

第一部 総則・商行為

2 商業使用人

【論点】支配人と代表取締役の違い

1 共通点について

まず、両者とも包括的な権限が認められており（21条1項、会社法11条、会社法349条1項、以下会社法は法と略す）、かつ権限の不可制限性に関する定めがある（法349条4項）。

また、上のように強力な権限が認められたことに対応し、契約上の義務の他、双方とも善管注意義務、競業禁止義務が負わされる（23条1項、法12条、法356条1項）ことも共通する。

また、取引の際に上記のような包括的権限があると信じた者を保護するため、表見法理に関する規定があることも、両者同様である（24条、法354条）。

2 相違点について

(1) 代表取締役は株式会社の機関であるのに対して、支配人は商業使用人である。よって、株式会社なくして代表取締役はありえないが、支配人はいかなる企業においても存在しうる。また、前者と会社との関係は委任契約により規律されるのに対し、後者は雇用契約により規律される。

また、包括的権限が及ぶ範囲について、代表取締役は会社の事業全部を代表するが、支配人は一事業所の事業に関しての代理権限しか有しない。

よって、代表取締役は取締役の合議又は取締役会の決議をもって支配人を選任・解任できる（法348条2項、法362条4項）が、代表取締役は取締役又は取締役会自身が任免する（法349条3項、法362条2項3号）。一方、任期は代表取締役については取締役とし2年に止まるのに対し、支配人については法律上の制限はない。報酬の決定も前者については株主総会が決する（361条）のに対し、後者は会社との契約により定まる。

(2) 責任について、支配人は競業禁止義務に加えて、精力分散防止義務としてより重い義務を負う（23条1項）。すなわち、支配人は事業主のため、全力を尽くすことが要求されるといえる。

これに対して代表取締役は忠実義務（法355条）を負うが、このような義務は委任の善管注意義務と同質とされている。さらに、代表取締役は取締役として、利益相反取引を行うことが禁止される（法356条1項）。これにあたる定めは支配人にはないが、当然に善管注意義務違反になると考えられる。このように代表取締役に比較し、支配人は事業主への従属性が強い。

ただし、代表取締役の責任は会社法上強化されている。会社への連帯責任の他、責任の一部または全部の免除の定め、任務懈怠の立証責任の転換、無過失責任、損害額の推定規定など様々な定めが置かれている（120条、423条、428条など）。

一方、職務をするにつき不法行為をした場合、代表取締役には法350条が適用されるのに対し、支配人には民法715条が適用される。この場合、支配人は個人的には第三者に不法行為責任（民法709条）を負うに過ぎないが、代表取締役はその権限と会社が社会に与える影響に鑑みて、第三者への責任も負う（429条）。

以上のように両者が負う責任の内容が異なることになる。

【論点】表見支配人

支配人でないのに支配人としての名称が与えられた者を表見支配人という。

表見支配人は、取引をした者との関係では、一定の要件の下、支配人と同一の権限があることになる(24条、法13条)。

本規定は表見法理の現れである。よって、その要件は、 外観の存在 外観付与の帰責性 相手方の外観への信頼とされる。

について、事業所(「本店又は支店」とは、実質的にも事業所でなければならない。これは42条による治癒の対象ではないからである。また、主任者たるべき名称とは、支店長・営業所長・営業部長などが挙げられる。

さらに、 の外観付与の帰責性は、本人による名称使用の許諾に求められる。このような許諾は、明示のみならず黙示によるものでもよい。

について、条文上は、相手方には「善意」しか要求されていない。しかし、重過失ある者は悪意者と同視できる。よって、保護要件としては無重過失まで要求するのが妥当である。

* 本人保護の必要性の前では、重過失ある者も悪意者と同様に保護に値しないという意味(論証は論証例通りにさらっと書いておけばよい)

【論点】事業所(「本店又は支店」)の意義

表見支配人の定めを適用するためには、当該表見支配人がおかれた店舗が事業所(24条、法13条)の実質を備えていなければならない。この点を満たさねば、信頼に値する外観があるとはいえないからである。

