号)として、現物出資について定款に記載する必要がある他、払込の期日に財産の全部を給付する必要(34条1項)がある。

さらに、法定の例外(33条9項)を満たす場合を除き、検査役による調査(33条1項)が必要とされ、取締役・監査役は、募集設立の際、検査役の調査書類を検査する義務を負う(93条2項)。

ウ 一方、会社を設立した上で、新株を発行させ、現物出資する際には現物出資をする者に制限はない。また、定款への記載も不要である。検査役の調査が必要な場合が緩和されている(207条9項1号,5号)。

なお、いずれの場合も検査役の検査が必要なとき、検査中は出資の対象になった部門は営業ができないとされている。(2)事業譲渡による方法

ア さらに新設会社に甲事業部門の事業を譲渡する方法が考えられる。

事業の譲渡は、有機的一体をなす財産たる事業を譲り渡す取引行為である。このような方法には、さらに、契約締結の時点によって財産引受と、会社成立後に甲営業部門を譲渡するという2つの方法に区分される。

以上の方法による時は、A会社は新会社の設立手続を行い、改めて、A会社は発起人、もしくは新会社と、甲事業部門の事業譲渡を行う契約を結ぶことになる。債権者保護手続は要求されない。

また、これは取引であるから、財産の給付については、会社設立後でもよいし、発起人は誰と財産引受の契約をなしても構わない。ここが現物出資による場合と異なる。

イ 財産引受

財産引受とは、会社の営業用の一定の財産を譲り受けることを、発起人が会社設立前に契約することをさす。

財産引受は取引行為でありながら、現物出資の諸規定の先達として利用される危険性がある。よって、手続としては、現物出資同様の厳格な手続が要求されている。

具体的には、変態設立事項とされ(28条2号)、検査役の調査(33条)が要求される。募集設立では、検査役の調査書類を取締役・監査役は調査し、創立総会で意見を述べなければならない(93条2項)。債権者保護手続は不要であるが、個々の債権者ごとに承諾が必要となる。

ウ 会社成立後の譲渡

会社成立後に営業の一部の譲渡を受ける場合、契約は会社成立後に行われるものであるから、契約の主体は会社である。また取引であるから代表取締役だけで行為をすることができるはずだが、甲事業部門は「重要な財産」(362条4項)にあたり取締役会の承認が必要となると考えられる。

さらに、Aには甲乙2つの事業部門しかないから、重要な事業の譲渡として法定の例外を満たさない限り、A社の株主総会における特別決議が必要となる(467条1項2号)

また、本件の事例では事後設立にあたる可能性が高い。事後設立は、会社設立後2年、純資産額の5分の1以上にあたる対価で財産を取得する契約を会社が締結する場合である(467条1項5号)。

事後設立は財産引受の潜脱として行われる可能性があるため、手続が厳格になっている。もっとも、設立後の会社には取引の自由があるはずだから、この2つの要請を調和させるため、事後設立とされるには、純資産の5分の1という要件が課されている。ただ、会社の分割を目的とするという事情を考えると、本問の場合このような要件は満たされると思われる。

会社は既に設立済みであるから、これは変態設立事項ではない。代わりに株主総会の特別決議が必要である。(467条1項5号)。財産引受の脱法を防ぐための手続である。また、個々の債権者の同意を得る必要もある。ただし、現物出資・財産引受と異なり、検査役の調査等の手続は不要である。

4 上記の方法のうち現物出資・財産引受の方法によると法定の例外にあたらぬ限り検査役の調査が必要となる。調査の間は営業活動を行うことができず、その間収益が得られない。

本件は2つの事業部門を持つ会社を分割するわけであるから、法定の例外を満たすとは考えにくい。となると、通常は検査役の調査を免れるには、会社分割の方法によるか、いったん会社を設立した後、事後設立の方法によることになる。

しかし、後者は一時的とはいえ十分の出資を用意する必要がある上に、債権者の同意をいちいち得る必要がある。これは債権者保護手続によるよりも非常に手間がかかる。

なお、甲事業部門の価値が低く、法定の例外を満たす場合ならば、事業譲渡による場合はA社の株主総会の特別決議が省略できる場合がある。新設会社はA社の完全子会社であるから特別決議を得ることは容易である。となると、この場合は事業譲渡によるメリットがないとはいえない。

しかし、その場合は簡易分割の方法によることが可能と思われる(784条3項)、事業譲渡の方法によるメリットも絶対ではない。

よって、甲事業部門を別会社として分離独立させるには、通常は会社分割の方法によるのがもっとも簡便な方法であるということになる。 以上

平成9年度第1問

1 監査の範囲について

(1) 監査役による取締役の職務執行に対する監査の範囲については明文がない。適法性の監査が可能なのに争いはないが、妥当性監査までできるかは争いがある。

この点につき、経済情勢に応じた的確な判断を要求することは監査役の能力を越えている。それでも妥当性監査をさせるのは、困難に過ぎる監査義務を負わせるものである。また、取締役が明らかに不当と思われる職務執行をした場合は、忠実義務・善管注意義務違反(355条、350条、民法644条)あり、違法性があるとして、監査をすることは可能であるから、特に不都合はない。

よって、監査の範囲は適法性監査に止まると考える。

この点、取締役は専門家として株主から経営を委託された者である。このような取締役によって構成される取締役会は、当然に取締役の職務執行について妥当性まで監督できる。これに比較して監査役による監査の範囲は限定されているといえることができる。

(2)監査・監督の範囲については、上述のように分業がされている。

取締役は、互いになれ合いの可能性が高いから、厳格な監督は監査役ほどは期待できない。一方で監査役は、報酬が定款または株主総会決議で定められ(387条1項)、使用人・取締役等と監査役は兼任が禁止される(335条2項)。このように、その地位が保障された監査役には、特に問題が大きい適法性監査に限定して、十分な監査をさせる趣旨である。これに対し取締役会には能力に応じて、問題が比較的少ない妥当性の監督までさせるのが合理的である。

このように地位と能力に応じて適材適所に監査・監督の範囲が分業されているわけである。

2 監査の方法について

(1)監査役の監査の方法の特徴は、監査役は独任制が保障されている点にある。これは監査役会の設置が義務づけられた大会社でも変わりはないと考える。

この点は、取締役会は合議体であるので、それぞれの取締役が日常において監督義務があるとしても、あくまで取締役の一員としてしか監督できないことの大きな違いである。

これは、監査役が適法性監査という比較的客観的判断になじみやすく、かつ重大な問題について、互いの監査役を独立させることでより厳格な監査をすることを期待したものである。

一方、妥当性の判断は難しく、どうしても討論と評決によって最も妥当な判断をする必要がある。そこで、合議体による判断をさせることとしたといえる。

(2)これを踏まえて監査役には、事前の監査手段として、営業報告要求権、財産調査権(381項2項)が与えられる。また、子会社への営業報告要求権(381項3項)も認められる。

さらに、取締役会への出席権、そこでの意見陳述権がある。これは同時に監査役の義務でもある(383条)。監査を全うするために報告義務が課されている(382条)。

また、事前または事後に会社に対し監査費用の支払を請求できる(380条)。監査役の負担を軽くし、監査に集中させる趣旨である。

一方、現実に不当な行為がなされた場合は是正手段として、取締役に責任追及する際の違法行為差止請求権、会社代表権(385条、386条)が与えられている。

以上の手段をもって監査役は監査の責務を果たすことになる。

(3)このように監査役は取締役会に比較し、監査の具体的権限が法律上数多く与えられている。厳格な監査が期待されているという趣旨がここにも現れている。

実際、取締役会には上記監査役のように、細かな権限が商法上定められているわけではない。普段の事実上の監督と取締役会への取締役の報告(363条2項)によって取締役会による監督がなされる。取締役は、立場上もともと経営状況を把握できるし、取締役会に参加し、発言できるのは当然である。

ただし、特定の事項については取締役会の承認を要する(362条4項)とされ、この

承認を通じて具体的に取締役の職務執行を監督することになる。

なお、大会社については監査委員会の設置が認められる。これは取締役会内部の機関であるから、妥当性監査が行える。一方で、これは通常の会社の監査役と同様の権限を持つので、監査役と同様の精緻な監査が期待できる。すなわち、監査委員会は、取締役による監督と監査役による監査の長所をほぼ併せ持つとあってよい。 以上