このような実質の有無を判断するための基準は次の通りである。すなわち、事業所は、内部的観点からすると、一定範囲で独自に指揮命令を発することができねばならない。一方で、外部的観点からすると事業上の主要な活動の場所として現れる必要がある。以上要件を満たして、事業所ということがいえる。

(なお、このような独立性の有無の判断は、名称に左右されず実質的になされることに注意すべきである。)

3 商号

【論点】商号権の保護

商号は他人に妨げられることなく利用できる。この現れとして、何人も不正の目的をもって、他人の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用することは許されない(12条、法8条)。これを商号使用权と呼ぶ。

また、法はこれを担保するため、事業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、違反者に対して侵害を防止する措置を採ることが請求でき(12条2項、法8条2項)、損害があるなら賠償請

求も可能である（民法 709 条）。

なお、商号使用权の行使には登記は必要ない。

【論点】名板貸人の責任

- 1 名板貸とは、ある者が他人に自己の氏・氏名または商号を使用して事業又は営業をすることを許諾することである。名板貸人は、名板借人がした取引によって発生した債務に連帯して責任を負う（14 条、法 9 条）。

この趣旨は、取引の主体が名板貸人であると信頼した相手方を保護する点にある。すなわち、その法的性質は外観への信頼に対する法定責任といえる。

よって、その要件は、名板貸人が取引をしたとの外観の存在、第三者の外観への信頼、外観の作出に対する本人の帰責性の 3 つである。

- 2 (1) 前記要件の有無の認定に関わり、次のような問題がある。

まず、名板貸人と名板借人の事業の種類が異なる場合（たとえば、名板貸人が食料品販売業、名板借人が電気器具商である等）、虚偽の外観が存在するといえるか。

上のように両者の事業が同一でない場合、通常は信頼に値すべき外観が存在するとはいえないだろう。よって、原則として両者の事業は同種でなければならない。

ただし、特段の事情があれば、事業が同種でなくとも、外観の存在が認められることはありうる。このような特別事情の有無は、同一店舗、同一の印章の使用などの事情を総合して判断することになる。

- (2) 次に、「誤認」（14 条、法 9 条）、つまり保護のための主観的要件としては、善意に加えて無重過失が要求される。この場合、重過失は悪意と同視できるからである。

- (3) さらに、外観作出に対する本人の帰責性が必要である。これは、自己の氏名等を使用して事業をすることを他人に許諾した点に求められる。このような許諾は明示のみならず、黙示でもよいと考える。

- 3 名板借人が商人でない場合、本条は適用されるか。法が「事業又は営業」（14 条、法 9 条）をすることを成立要件としていることから問題となる。

確かに、名板借人は商人でなければ、許諾の対象が「事業又は営業」であることと矛盾する。その意味で、本条が適用されるのは名板借人が商人の場合に限定されざるを得ないとも思える。

しかし、名板貸人の責任は、取引の相手方の外観への信頼を保護するためのものである。この要保護性は、名板借人が商人であるか否かによって左右されるものではない。

よって、事業の許諾がなくとも、名板を借りた商行為がされた場合、名板貸人の責任の定めを類推適用すべきである。

【論点】名板貸人が手形振出を承諾した場合

手形振出のみについて名板貸をした者は、名板貸人の責任を負うか。

法は「事業又は営業」をすることを許諾することを要求している。とすれば、上の事例に名板貸人の責任の定めを直接適用することはできない。

しかし、外観信頼の保護が本条の趣旨であるから、保護すべき外観への信頼があるかが重要である。事業の許諾をするか否かは重要でない。

よって、名板貸人の責任の定めを類推して適用し、名板貸人も手形債務について連帯責任を負うと考える。

* 否定説（判例）

名板貸人の責任の定めは「事業又は営業」をすることを許諾した場合に適用されるのであり、単に手形振出について名義使用を許諾しただけではこの要件は満たされない。

しかも、名板借人の名称は手形面上に現れないから、名板借人自体責任を負わない。名板貸人は名板借人と同一の債務を負担する以上、名板貸人の責任の定めを類推適用しても、名板貸人は債務を負担しないことになり、無意味である。

よって、本論点は消極的に考えるべきである。

5 事業

【論点】法 21 条の事業譲渡と法 467 条の事業譲渡

株式会社が事業譲渡をするには、株主総会の特別決議が必要とされる（467 条，309 条 2 項 11 号）。しかし、ここにいう「事業」譲渡の意味が明らかでなく問題となる。

法解釈の明確性を図るためには同一の用語については同一の解釈によるのが望ましい。また、株主総会決議を欠く取引の効果は株主保護のため、絶対無効と考えるべきである。とすると、取引の安全を図るため、その意義を明確にする必要がある。

とすれば、21 条の事業譲渡と 467 条の事業譲渡の意味は同一であると考えられるべきである。すなわち、事業譲渡とは、企業の組織的・機能的財産の譲渡であるのみならず、譲渡の結果として譲受人は事業活動を承継し、譲受人が競争禁止義務を負う結果となるものをいう。

6 商業登記

【論点】「正当な事由」（9 条 1 項，法 908 条 1 項）の意味

商業登記の内容をもって、「正当な事由」がある者には対抗できない（9 条 1 項後段，法 908 条 1 項後段）。これらの定めにある「正当な事由」の意義をどう考えるべきか。

登記事項にあたる事実については登記前に存在しているはずだから、これをそのまま主張できるのが原則である。しかし、法は取引の安全のため、登記前はこれを善意の者にしか主張できないものとして、対抗力を制限したものである。

登記はこうして制限された対抗力を復活させるものであり、登記によって初めて対抗力が付与されるのではない（そもそも、登記という公的制度の効力は登記があるという事実によって与えられるものであり、相手方の善意・悪意に左右されるものではない）。

よって、「正当な事由」とは、登記簿の消失等、客観的障害のことであり、善意か否かという主観的事情は「正当な事由」として考慮されない。結論として、登記事項は善意の第三者にも対抗できることになる。

* 短文

登記事項は「正当な事由」(9条1項後段, 法908条1項後段)がある者にのみ主張ができない。この「正当な事由」には, 前段で「善意の第三者」とされていることと区別して規定されているように, 善意など主観的事情は含まない。

よって, 善意の者にも登記事項はそのまま主張できることになる。これは, 法が取引の相手方は, 登記により登記事項を当然知ったものと擬制したものである。

第二部 会社法

一 会社法総論

【論点】会社は社団といえるか

会社の社員は一人でもよい。となると、会社には社団性が認められないとも思える。

しかし、株式の一部譲渡により社員が複数になる可能性がある。とすれば、一人会社も含め、潜在的社団性が認められる。

よって、会社は社団であるとみてよいと考える。

【論点】目的による権利能力の制限

法人の権利能力の範囲をいかに考えるべきか。

この点、商法には明文はない。一方、民法 43 条は直接的には公益法人に関する規定である。しかし、これは法人一般に関する通則ということができるので、これを営利法人たる会社に類推適用するのが妥当である。

ここで 43 条は「目的の範囲」によって、会社が権利・義務の主体になることを制限している。これは会社の権利能力を制限したものといえるか。

法人とは、社会的に有用な目的を達成するために法が特に権利能力を与えたものである。また、目的の範囲外の行為がなされた場合に社員の利益が害されることを防ぐ必要がある。

とすれば、法人の権利能力の範囲はその目的の範囲によって制限されると考えるのが妥当である。よって、43 条は法人の権利能力を制限する規定であるということになる。

(以上の論証は、以下のように短く書くのが普通……争いあるも会社の権利能力の範囲はその目的の範囲によって限定されるというべきである。)

では、「目的の範囲」をいかにして判断すべきか。判断基準が問題となる。

権利能力の範囲外の行為は追認が許されない。とすれば、あまりに「目的の範囲」を狭く考えると取引の安全を不当に害する。ひいては、会社の目的達成が阻害され、社員の利益も害される。