平成 8 年度第 1 問

1 資本とは、株式会社の財産を確保するための基準となる一定の数額をいう。

それでは、このような資本と株式の併合または分割との関係を以下詳述する。

2 株式併合と資本との関係

(1) 株式の併合とは数個の株式を合わせて、それよりも少数の株式とすることをいう(180条)。

このような株式併合は、端株が生じたり、一部の株式の譲渡が制約される結果になったりするので、株主にとって不利益が大きい。よって、特別決議がなければ株式の併合をすることができない。

(2) 株式の併合と資本との関係について、伝統的に資本減少の場合に株式併合を行うことが予定されてきた。このことから、資本と株式併合の間には何らかの関連があるかにみえる。

しかし、株式の併合の意義からすれば、併合により株式数が減少しても、一株あたりの純資産額が引き上げられるのみである。これにより会社財産に影響はない。ましてや資本は一定の数額に過ぎないから、株式の併合により連動して変更されるいわれはなく、変更の必要はない。

つまり、併合のみが行われても資本額は減少しない。その意味で、併合と資本の間には論理的関連性はない。

(3) 資本減少が必要になる会社は、たとえば会社財産が極端に減少した会社再建の必要性がある会社である。このような会社では、正しく計算書類を作成すると、一株あたりの価値が著しく低下する可能性がある。

こうなると会社の信用に関わるから、株式の併合の手続が取られる。つまり、併合と資本減少が行われる理由は、いずれも会社再建に際して有効な手続である。また、資本減少の手続は株主総会の特別決議が必要だが、併合も割負けにより端株が発生し、株主に損失が発生する点を考慮して特別決議が必要とされている。

以上のような事情の関係から、株式の併合を資本減少の手続とともに行うことが可能となる。ただ、論理的関連性がないので、それぞれを独立して行うこともまた可能であることになる。

3 株式分割と資本との関係

(1) 株式分割とは、既存の株式を細分化して従来より多数の株式とすることをいう(183条)。

株式分割は株式数を増やして一株あたりの純資産額を引き下げるのみであるので、取締役会によって決定できる。また、同じ理由から、資本の額に影響を及ぼすものではな

い。

よって、株式分割と資本との間にもやはり論理的関係はないということになる。また、併合とは異なり、資本の増加・減少などと株式分割を同時に行う事実上の関係もない。

以上から、株式分割と資本との間には何の関係もないことになる。

(2) 旧商法 218 条では額面株式の券面額と発行済み株式の総数を乗じた数が資本額を越えてはならないとしていた関係で、株式分割と資本との関連性はあった。しかし、現在は額面制度が廃止されており、かような関係はない。

また、平成 2 年改正以前は、株式配当や利益・法定準備金の資本組入れに伴う無償交付が規定されていた。しかし、2 年改正では上の 2 つの場合における規定を削除し、株式の発行手続はすべて株式分割の規定によることとした。これは株式分割と資本増加という手続が無関係であることを示すものである。

3 以上より、株式の併合または分割と資本との間には、論理的関連性は何もないことになる。わずかに併合と資本とは、資本減少との事実上の関係があることになる。

会社制度としては、払込金額を額面とし、かつ払込金額すべてを資本金とすることも考えられる。このような場合、額面と株式数の積が資本金となる。よって、この場合株式の数が変わる併合および分割と資本との間には強い関連性があることになる。

しかし、現在の商法では上記のような制度を取っていないから、正反対の結論が導かれることになる。

以上

平成 7 年度第 1 問

1 小問(1)について

(1) B による会社への代金請求

ア B が会社に原材料の代金を請求するには、A が B との間でした行為が成立後の会社に帰属しなければならない。ところが、設立前には会社はまだ権利能力を取得していない。となると、成立後の株式会社に発起人の行為の効果は帰属しないとも思える。

しかし、設立前にも何ら会社が存在しないものではなく、発起人や創立総会などの機関が存在し、その活動も観念できる。すなわち、会社の成立前にも実質的には会社の実体が存在するとみることができる。

ただし、法形式的には上の実体に権利能力を認めることはできないから、設立中の会社は設立をの目的とした権利能力なき社団であり、これは登記によって成立した会社と実質的に同一であると考えられる。

以上から、発起人が会社のためにした行為は実質的には会社に帰属しており、会社の成立によって取引の効力は形式的にも会社に帰属することになる。

この場合の発起人は設立中の会社の執行機関とすることができる。

イ しかし、設立後の会社の責任財産が害されることを防ぐため、発起人がした行為についてすべて成立後の会社が責任を負うわけではない。責任の範囲を明らかにするため、会社設立中の発起人の実質的権限をどのように考えるべきか。明文なく問題となる。

設立中の会社も目的達成のために存在するものであるから、発起人の権限も目的の範囲によって制限されると考える。ここに、設立中の会社は会社の設立を目的とするから、

発起人の権限はその目的によって定められると考える。

このため、発起人は会社設立のために直接必要な行為を当然にすることができる。さらに、設立のため事実上必要な行為をなす権限が発起人にならないというのは不当である。

以上より、発起人は会社設立のために法律上・経済上必要な行為までなし得ると考えるのが妥当である。

ウ 以上に従うと、Aによる原材料の買入れは、会社成立前から存在する財産を会社成立後使用する目的で、財産を買い入れることにあたる。すなわち、これは財産引受（28条2号）にあたる。

財産引受は、設立のため必要な行為にはあたらない。これは権限の範囲外の行為でありながら、実際上の必要性から、定款への記載等（28条、33条）を要件として、法が特に発起人に認めた権限であると考えられる。

以上から、会社は上の手続的要件を満たした額に限って責任を負う。法の要求を満たさない財産引受は、絶対無効である。このような結論は健全な会社の設立のため、財産引受を規制した法の趣旨に合致する。

このような結論は相手方に酷に見える。しかし、財産引受は変態設立事項として法定の厳重な規制の下におかれた事項である。とすれば、その手続が整っているかを調査したり、このような事態になることを予想したりする負担を課しても酷ではない。

よって、財産引受に関する法定の手続が備わっている限りで、Bは会社に原材料の提供に対する報酬を請求することができる。

(2)会社からBへの原材料の引渡請求

上記考察によれば、会社の引渡請求も手続が備わっている限りであることになる。

また、法の要求を満たさないAの行為は実質的な権利能力の範囲外の行為であるから、会社による追認は認められない。実質的にもこれを安易に有効とすることになれば、行為をした発起人がそのまま代表取締役就任した本問のような場合、安易な脱法を認めることになる。

ただし、成立後の会社は取引をする自由を取得する。また、財産引受への制限により保護されるのは会社であるから、会社が契約が有効となることを求めた場合、一定の限度でこれを有効とすることが認められてよい。

そこで、成立後の会社がAがした行為を同様の内容とする契約を新たにBと締結すれば、事実上契約は会社に帰属する。ただし、これを安易に認めるべきでないことから、財産の多寡、契約の時期にかかわらず、事後設立（467条1項1号、309条2項11号）と同様の手続を踏むことを要求すべきであると考えられる。

2 小問(2)について

(1)Cによる会社への報酬請求が認められるには、AC間でされた行為の効力が会社に帰属している必要がある。

しかし、本件Aがした行為は、開業後における営業の準備のためになされたものであり、開業準備行為にあたる。前小問で述べたように、財産引受以外の開業準備行為は発起人の権限の範囲外となる。

よって、原則として会社に契約の効果が及ぶことはなく、Cは会社に報酬の請求をすることができない。ただし、会社が同様の契約を締結し、事後設立と同様の手続を踏ん

だ場合に限り、契約が有効になり、Cの請求も認められる。

(2)一方、会社による契約締結がなく、Cが報酬を会社に請求ができない場合、Cは誰にいかなる請求をすることができるか。

まず、発起人Aに責任を追及することが考えられる。この点、まだ会社が成立しておらず、本人が形式的には存在しないが、Aは会社の機関として代理人と同様の地位にある。したがって、CはAに無権代理人の責任(117条)を類推し、履行または損害賠償を請求できると考える。

さらにAC間には契約関係がないので、不法行為責任(709条)を追及する余地もある。上記の責任と不法行為責任は、被害者保護の観点から、競合していずれも請求が可能であると考えられる。さらに、法定の特別責任として429条による責任が成立する可能性がある。

この場合、Aは設立中の会社の機関としての職務執行の際にCに損害を及ぼしたものと評価できる。とすれば、成立後の法人に関する定め(350条)を類推し、Cが善意・無重過失である限り、会社にも不法行為責任が追及できると考える。

ただ、Aがした行為が無効となるのは、法律上の制限によるものである。CはAの行為が開業準備行為にあたることの認識がある以上、悪意・重過失の要件を満たすには特別事情が必要であろう。原則として会社の責任を否定した以上、かかる結論となるのはやむを得ない。

最後に現に広告がされた場合、客観的に会社の利益になると思われる。よって、広告料相当額を会社に不当利得(703条)として返還請求をする余地があると考えられる。

以上

平成6年度第1問

1 会社による責任追及の方法

(1)会社は金銭の貸主なので、借主である元取締役役に金銭の返済請求(民法587条)ができる。

履行がない場合は債務不履行責任(民法415条)を追及することができる。

また、本件金銭の借入は取締役会の承認の下なされた利益相反行為にあたる(356条1項2号)ので、これによって発生した損害について他の役員らと連帯して責任を負うことになる(430条)。また、本件取引は利益相反取引であるから、任務懈怠が推定される(423条3項)。さらに、自己のために直接取引をした者として無過失責任を負う(428条)。

一方、このような利益相反取引を実行した取締役や、承認決議に賛成をした取締役も連帯して未弁済の額について責任を負う(423条1項)。任務懈怠が推定されるのも同様である(423条3項)。

なお、賠償責任については免除の制度がある。取締役の責任の免除については、原則として総株主の同意が必要である(424条)。

ただし、定款または株主総会の特別決議による責任の限定の制度もある(426条から427条)。

(2)損害賠償責任の他，株主総会による解任もできる（339条）。

(3)最後に，上で責任を負う者以外の役員に任務懈怠責任を追及することが考えられる（423条1項）。これは連帯責任となるが，任務懈怠の推定はない。

また，監査役はその能力からして，妥当性監査をする必要はない。ここに，利益相反取引に承認をすることは取締役会の権限であるから，このような権限の行使については原則として監査役の監査対象にならない。

ただし，本件貸付及びそれへの承認に極度の不当性があり，取締役に善管注意義務・忠実義務（350条，民法644条，355条）違反を認められる場合，これを看過した監査役には任務懈怠責任を負う可能性がある。

さらに会計参与は監査権限そのものがない。よって，特別事情がない限り任務懈怠責任を負わない。

2 株主による責任追及の方法

(1)まず，株主は会社の損害を回復するため，法定の要件を満たした場合，上記会社から役員に対して行使できる権利を代わって行使できる（847条）。

その要件の一つとして会社への提訴請求をすることも採りうる手段といつてよい（847条1項2項）。また，請求できる権利は423条1項の賠償請求権のみならず，貸金請求権も含む。条文上そのような定めはないし，役員が負う一切の債務について会社が責任追及を怠るおそれはあるからである。

(2)次に，株主総会で解任決議が否決された場合，株主は取締役の解任請求をすることができる（854条）。

(3)一方，株主は自らが被る損害を回復するため，取締役に不法行為責任（民法709条）を追及することができる。さらに，第三者としての責任追及をすることが考えられる（429条）。まず，「第三者」（429条）に株主は含まれるか。

「第三者」とは会社・取締役以外の者を指すから，株主がこれに含まれると考えて差し支えない。また，株主も取締役の職務執行によって個人として損害を被ることはありうるから，これを回復する手段を認める必要がある。

よって，株主も「第三者」に含まれると考える。

また，429条は取締役の地位の重要性を鑑みておかれた特別の法定責任である。不法行為責任の特則ではないので，これによって不法行為責任の追及が妨げられるわけではない。

しかし，本件株主が被る損害は，自己が直接に被る損害ではなく，間接損害といえる。このような間接損害について，株主は上記の通り，代表訴訟で，会社の損害を回復できる。

よって，直接損害の範囲しか賠償請求できず，結果本件429条による請求はできない。

以上

平成6年度第2問

1 小問1について

(1)丙は乙と取引しており，甲の意思表示がない以上，丙は甲に債務の弁済を求めるこ

とはできないのが原則である。

しかし、丙は「甲商店」の商号から、甲が営業主体であると誤認していると思われる。このような丙の信頼を保護する必要があるが、その構成としては乙が他人の商号を使用した点をとらえ、甲は名板貸人として、乙と連帯責任を負うことが考えられる(14条)。

この点、甲は既に廃業しており、現に商人ではない。しかし、廃業の事実は必ずしも取引の相手方に明らかであるとは限らない。よって、甲が営業主体であると誤認した者を保護する必要性はあり、少なくとも14条が類推適用されるべきである。同様に、廃業した営業の商号もまた14条の対象になると考える。

では、その余の14条の要件は満たすか。乙は「甲商店」の商号を使用して、同種の営業をしていたのだから、名称の使用はあるといえる。

しかし、乙は無断で「甲商店」の商号を使用して営業をしていたのだから、甲の「許諾」がないのではないか。

(2)ア 思うに名板貸人の責任は表見法理に基づくものであるから、「許諾」とは外観作出への帰責性に他ならない。

とすれば、「許諾」は、明示のものに限らず黙示のものでも構わないと考える。ただし、明示の場合と同様の帰責性を認めるには、単なる放置ではたりず、相応の事情は必要であると考えられる。

本問では、乙は「甲商店」との商号を使用しているのみならず、甲が営業していた店舗と全く同じ店舗で同種の営業を行っている。これを甲があえて黙認し、かつ長期間放置したなどの事情があれば、甲の乙への営業の許諾はあると認定できると考える。

イ さらに、「誤認して」とは、相手方の善意・無重過失のことである。これは悪意者のみならず重過失ある者も、要保護性という意味で、悪意者と同視してよいからである。

丙は甲の営業であると思っていることから、その内実について善意であるということが出来る。とすれば、丙が誤認したことについて無重過失であれば、甲は乙とともに連帯責任を負うことになる。

(三)上記アイの条件を満たした場合、丙は甲に対し債務の弁済を求めることができる。

2 小問2について

(1)前小問で検討したように、乙の営業活動をそのまま放置すれば、甲は名板貸人としての責任を問われる可能性がある。このような事態を免れるために、乙による「甲商店」の商号使用の差止請求を甲に認める必要がある。

商号の差止を請求するには12条2項の要件を満たす必要がある。

しかし、本条の対象は「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある商人」(12条2項)である。すなわち、商人としての信用低下、利益の逸失またはそのおそれが要件とされている。本問甲は廃業しており、既に商人ではないから、本条の適用はできない。

しかし、廃業した者の商号はいくらでも冒用が可能であるとなると、本問丙のように営業主体を誤認する者が現れ、取引の安全が害される事態が多発するおそれがある。このとき、甲のように廃業した者も名板貸人としての責任を負い、他人による商号の利用によって不利益を被ることがある。

とすれば、被冒用者が現に商人ではなく、現在の営業上の不利益以外の不利益を被る

おそれがある者にも，本条の類推適用を認めるべきである。

(2) その余の要件として，本条の適用には「不正の目的」(12条1項)が認められなければならない。これは他人の商号を冒用し，そこに仮体された信用・名声を利用する目的がある場合のことである。本問では，乙があえて同種の営業を同店舗，同商号において行っていることからすると，乙の商号使用には目的は認められるといえる。

(3) 以上より，12条2項の類推適用により，甲は乙の「甲商店」との商号使用を差し止めることができる。

以上

平成5年度第1問

1 総論

取締役会における招集手続・議決方法には，株主総会の場合と，次段以降に述べる違いが生じる。それは，取締役会の構成する取締役と株主総会の一員である株主の地位および能力の違いから導かれるものである。