よって、「目的の範囲」とは、目的達成に直接・間接に必要な行為も含ませ広く考えるべきである。

また、その範囲が法人の内部制限によって決定されるということになれば、その範囲を外部から知ることが難しくなり、取引の相手方の信頼を害するおそれがある。よって、「目的の範囲」内か否かの判断は行為の客観的性質から抽象的に判断されると考える。

【論点】法人格否認の法理

<事例> 事故を起こした A が会社を設立し、財産をすべて会社名義に移転した場合（財産隠しでは？）

1 本問事案では、法人格が濫用されているとすることができる。この場合、会社財産の排他性を否定し、会社名義の財産に強制執行できないか。法人格否認の法理の適用が問題となる。

2 (1) 法人格否認の法理とは、特定の事案について法人格の機能を否定して、会社とその背後にある実体を同一視する法理のことである。会社の形式的独立を貫くことが、正義や公平の理念に反する場

合に認められる。

このような法理に明文はない。しかし、法人格付与の趣旨は、社団を権利主体と認めることは有用である上に、社団には人格を与えるにふさわしい実体がある点に求められる。

とすれば、法人格が悪用・濫用された場合や、社団としての実体がない場合には、法人格を否定して構わないということになる。ここに法人格否認の法理の理論的根拠がある。

(2) ただ、本法理は一般条項的性格を有するから、むやみに使用してはならない。そこで、本法理適用の要件を明らかにし、その適用範囲を限定すべきである。

具体的には、法人格の濫用事例では、まず背後者による会社支配の事実がなければならない。これに加え、背後者に違法な目的があることを要求する。違法な目的とは、たとえば債権者詐欺や脱法目的が挙げられる。

一方、形骸化事例にあたるか否かについては、会社と社員の業務・財産が混同された運用がなされているか、株主総会・取締役会等の不開催など組織規定の無視されているかなどの事情を総合して判断すべきである。

3 本事案は法人格の濫用事例にあたり、背後者による会社の支配、違法な目的とも認められる。よって、法人格を否認し、会社財産に執行することができる。

* 参考

債権者詐欺目的により会社の設立 債権者取消権の対象になるか

法人格否認の法理を指摘するためには、否定説を採るほうがよい 否定説の論証は下記

債権者詐欺の目的で会社が設立された場合、会社設立取消の訴えが提起できるが(832条2号)、これは株式会社には準用されていない。そこで、民法上の債権者取消権の制度(民法424条)により、株式会社の設立を取り消すことができるか。

商法が832条を持分会社に限定しているのは、株式会社の設立の取消しを否定する趣旨である。一方、51条が引受の取消しを制限しているのは、引受の無効により資本充実が害され設立が無効となることを防ぐ点にある。これは、法の趣旨が、出資に問題があっても株式会社は存続させる点にある点の表れである。

よって、債権者取消権を行使して、株式会社の設立を取り消すことはできないと考える。但し、51条の制限がない範囲なら、ここの出資行為を債権者取消権により取り消すことは許されると考える。これと新たな引受人を募ることにより、問題がある出資を是正することが可能になる。

二 株式会社総論

【論点】株式会社の特質

株式会社では、会社の社員たる地位が株式の形を採る。そのメリットは次の通りである。

まず、株式は細分化されているから投資が容易になる上に、自由譲渡性の保障（127 条）により、投下資本回収の途が確保される。加えて、社員の責任は間接有限責任（104 条）であり、出資者は出資の限度でしかリスクを負わない。このような点から、投資家にとって株式会社は有力な投資の対象となるといえる。

一方、株式会社においては、事業者は、株式の細分化によって社会に散在する少額資本の集積ができる。また、間接有限責任に対応し、会社存続中は出資を返還する必要もない。

このように、株式会社は事業のための資金集めの装置であるといえることになる。

【論点】所有と経営の分離の意義

商法は取締役の設置を強制しており（326 条 1 項）、所有と経営の分離を株式会社の基本形態としている。このような形態を採る趣旨は次の通りである。

本来は、実質的所有者たる株主に会社の経営権のすべてが認められるはずである。しかし、特に大規模な会社では株主は経営の能力も意思もないことが多い。とすれば、経営は、専門家である取締役に任せるのが合理的である。

このように株式会社は、所有と経営の分離による合理的経営を目指しているといえることができる。

【論点】資本原則

1 株式会社においては、株主は間接有限責任（104 条）しか負わず、会社財産のみが会社債権者の引当になる。となれば、会社債権者を保護するために会社財産を確保する必要が高い。

資本とはこのような目的を達成するために定められた計算上の数額である。

2 しかし、そのような数額を裏付ける会社財産が現実に存在しなければ、資本制度を設けた意味がなくなる。そこで、資本額に相当する財産確保のための原則として、資本充実・維持の原則の堅持が要求されることになる。

資本充実とは資本に対応する財産が現実に拠出されなければならないことである。これに対して、資本維持とは拠出された財産が減少されてはならないとすることである。会社法上、設立前における出資全額の履行（34 条、63 条）、剰余金配当の規定（461 条）にこの趣旨が現れている。

3 とはいえ、自由に資本の額が減少できるならば債権者保護の目的は実現できない。そこで、資本の額自体をみだりに減少させてはならないとされる。この原則を資本不変の原則と呼ぶ。会社法上は、資本減少には法定の厳格な手続が必要とされている（447 条、309 条 2 項 9 号、449 条）点に現れている。

ただし、資本「不変」とはいえ、会社債権者保護の趣旨からして、資本額の増額を制限するものではない。すなわち、資本不変の原則は、正確には資本不減少の原則と呼ぶべきものである。会社法上

も、資本金の増額には株主総会の普通決議で足りるものとされる（450条、309条2項参照）。

- 4 最後に、資本制度の実をあげるため、会社設立時に定款所定の資本額にあたる株式全部の引受がなされねばならないという原則を採用することが考えられる。これを資本確定の原則と呼ぶ。

現行法制下では、取締役会に新株式発行決定権が与えられており、設立時には会社が発行する株式の一部だけを発行すれば足りるとされる。また打ち切り発行も許されている（63条3項 208条5項）。この点で資本確定の原則はそのままの形では採用されていない。

ただし、出資される財産の価額の最低額を定めることが要求される（27条）。ここに、最低限の出資を確保するために認められた点で、資本確定の原則の趣旨が現れている。株式の引受を基準としなかったのは、財産の確保には出資の額に着目することが直截であるからである。

三 設立

1 会社設立の方法

【論点】変態設立事項

- 1 変態設立事項とは、設立に関する事項のうち、定款に記載がなければその効力が認められないものである（28条）。

変態設立事項については、一部の例外を除き（33条10項）、検査役による検査が必要である（33条）。検査役の調査が不要な場合でも、取締役・監査役の調査、その他の手続が必要となる（46条）。

変態設立事項は検査役、もしくは取締役・監査役の報告によって裁判所・創立総会が不当と認めた場合には変更が加えられることになる（33条7項等）。

- 2 このように、28条所定の事項が変態設立事項とされ、厳重な規制の下にあるのは、いずれも濫用により会社財産を危うくする危険があるからである。以下、代表的なものについて詳述する。

- (1) 現物出資においては、目的物の価額が過大に評価されると、資本充実に損ない、金銭出資の株主を害することになる。この弊を避けるため、法は変態設立事項とし厳格な規制を課している（28条1号）。

さらに、現物出資は発起人しかできない（34条、63条参照）。重大な責任を負う発起人に限定することで、いい加減な設立がなされることを防ぐ点にその趣旨がある。

- (2) 財産引受とは、会社成立後事業を行うための準備として一定の事業用の財産を譲り受けることを契約することである（28条2号）。

財産引受は現物出資のような設立行為とは異なり、取引行為である。しかし、財産について過大評価を行うことで、現物出資に関する諸規定を潜脱するために行われる危険性がある。このような理由から、変態設立事項とされ、現物出資とほぼ同様に厳格な手続に服せしめられている。