すなわち，株主総会の構成員たる株主は実質的な会社の所有者であるが，所有と経営の分離の建前から，必ずしも業務執行に常に携わっているわけではなく，業務執行をする必要も能力もないことがある。

それに対し，取締役会を構成する取締役は，その経営能力から会社経営という業務を受任した者であり，善管注意義務(330条，民法644条)，忠実義務(355条)などを負う者である。

これを踏まえて取締役会における招集手続・議決方法について株主総会と比較した場合の違いを説明する。

2 招集手続について

ア まず，取締役会は各取締役において招集または招集の請求ができるが(366条1項)，株主総会は取締役の合議または取締役会が招集を決し(298条)，取締役が招集する(299条1項)のが原則である。いずれも取締役による招集が中心とされているのは所有と経営の分離の現れといえる。

イ 一方，取締役会では，招集通知は一週間前に通知を発すればたり，さらに短縮ができる(368条1項)。

株主総会の招集通知は，非公開会社では1週間で足り(299条1項但書)定款でこの期間を短縮することができるが，原則は開催の2週間前に発することが要求される(299条)。

しかも，取締役会の通知には議題や議案の要領を示す必要がない。この点も原則として通知に議題や議案の要領を示す必要がある株主総会の場合とは違いがある(299条)。

以上のように，取締役会における招集手続は株主総会におけるそれに比較して簡略化されている。

これは取締役は経営の受任者として日常的に業務状況については常に把握しているはずだからである。となると，必ずしも出席の準備の時間を与える必要はない。それよりも経済情勢への迅速な対応を可能にするため簡便・迅速に取締役会を開催させるべきであろう。

一方、株主総会の招集手続はより厳格である。これは、普段経営に携わっているわけではない株主に出席の機会を与えるというのみならず、十分な準備の時間を与えるためである。ウ なお、取締役会では招集手続を省略することが可能である（368条2項）。一方、全株主が事前に同意をすれば、株主総会の招集手続は省略できる（300条）。

ただ、その趣旨は必ずしも同じではない。前者は取締役は経営状況や議題について熟知しており、出席と準備の機会を与える必要がない点に求められる。一方、後者は自己の利益を放棄することが自由である点も認められるといえよう。

3 議決方法について

(1)取締役会における議決方法は一人一議決権である。また、株主総会のように書面による議決権の行使、代理行使は認められない。例外的に決議の省略のみ認められる（370条）

以上に対して株主総会においては1株1議決権が原則の資本的多数決が採られている。ただし、単元株制度が採用されている場合は、1単元につき1議決権が与えられる（308条1項）。かつ、書面による議決権の行使（311条）、代理行使が認められる（310条）。書面または電磁的記録による決議の制度もある（319条）。

取締役は受任者であり、取締役会に参加することは取締役の義務である。また、個人の能力が重要であるから、代理行使を認めるわけにはいかないし、忠実義務（355条）を果たすには十分な討論をすべきであるから、書面による決議、持ち回り決議などが認められないわけである。

一方、株主による議決権の行使は自己の事務処理であり、他者に対して義務を負う者ではない。一方、議決権は株主の重要な権利であるから、できる限り権利を行使できるよう配慮すべきだからである。すなわち、上記相違点が生じる理由も、上記のような取締役と株主の地位の違いに求められる。

(2)以上と同様の趣旨から、議決方法については次のような違いもある。

取締役会決議の方法は一つしかなく、特別決議などはない。これは取締役会では、少数派保護の必要性がないからである。1人1議決権であるから、不統一行使もあり得ない。

さらに、取締役会では特別利害関係人の議決権行使は認められない。取締役は受任者であるから、利己的な決議は許されない。逆にそのような決議をなすおそれがある者は決議から排除しないと決議の公正さを害するおそれがあるからである。

この点、株主総会では、原則として特別利害関係人も議決に参加でき、その結果著しく不当な決議がなされた場合に、取消しの対象（831条1項3号）になるに過ぎない。株主は実質的な会社の所有者であるから、自己のための議決権行使が認められてしかるべきだからである。

以上

平成4年度第1問

1 まず、設立後の株式の発行においては資金調達のため市場価格よりも払込価額が安価に設定されるのが通常である。ここで株主以外の者に株式を発行すると、株価が下落し、既存の株主の財産価値が減少する可能性がある。

また、株主以外の者への株式発行が行われると既存の株主の支配比率が低下することになる。

そこで、このような既存の株主が被る不利益を回避させる方法を用意すべきであり、商法上このような制度が規定されている。

2 (1)まず、株式を第三者に「特な有利な金額」(199条3項)で発行する場合、取締役は株主総会において説明義務を負い、かつ総会の特別決議が必要となる(199条3項、200条2項)。

あまりに安価に株式が発行されると、既存の株主の財産価値の下落の度合いが激しくなる。このような場合は不利益を受ける者に、有利発行をする必要性を説明した上でその同意を得なければならないという趣旨である。

(2)ただし、この「特に有利な金額」の意義は必ずしも明らかではない。この点、資金調達のための市場価格以下での発行はどうしても必要であるから、単に安価に発行するというだけで上記厳格な手続を要求するわけには行かない。しかし、既存の株主保護の要請も無視できない。

よって、目的達成できる限度でもっとも旧株主に有利な価額であれば、「特に有利な金額」とはいえないことになる。具体的には、市場価格から数パーセント程度安価であれば、特別決議は不要となる。

(3)一方、「特に有利な金額」による発行で、このような手続が必要とされるにも関わらず、株主総会の決議を経ないまま新株が発行されようとした場合、株主は差止めの訴え(210条)、を提起できる。さらに、募集株式発行無効の訴え(828条1項2号)を提起することはできるか。

新株の発行においては多数の利害関係人が発生するから法的安定性を図ることが重要である。のみならず、会社の資金調達の目的を達成するには、新株発行の効力はできるだけ有効にすべきである。

よって、新株発行の無効主張ができる場合は、重大な法定・定款違反に限る。具体的には、株主に経済的損失を与えるに過ぎない場合、無効主張はできない。この場合は、株主の損失は他の手段によって補填できる以上、新株発行の効力は維持すべきだからである。

とすると「特に有利な金額」による株式が決議なく発行された場合、無効主張はできない。株主には経済的損失が発生するのみであるし、内部的な手続の瑕疵があるに過ぎない場合だからである。

(4)以上の他、法は不公正価額による株式の発行がされた場合、株式引受人に公正な価額から不足する金額を支払う義務を負わせ(212条1項)、現物出資においては取締役らにも填補の責任を負わせている(213条2項)。

3 (1)次に、既存の株主の持株比率が低下するという不利益に対応させるためにも、募集株式を第三者に発行すること及び誰に割り当てるかの決定において株主総会の決議を要求することが考えられる。

しかし、法は募集株式の発行において株主総会の決議を要求するのは非公開会社に限っている(199条1項2項、200条1項、309条2項5号)。すなわち公開会社においては持株比率の維持との利益を保護する手段は法律上定められていないことになる。

この理由であるが、公開会社は特に大規模経営がされる場合、支配比率の低下は問題になるほど大きくなる。また、支配比率を維持するためには、市場で株式取得してある程度持分の維持を図ることができるし、そもそも持株比率に関心がある株主が少ないことが予想されるからである。

一方で、非公開会社では、事実上所有と経営が分離しておらず、特に支配比率の低下が従来の株主に深刻な影響を与える。これがこのような会社の株主にのみ持株比率低下に対応する手段が与えられている理由である。

(2)ア ただし、公開会社でも、もっぱら会社の支配比率の変更を目的として大量に新株発行がされるなど、既存の株主の支配比率が無視できないほど低下させられることは考えられる。この場合、株主は新株発行差止の訴えが提起できることがあると考える。

一方、無効主張は許されないと考える。法が株主に新株引受権を与えていない趣旨から通常の会社では支配比率の変更の不利益よりも、新株発行の取引の安全を守ることを優先させるべきである。