そこで、財産引受の潜脱として、財産譲受の契約を会社成立直後に行うことが考えられる。このような行為を事後設立というが、これは現物出資、財産引受同様の濫用の危険がある。よって、契約が会社設立後2年間でなされた場合に限り、一定範囲の財産について、厳格な規制に服せしめられている（467条1項5号）。

- (3) 設立費用も変態設立事項とされ、厳格な規制の下にある（28条4号）。これは、濫用によって設立後の会社に過大な債務が負わされ、会社の財産的基礎を危うくするおそれがあるからである。

【論点】事後設立

会社成立後2年以内に、その設立前から存在した財産を継続して使用する目的で取得する契約を締結する場合のうち、特に総資産額の5分の1以上の対価で取得する場合を事後設立と呼ぶ。法は事後設立をするには株主総会の特別決議を必要としている。

本来、財産取得契約は業務執行行為であるから、取締役会の責任で自由にすることが可能であるはずである。しかし、事後設立は現物出資・財産引受の潜脱として行われる可能性があるからこれを規制したものである。

現物出資・財産引受・事後設立は会社に与える経済的影響は同様である。しかし、法的性質について、現物出資が組織法上の行為であるのに対して、後二者は取引行為である。また、事後設立は会社成立後であり、本来会社取引の自由があることにかんがみて、規制の対象・内容が変態設立事項に比較し緩やかである。

2 設立中の会社

【論点】設立中の会社

- 1 (1) 会社設立中に発起人が会社のためにした行為について、会社に法律効果を帰属させなければならないことがある。しかし、発起人が行為をした時点である設立前には会社は成立しておらず、権利能力を取得していない。

そこで、会社に発起人の行為の効果を帰属させる法的構成が問題となる。

- (2) 設立前にも何ら会社が存在しないものではなく、発起人・取締役・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、実質的にみると、登記前にも既に会社の実体は存在するとみることができる。

ただし、法形式的には、このような実体に権利能力を認めることはできない。すなわち、設立中の会社は権利能力なき社団というべきで、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。

- (3) 以上から、設立前に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いるということになる。そして、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。

- 2 (1) それでは、設立後の会社が負う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。

- (2) 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、その実質的権利能力も目的の範囲によって制限されることが考えることができる。

そして、設立中の会社の目的は会社の設立である。とすれば、設立中の会社は、会社設立のために直接必要な行為についてはもとより、設立のため事実上必要な行為まで可能だとみななければならない。

よって、その実質的権利能力の範囲は、会社設立のために法律上・経済上必要な行為まで及ぶと考える。

- 3 (1) 以上からすれば、設立費用の支出は、本来は会社の権利能力の範囲に含まれるべきものであることになる。しかし、法は発起人による濫用を防ぐため、これに特に制限を加えたものといえる。

よって、設立費用については要件を満たす限りで、当然に会社が債務を負担することになる。

一方、要件を満たさない部分は濫用的設立を防ぐという法の趣旨に鑑みて、会社に効果は及ばない。名義人たる発起人が責任を負うということになる。

* 設立費用について、以上判例。全額発起人負担とする説、または全額会社負担とする有力説もある。

会社と発起人が責任を分け合うとなると、債権が複数の場合、どの債務をどのように分担するかという難しい問題が生じる

- (2) 一方で、財産引受は開業準備行為にあたる。よって、これは本来権限の範囲外の行為であるので、定款への記載等を要件として法が特に認めたものであるといえる。

よって、財産引受は会社設立後も会社が追認することはできないと考えるのが筋である。特に創立総会などによる変更の制度（96条）により有効にすることはできない。

しかし、会社成立後当該行為を会社が新たにすることは可能である。これも否定する立場もあるが、設立後の会社には事業の自由があり、これを制約すべきではない。事後設立にあたる限りで必要な規制におくこともでき、この点問題はないと考える。そしてこのように考えるなら、追認を認めない理由はない。相手方に履行を拒む口実を与えないためにも追認を認めるべきである。