イ 一方、株主の新株引受権が無視して新株が発行された場合、新株発行差止の訴えを提起できるし、さらに新株発行無効の主張もできると考える。持株比率の維持の手段である新株引受権は株主の重要な権利であるし、他の手段ではこのような損失を回復することもできないからである。

以上

平成3年度第1問（取締役会設置会社であることを前提とした）

1 (1) 会社が譲受人からの名義書換請求（133条1項）を拒むには、株式の譲渡の有効性を否定し、譲受人が株主でないことを主張することが必要である。

ここに、株式の譲渡には取締役会設置会社では取締役会による承認を要するとの譲渡制限株式を発行することが可能であり（107条1項1号、139条）、本件会社の定款にもこのような定めがされている。このような譲渡制限に反する株式譲渡の効力をいかに考えるべきか。明文なく、問題となる。

(2) 株式会社の実体が個人企業であるとき、会社と株主の関係は密接であるといえる。譲渡制限の趣旨は、上のような会社において株式が譲渡され、会社にとって好ましくない者が会社に参加することを防止する手段を認める必要があるからである。すなわち譲渡制限の目的はもっぱら会社保護にあるから、その目的が達成できる限度で効力を否定することが必要かつ十分である。

また、株式の譲渡は自由であることが原則である。137条1項が譲受人からの譲渡承認請求を認めていることは、譲渡契約自体は無効でないことの現れといってよい。

よって、当事者間では譲渡は有効であるが、会社に対して譲渡の効力が主張できないと考えるのが妥当である。

2 (1) 上記結論からすれば、譲渡人から会社に譲渡の効力を主張できない。法定の例外（134条）にあたる事情もないから、名義書換請求は否定されるかに見える。

(2)ア しかし、本件には全株式を保有する一人株主が全株式を譲渡したという事情がある。

本件譲渡制限の趣旨は会社の利益保護にあるが、会社の利益とは究極的には株主の利

益である。

取締役会を構成する取締役は会社から経営を委任された者であるが、その取締役は結局株主によって選任された者であり（329条）、会社及び株主の利益保護のために業務執行をなすべきものである（355条）。

あえて取締役会が承認権者とされているのは、他の株主の利益にかなう判断ができるとともに、迅速な判断を下すことにより、株主の投下資本の回収を不当に拘束しない点にあるに過ぎない。取締役会は譲渡の承認をする際にも会社及び株主の利益に沿うように業務を行うべきものである以上、譲渡の承認において取締役会の判断を株主全員の判断に優先させる趣旨ではない。

イ これに従うと、全株式を保有する一人株主の意向を取締役会は考慮して承認すべきものであるし、それが食い違う場合も、一人株主の意思が優先してしかるべきである。全株主が譲渡を望む以上、利益調整の結果はみえているからである。

すなわち、本場合は譲渡制限を適用する必要がない場合であると考ええる。

もしこれを適用するとしても、一人株主は全取締役を解任し（339条）、改めて自己の意を汲む取締役を任命すればよいだけの話であるから、意味をなさない。反対に、取締役会がすべて株式について誰が株主となるかを指定できるという結論もまた不当である。

このように考えると譲渡制限の定めが無意味化するように思えるが、これは将来株主が複数になった場合の利益調整のためのものであると考えればよい。

(3)以上から、本問の場合譲渡制限の規定は適用すべきでない。譲渡制限の定めとは無関係に、本件株式の譲渡は会社との関係でも有効であると考ええる。

よって、会社は譲受人からの名義書換請求を拒むことはできない。 以 上

平成2年度第1問

1 合名会社と株式会社における社員の地位の違い

(1)まず、合名会社における社員は会社の業務執行権（590条1項）、代表権があり（599条1項）、会社の営業に関する一切の行為を行うことができる。このように合名会社の社員は出資者であると同時に経営者でもある。

また、合名会社の社員は直接無限責任を負う（580条1項）。社員が経営者であることから、経営上の責任は社員が負うべきである。責任を免れるための権限が与えられているという意味で、責任追及の正当化根拠ともいえる。

いわば直接無限責任は、事実上の営業主であることから認める責任である。

以上の点をふまえ、合名会社の評価・信用はもっぱら社員について行うことになる。これが、社員と会社との関係が密接である人的会社とされる所以である。

(2)一方、株式会社においては株主とは別に取締役を置くことが強制されており（326条1項）、所有と経営の分離が原則的体制とされている。これは能力のある取締役に経営を担当させることで、企業経営の合理化を図るためである。

逆に株主は株主として会社の経営に参加することはできず、株主総会を通じて意思決定に加わるに過ぎない。

これに加えて、株主は引受人として払込以外の責任を負わず、間接有限責任を負うに過ぎない(200条1項)。株主には経営権がないから無限責任を負わせることができないし、投資による会社への参加を促進するためである。

このようにして株式会社では社員と会社及び社員相互間の関係が希薄であり、株主の個性は問題にならない。これを受けて株式会社は物的会社に分類される。

以上の社員の地位の違いは、

2 投下資本の回収の方法

(1)投下資本の回収の方法としては、会社存続中は退社により出資の払戻を受ける方法と、社員権の譲渡による方法が考えられる。

ここに、合名会社の社員には経営権があるし、無限責任も負うから、会社経営におけるその個性は重要であり、その地位の交代を容易に認めるわけにはいかない。したがって、社員の持分は譲渡制限の対象となり、持分の譲渡には、他の社員全員の承諾が必要となる(585条1項)。つまり、持分の譲渡による投下資本の回収は大幅に制限されている。

その代わりに、合名会社の社員には、一定の手続の下、会社存続中に会社からの退社が認められ(606条)、出資の払戻を受けられる(611条)。会社財産から払戻しがされると、会社財産の減少をきたす。しかし、合名会社では各社員が無限責任を負うから、会社債権者の保護に反しないからである。

このように、合名会社の社員は退社によって資本を回収する。これは社員が経営権を持ち、無限責任を負う点の反映であるといえる。

(2)一方、株式会社において株主は間接有限責任しか負わず、債権者の引当は会社財産だけである。それに対応した資本維持の要請から、原則として社員の出資金は払込まれたら返還されない。つまり、会社存続中の退社によって投下資本を回収することはできないのが原則とされている。

しかし、株式会社における株主の存在はもっぱら出資者に過ぎず、株主と会社との関係は希薄である。よって、会社や債権者にとって誰が株主であっても構わないことになる。

そこで、唯一の資本回収手段としては株式の譲渡によることになる。これに対応し、株式には自由譲渡性が認められることになる(127条本文)。

このように株主が資本の回収を株式の譲渡による理由は、株主が権限も責任もなく、会社との関係が希薄で個性があらわれない点に求められる。

ところで、上のような違いも相対的であるという見方もできる。すなわち、株式会社でも自己株式の取得が認められているから、この際に実質的な持分の払戻しが行われているといえる。一方、持分の譲渡についても株式会社では譲渡制限株式(2条17号)を発行することが可能であり、譲渡の制限が可能である(134条)。これは、株式会社でも実質的に株主の個性が重視される場合があるからである。

それでも、自己株式の取得は株主総会の決議と分配可能額の範囲との財源規制の枠内で行われる必要があり(461条)、債権者保護のための最低限の調整を行っている。また、譲渡制限株式についても譲渡の承認請求による投下資本回収の途が確保されている(140条)。この限りで、合名会社と株式会社における投下資本回収の手段の違いはや

はり存在するということができる。

(3)なお、資本回収の方法としては会社解散、清算の上で残余財産を分配する方法もある。このような方法によることができるのは合名会社の社員、株主とも違いはない。ただ、会社の積極財産を債務が超過した場合、株主は責任を負わないが合名会社の社員は責任を負う。両者の地位の違いは、ここにも反映することになる。 以上

平成元年度第1問

1 会社設立に際して株式を発行する場合について

(1)会社設立の目的は健全な財産的裏付けがある会社を成立させることにある。となると、会社設立時においては予定しただけの会社財産の確保がなされることが重視される。

このような資産確保の要請及び資本充実の要請が強く妥当するのが、設立時における株式発行の特徴であるといえる。

(2)以上の要請が次のような制度に現れている。

ア まず、株式の発行事項の決定には発起人の全員一致が要求される(32条、57条2項等)。

さらに、払込確保のため会社設立前に全額の払込をすることが求められ、かつ払込は払込取扱機関へなされなければならない(以上34条、63条1項)。募集設立では保管証明書の発行を受けねばならない(64条1項)。保管証明書を発行した取扱機関はそれに対応する責任を負う(64条2項)。

払込がない場合、引受人は失権する(36条3項)。ただし、発起人の失権には失権の手続が必要である(36条)。また、払込期日を先に定める必要がなく、払込の状況を勘案して払込期日を適宜定め、失権が起きにくいような配慮がされている。

イ さらに濫用のおそれが高い事項は変態設立事項として定款へ記載の上(28条)、原則として検査役の調査が必要になる(33条)。特に現物出資(28条1号)については、発起人しかすることができない(34条1項、63条1項参照)。

現物出資として拠出された財産や、財産引受の目的の実価が定款評価額よりも著しく低い場合、会社財産の空洞化が生まれるおそれがある。そこで、発起人・会社設立当時の取締役は、財産価額填補責任を負われる(52条1項)。

以上に加え、払込がなされないことに任務懈怠がある場合、上記の責任でまかなわれない損害について、発起人、取締役、監査役、価格の証明を行った弁護士等は損害賠償責任を負う(52条3項、53条など)。

(3) 設立において瑕疵(たとえば、定款で定められた設立時の出資価額にあたる出資がない等)がある場合、訴えにより無効とされる可能性があるが(828条)、その提訴の期間は2年と比較的長期間である。これは健全な設立を重視したものである他、設立無効の原因が即時には判明しにくいことに配慮したものである。

2 会社の設立後に資金調達を目的として株式を発行する場合

(1)ア 会社設立後の資金調達を目的とした株式発行では、迅速・確実に資金調達目的が達成されなければならない。また、会社は設立時の厳重な規制の下で一応成立しているので、会社財産確保の要請は設立時に比べて後退するといえる。

よって、会社設立時に比べて、株式発行の規制は緩和され、手続は簡易化されているといえる。

たとえば、手続は最も厳格な場合で株主総会の特別決議で足り（199条）、公開会社では原則として取締役会で決定することができる（201条）。失権の手続も不要である。

新株発行時には現物出資ができる者の制限はないし、定款への記載もいらない。現物出資において検査役の調査（207条）や財産価額の填補責任などの制度は設立時同様に設けられる（213条）が、検査役の調査が不要とする例外も緩やかである（207条9項）。創立総会の開催も必要なく、これも株式発行の手続が緩和化されたものということがいえる。

また、手続に瑕疵がある場合の無効の訴えの提訴期間は6月で、（非公開会社では1年）設立無効の訴えよりも短い。これは無効とせずとも問題は大きくないから、できる限り新株発行を有効とすることを狙ったものである。無効事由も重大な法令・定款違反に限られ、たとえば有利発行の際に株主総会の決議を欠くことはかかる事由にあたらぬ。

(2)ア ただし、新株発行がされると、具体的には下に述べるような既存の株主の利益が害されるおそれがある。そこで、既存の株主保護の要請が新たに生まれるのも新株発行の際の重要な点である。

イ まず株式が発行されれば、既存の株主の持株比率が低下するおそれがある。この点、公開会社では大規模企業経営がされることが予定されているから、通常は無視できるものであり、この点について法は原則として株主保護の制度をおいていない。

しかし、非公開会社は小規模であることが多いし、経営上好ましくない者が会社に参加することを防止する必要がある。そこで、持株比率の変動を伴わない株主割当ての場合を除き（202条1項）、株主総会の決議が要求されている（199条、200条）。

また、迅速な資金調達のため、新株は安価に発行されることが通常である。そうになると、株価が下落し、既存の株主に経済的損害を与えるおそれがある。

そこで、第三者に株式を割り当てる場合で、特に有利な金額によると認められる時には、株主総会の承認等の手続が必要になる（200条2項）。これは既存の株主を株価低下のリスクから保護するための制度である。この際には、当該株主総会において理由が説明されなければならない（199条3項）。

さらに、株主間の公平を図るため、現物出資における不足額の填補責任の他、不公正な価額で株式を引き受けた者には金額を支払う責任を負わせている（212条）。

(3) 以上の利益を株主が確保するため、募集株式発行無効の訴えの他、差止の請求（210条）が認められる。設立の場合と異なり事前の差止が認められるのは株主の保護を図ったものである。

さらに差止を可能にするため、取締役会の決定により株式を発行する場合は発行される株式の内容・発行条件が通知・公告される（201条3項、4項、202条4項）

3 以上、会社設立時の株式の発行と、会社設立後の資金確保のための新株発行では、一方にみられる規制が他方ではなかったり、緩和されていたりする。これはそれぞれの場面ごとに確保すべき利益が異なるので、それに対応した取扱いであるということがいえよう。

以上

1 小問(一)について

(1)まず、代表取締役Aが会社のためにした20億円の借入は内部的制限に反しているから、本来無権代理としてその効力は発生しないはずである。

しかし、このような内部的制限は、善意の者への対抗は不可能である(349条4項)よって、貸主が善意であるならば、本件取引は有効になると思える。

(2)しかし、20億円は資産総額の10分の1に匹敵するから、「多額の借財」(362条4項2号)として、取締役会の決議を要すると考えられる。

これは法令による制限であるから、349条4項の適用はない。となると、決議なき取引の効力は違法な取引である以上、無条件に無効になると思える。

しかし、取締役会決議の存否は内部的事情で、相手方には判明しにくい。むしろ貸主はそのような手続はされたものと信頼してやむを得ないことは十分考えられる。

よって、362条4項2号に反して承認がないままされた取引も原則として有効とすべきである。ただし相手が承認がないことにつき知り、または知りうべかりし場合は、保護に値しないから無効であると考える。

(3)以上、貸主が善意・無過失である限り、本件Aがした取引は有効であり、会社は20億円の貸金返還債務を負うことになる。

2 小問(二)について

(1)2億円の借入は内規にも反せず、多額の借財にもあたらないと考えられる。

しかし、本件借入は代取Aの個人的利益を図るものであり、いわば濫用的なものである。このような代表取締役がした取引の効力はどのように考えるべきか。

(2)なされた取引が代表取締役の権限の範囲内のものである以上、これは有効であると考えてよい。相手方にとって濫用の意図は判明しがたいし、代表取締役がした行為に関するリスクは会社が負うべきであることからこのように考えるべきである。

ただし、相手方に保護に値しないと思われる事情がある場合は、利益衡量上会社を保護する必要性が優先する。

よって、民法93条但書を類推し、相手方が代表取締役の濫用的意図を知り、または知りうべかりし場合は、会社は借入の無効を主張できると考える。

この点、代表取締役の権限の範囲内の行為である以上、

(一)との比較で、相手の保護要件を緩やかにすべきとも思える。しかし、そのように考えるにはその法的根拠が明らかでない。仮に信義則によらずれば、それは一般条項の濫用であり、妥当でない。

(3)以上、上記条件に従い、本件Aがした借入の効力は決まることになる。 以上

1 相互保有の弊害について

(1)株式の相互保有がされた場合、次のような弊害が生じる。具体的には自己株式取得による弊害と同様の弊害である。

まず、一方の会社 A が他方の会社 B の株式を保有していても、B 社はその価値に対して A 社の株式を保有しているのであるから、実質的にこれらの株式を裏付ける資本は存在しないとみることができる。つまり、資本の空洞化を生むことになる。

これは間接有限責任であり、会社財産が債権者の唯一の引き当てである株式会社においては制度の信頼性を害するもので、放置できない弊害である。

(2)また、取締役による不当な会社支配のおそれがある。すなわち、上記のように裏付ける資金がないなら両者が互いに株式を大量に取得することが可能になる。

後は、それぞれの社の取締役が示し合わせの上、互いの会社の株主総会で、取締役にあって有利な決議をするように図ることが可能になるからである。

また、両会社の関係が緊密になることで、両者協力して法人格の不正利用がされるおそれも高まる。

(3)さらに、大量の株式の買付け・売却が可能になるから、互いの社の取締役が結託して、不当な利益を得るべくインサイダー取引がなされるおそれもある。

このように様々な弊害が生じるから、これを防止すべく商法は次の段落で述べるような弊害防止策をおいている。

2 (1)ア まず、親子会社の関係にある場合、子会社による親会社株式の取得は禁止されている(135 条 1 項 2 項)。このようにして、相互保有自体が規制されている。ただし、取引の安全の観点から、禁止に反した取引の効力は取引をした者の悪意を立証しない限り無効の主張はできない。

イ また、親子会社の場合は、親会社の監査役などは子会社の調査権(381 条 3 項)が認められ、さらに親会社株主等は子会社に対し株主総会・取締役会の議事録、計算書類、株主名簿、会計帳簿等の閲覧・謄写請求が可能である。

以上の方法により取締役による不正な会社支配や、法人格の濫用を防ぐことができる。

なお、大会社では連結決算書類の作成が義務づけられており、これにより企業集団の財産及び損益の状況を明らかにすることが可能となる(444 条)。これを基に株主は取締役による不正行為を把握しやすくなる。

以上の方法により取締役の不正行為が発覚した場合、会社は解任(339 条)、任務懈怠による損害賠償(423 条)を追及し、債権者や株主個人は第三者の責任(429 条)を追及することで経営状況の是正を図ることになる。

(2)ア 一方、一定の要件を超えて株式の相互保有がされている場合、議決権が停止される(308 条 1 項括弧書)。これは、取締役による不当な会社支配を防止するためのものである。このような法の定め反して議決権が行使された場合、株主総会の決議は取消の対象になる(831 条 1 項 1 号)。

なお、条文上定めはないが、少なくとも親子会社の関係にある場合、子会社は親会社株式につき、議決権以外の共益権の行使も認めるべきではないと考える。ただ、上記の

ように共益権の行使がされる場合も、自益権の行使は可能である。

イ さらに、

(3) 最後に、インサイダー取引については証券取引法による規制により対応されるから、商法では特にその点のみに対応した措置は講じていない。 以上

昭和 61 年度第 1 問

1 (1) 丙は決議の取消の訴えを求めている。これが認められるには、甲に招集通知が発せられなかったことが招集手続が法令に違反（299 条 1 項）した場合にあたる必要がある（831 条 1 項 1 号）

この点、甲は株主名簿に登載されていないから、甲は株主としての権利の行使が認められない（130 条 1 項、2 項）と考えられる。

しかし、甲は名義書換を請求したにもかかわらず、乙社にこれを拒絶されている。これは名義書換の不当拒絶にあたる可能性があるが、このような事情は甲の株主としての権利行使の可否にどのような影響があるか。明文なく問題となる。

(2) ア 株主名簿及び名義書換の制度は、集团的事務処理を簡易化するという会社の便宜のための制度である。一方で、会社は社員権の行使に応える義務があり、名義書換もまた株主による権利行使の一つとして会社はこれに応じる義務がある。とすれば、これを不当に拒絶した会社は義務違反をするものとして、株主名簿および名義書換の制度による保護に値しない。

よって、名義書換が不当に拒絶された場合、会社は信義則上株主の権利行使の請求を拒絶することができないと考える。

イ では、不当拒絶とはいかなる場合を指すのか。

思うに、株券の占有者は株主であるとの推定がされる以上、株券を呈示した者に対して権利行使を拒むには、その者の実質的無権利を証明するか、株券喪失登録の制度（230 条 1 項）の利用がされた場合に限ると考える。

(3) 以上に照らすと、本件では会社は名義書換拒絶の理由として、盗難届が出されていることを理由としている。しかし、株券が盗取されたとしても、株式が善意取得されている可能性がある（131 条 2 項）。とすれば、上記の事由を示したのみでは甲の実質的無権利を証明したことにはならない。

よって、乙社による名義書換の拒絶は不当である。乙社は甲を株主として、権利の行使を認めなければならない。とすれば、乙社は甲にも総会の招集通知を発しなけばならず、総会の招集手続に違法な点があるということになる。

2 (1) 以上に従うと、決議取消の原因はあることになる。また、丙は株主であるから、「株主等」として取消の訴えの提起ができるはずである（831 条、828 条 2 項 1 号）。

この点、本件丙には招集通知が発せられているから、丙自身に不利益がなく原告適格が認められないと思える。しかし、取消の訴えの趣旨は瑕疵自体より、公正な決議の成立が妨げられたおそれがある点にある。このような主張は通知があったどうかに関わらず主張させるべきである。この点は、取締役・監査役らに取消の訴えの原告適格が認められることから伺える。

よって、丙の訴えを裁判所は認め、決議を取り消すことが原則であることになる。

(2) また、甲の取得した株は株式総数 500 万株のうち万株である。一方で、300 万株の株式を有する株主のうち、200 万株の株式を有する株主が賛成して決議が成立している。とすれば、上記のような取消の訴えの提起を許すべきでないかに思える。具体的には、裁量棄却の対象になるのではないかと(251条)。

手続違反を理由として取消の訴えができる場合は、原告適格、主張の事由(247条1項)、主張期間(248条1項)、担保の供与義務(249条1項)などにより限定されている。法は濫用的行使を防止すべく、上記の要件を定めたのだから、これをクリアした訴えは原則として適法とみななければならない。

実質的にみても1万株つまり、500分の1の株式を有するということは、多数の株主が参加する株式会社においては必ずしも少なくはない数である。

また、手続違反を理由として取消ができると法がした以上、多数の株主が賛成した決議が覆る可能性もまた法は予定していると考えべきである。

(3) 以上より、丙の請求は認められる。また、必ずしも裁量棄却の対象になるとは限らない。裁判所が当該具体的事実を勘案し、違反の事実が重大ではなく、かつ決議に影響がないと認定した場合は請求は棄却され、認められない。 以上

昭和60年度第1問

1 吸収合併の場合

(1) 合併とは法定の手続によって2つ以上の会社がつとることである。そのうち吸収合併は、当事者たる会社の一つを除きすべて解散し、その社員と財産を存続する会社が收容するものである。

(2) 吸収合併をするには、合併契約書を作成した上で、当事者たる会社すべて、つまり甲乙社ともに株主総会に提出し承認を得なければならない(795条1項、783条)。承認は特別決議による(309条2項12号)。

なお、反対の株主は株式買取請求ができる(785条)。さらに、差止と株式買取請求をする機会を与えるため存続会社・消滅会社ともその株主に合併に関する事項の通知を行わなければならない(797条3項、785条3項)。

吸収合併が行われると、消滅会社の株主はその会社の株式を失い、存続会社の株式、金銭その他の財産の交付を受ける。存続会社についても財務状況、業務に大きな変動が生じ、株主の持株比率が変動することも考えられる。以上の手続が採られる理由は、消滅会社には当然、存続会社においてもそれぞれの会社の株主には合併と重大な利害関係があるからである。

ただし、法定の要件(796条3項)を満たした場合、存続会社の既存株主に与える影響が少ないことから株主総会の決議を必要としない簡易合併の制度が認められている。

同時に債権者保護手続が採られる(799条)。債権者も債権の回収の観点から合併について重大な利害関係があるからである。債権者保護手続は、本問の3つの企業結合の方法のうち合併のみで行われる。合併では会社の財務状況のみならず基本的体制に大きな影響が生じるからである。

ただし、債権者保護手続についても簡便な手続が認められる場合がある（789条5項但書）。

最後に、債権者・株主双方の保護のため、各当事会社の合併貸借対照表、合併契約書、説明書、損益計算書を一定の期間、本店に備え付けることが義務づけられ、関係者の閲覧が可能である（782条）。

2 事業の一部の譲受の場合

(1)事業譲渡は、有機的に組織化された事業用財産の譲渡である。

(2)本件のように重要な一部の事業の譲渡の場合、株主総会の特別決議を要し（467条1項1号）、かつ株主が株式買取請求権（785条1項、465条1項）で保護されているのは譲渡会社（本件の場合乙）においてのみである。これは事業譲渡による会社の業務・財務状況に生じる影響は特に譲渡会社において大きいからである。

しかも、そのような大きな影響があるのは、単なる事業用財産の譲渡ではなく、機能的な営業の譲渡で、譲渡人が競業避止義務を負う（21条参照）と考えられる。このように考えた方が基準も明確になるから、24条以下の事業譲渡の場合に限り、上記手続を要すると考える。

ただし、事業譲渡というからには、乙社のみならず甲社においても「重要な財産の…譲受け」（362条4項）として取締役会の決議が必要であると考えられる。

(3)このように、営業の一部譲渡は、吸収合併と同じく乙社の営業活動の規模を消滅又は縮小させ、甲社がそれを承継するものである。しかし、甲乙両社の与える影響が比較的小さく、反面において企業活動の再編成をスムーズに行う必要性から、手続が簡易化されているといえることができる。

3 株式の過半数を受け取る場合

(1)株式の過半数の譲受けは、甲社が乙社の親会社になることを意味する（2条4号）。

(2)この場合、会社の半分の株式となれば、その価値は相当な高価ものになると考えられるから、少なくとも甲社においては取締役会決議が必要であろう。

一方、甲社が市場から株式を調達する限り、乙社においては特段の手続をとる必要はない。これに対して、乙社が甲社に過半数の株式を得させるためには、株式の発行によることが考えられる。この場合、乙社においては、取締役会による決議の他、これが特に安価に発行され、「特に有利な金額」にあたる場合は、株主総会の特別決議が必要になる（199条3項、201条3項、309条2項5号）。

(3)甲社が乙社の株式の過半数を取得した場合、実質的にみると乙社の一部について所有者になるといえる。その点で、吸収合併、事業譲渡と共通する。

しかし、この場合は甲社は乙社の株主になるだけであるから、乙社の財産の名義は形式的に変更はされない。しかも、株式会社における株主は、自益権と共益権しか認められず、その結果総会で基本的な意思決定に参加できるなど限定された権限しか行使できない。その意味で、甲社の株式の取得が乙社に与える影響は少ないから、特に乙社において特別の手続をとる必要がないものとする。

4 以上の方法はいずれも企業が競争力強化、市場の独占を狙って企業結合をする際に使われる手段である。これに対して商法は、業務・財務状況に与える影響が大きいと認められる場合、その会社ごとに特別の手続を要求し、利害関係人の保護を図っているこ

昭和 59 年度第 1 問（取締役会設置会社であることを前提としています）

1 代表取締役の職務執行の適正を確保するための制度

(1)代表取締役は、対内的には業務執行を行い、対外的には会社を代表する機関である。委員会設置会社以外の会社におかれ、取締役会設置会社では必要的機関である。

この定義からも分かるように会社の業務の多くは代表取締役に依存している。株式会社では合理的経営のため所有と経営が分離され、取締役らが経営にあたる。しかし、取締役会のような会議体では日常の業務執行の遂行ができない。そのため、取締役会が業務の執行を代表取締役に委せたものである（349条4項）。

そのため、代表取締役の職務執行の適正を図らねば、株主にとっては期待した配当などの利益が得られないばかりか、損失すら発生する可能性がある。会社債権者にとっても債権が回収不能になるおそれがある。

さらに、現代における株式会社が果たす役割の重要性に鑑みれば、会社の倒産・経営不振・不祥事などの事故が起きた場合、その影響は大変大きなものになる。

そのため、職務執行の適正を図るべく方策を採ることを単に各会社に委せるだけでは不十分であるので、法は株式会社における代表取締役の職務執行の適正を確保すべく様々な制度をおいている。

(2)まず法は、代表取締役を含めた取締役に様々な義務を課し、この遵守を通じて職務執行の適正を図ろうとしている。

具体的には、委任契約による善管注意義務（330条、民法644条）、忠実義務（355条）の他、競業禁止義務（356条1号）、利益相反取引の禁止（356条2号3号）など具体的な義務まで法定され、不適正な職務執行自体が行われないような配慮がされている。

その一方、現に不当な職務執行がされた場合、会社に損害が発生すれば損害賠償責任が発生するし（423条1項）、損害を被った第三者も賠償請求ができる（429条）。その結果、適任ではないとされた代表取締役は解任がされる（339条1項）。もともと取締役はいつでも解任ができるが、この場合損害を賠償する必要がない。

さらに、大会社においては内部統制システムの構築が義務づけられている（362条4項6号、5項）。これにより責任の所在を明確にし、実質的な代表取締役の職務執行の適正の確保が可能となる。

その他、会計参与（374条）をおくことにより、計算書類の作成における適正さを確保することも考えられる。

(3)以上のような制度が実現されるべく、監視・監督をする者が必要である。

まず、代表取締役の職務執行は取締役会により監督される（362条2項）。特に重要な行為については、取締役会の決議がなければすることができない（362条4項）

また、代表取締役は取締役会が選任及び解職する（362条2項3号）から、これを通じた監督も期待できる。代表取締役が作成した計算書類の決議も取締役が行う（436条3項）。

さらに、監査役による監査もある。営業報告要求権、財産調査権（381条）が与えら

れ、さらに、取締役会への出席・報告義務(382条, 383条)、監査報告書(436条1項2項)の作成を通じて、代表取締役に対する職務執行の監査を行う。

さらに、取締役への責任追及の訴えについては監査役が代表する(386条)。監査役は、著しい損害が発生するおそれがある場合は、違法行為差止請求が可能である(385条)。

最後に、会社の実質的所有者たる株主による監督が考えられる。監督是正権として、株主総会議事録、計算書類その他の書類閲覧請求権(318条, 371条2項, 442条3項など)、検査役選任請求権(358条)が認められる他、株主総会の一員として総会招集権(297条)、株主提案権(303条)などが与えられる。

また、監査役と同様、違法行為差止請求(360条)、代表訴訟(847条)をすることができる。また、株主総会で違法行為をした取締役の解任決議が否決された場合、裁判所に解任請求をすることができる(854条)。

なお、常勤監査役・社外監査役を含む監査役会の設置により監査の強化を図ることができる(335条, 390条)。特に公開大会社では委員会の設置か監査役会の設置が義務づけられている(328条)。

また、会計の専門家である会計監査人が会計監査をすることで、監査の実をあげることも考えられる(396条)。

2 各制度間の関係

(1)まず、取締役には法定の義務を、特に競業避止義務、利益相反取引の禁止のような具体的な義務を負わせることで、権限の濫用の事前の防止を確実にすることが図られている。

(2)また、現に違法な職務執行がされた場合、これを是正をする必要がある。会社に損害が発生すれば、賠償をさせて損害を回復し、不適任な者は解任する。

これにより事後的にも職務執行の適正を実現すべき手段が用意されている。

(3)このような制度を現実に遵守させるため、取締役会、監査役、株主および株主総会により監視・監督をさせることになっている。さらに、会計参与や会計監査人を設置することで専門家により業務執行の適正を図ることも予定されている。

これらの機関は、それぞれの特性に応じて役割分担が図られている。取締役会には能力がある取締役により構成されているので、妥当性の監督まで可能である。ただ自己監督、同僚に対する監督の側面があり、不徹底に終わるおそれがある。

そこで、監査役には適法性監査に限りながら、その分独立した地位から徹底した監査を期待したものとする。特に責任追及の訴え、違法行為差止請求権が与えられていることは、この点がよく現れている。

さらに、会計参与・会計監査人をその専門分野に絞って計算書類作成・監査に参加させることは、職務執行の適正さの確保をより隙がないものにするに寄与するものといえる。

最後に、株主も所有者として監督権が与えられている。ただし、株主には経営権がなく、権限濫用のおそれもある。そのため基本的な権限のみ与えられている。これはたとえば、代表訴訟、違法行為差止請求も条件が監査役よりも厳しくなっていることにも現れている。

反対に、それでも監督権が与えられているのは、取締役、監査役がその職務を怠った

場合に備えてである。最終的には、自己の利益を確保させる手段を株主に与えたものといえる。

このように各種制度は代表取締役の職務執行の適正を隙なく確保すべく、互いに役割分担がされているということがいえよう。

以 上