また、相手方は、発起人に対して履行または損害賠償責任を追及できると考える（民法117条類推）。この場合、権利能力がなく、本人が存在しない場合である。しかし、本人に効果帰属しない行為につき、相手方保護の必要性がある点で、発起人と無権代理人の負うべき責任は同様であるとみうるからである。

3 設立における資本充実

【論点】設立において資本充実を図るための制度

- 1 会社は事業運営のためのものであるから、設立時からそのための出資を確保する必要がある。そこで、法はそのための様々の制度を用意している。

まず、法は発起人及び株式の引受人に対し、会社設立前における全額の出資を強制している（34条、63条1項）。また、払込は払込取扱機関への払込が求められ（34条、63条1項）、募集設立では保管証明書が発行されなければならない（64条1項）。保管証明をした機関は、払込がないことは会社に主張できないものとされている（同条2項）。

- 2 また、引受・払込について確実に期すため、心裡留保（民法93条ただし書）の定め、虚偽表示（民法94条1項）の定め適用が排除され（51条1項、102条3項）、会社成立後または創立総会での権利行使後においては錯誤無効、詐欺・強迫による取消しはできないものとされている（51条2項、102条4項）。

- 3 さらに、変態設立事項について、定款への記載（28条）、および検査役の調査、設立時取締役による調査・報告、弁護士などによる証明が求められている（33条、46条）のも出資を確保するためのものである。

上の規制にも関わらず、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、会社財産の空洞化を生むおそれがある。そこで、発起人・会社設立当時の取締役は、連帯して財産価格填補責任を負わされる（52条1項）。価格の証明を行った弁護士等の責任も法定されている（52条3項）。

さらに、払込がなされないことに任務懈怠があり、上記の責任では会社の損失が埋まらない場合、

発起人、取締役の他、監査役も損害賠償責任を負う（53条など）。

以上の責任は任務懈怠を理由とした過失責任である。ただし、資本充実の観点から譲渡人は必ず責任を負う。また、財産価格填補責任は検査役の実査がある場合は免責される一方で、調査がない場合は募集設立の場合の責任は免責がなく、発起設立の場合は任務懈怠の立証責任が転換されている。

【論点】預金と見せ金（判例）

1 預金とは、発起人が払込取扱機関（多くは銀行である）から借入れをし、それを設立中の会社の預金に振り替えて払込にあてるが、この借入を弁済するまではその預金を引き出さないことを約する行為をいう。

このような払込は無効となり、この場合の発起人は預金罪によって処罰される（965条）。

2 一方、見せ金とは、発起人が払込取扱機関以外の者から借り入れた金を払込にあてて会社を設立した上、会社の成立後それを引き出して借入金の返還にあてる行為をいう。

このような払込の効力をどのように考えるべきか。

確かに、見せ金における個々の行為は有効である。しかし、払込を無効とすべきか否かは、資本充実の要請に合致しているか否かで判断すべきである。ここで見せ金行為を全体としてみると、個々の行為は仮装払込のためのカラクリの一環をなしているにすぎない。とすれば、見せ金による払込は無効と考えるべきである。

ただし、見せ金においては、個々の行為が適法であるから、見せ金による払込と適法な払込との区別は難しい。そのため見せ金か否かの判断は慎重になさねばならない。具体的には、借入金を返済するまでの期間の長短 払込金の運用の事実 借入金の返済と会社の資金関係との関係などの事情をもって総合判断すべきである。

4 会社設立の瑕疵

【論点】設立無効の訴え

1 会社設立においては多くの利害関係人が発生するから、法的安定性が特に重視される。

まず、設立無効の原因は定款の絶対的記載事項（27条）に瑕疵がある、設立登記（49条）が無効であるなど、設立が会社の本質または法の要求に合致しない場合（客観的無効原因がある場合）に限定される。

2 さらに、無効の主張は必ず訴えによらねばならず、その出訴期間は2年以内である（828条1項1号）。また、出訴者も株主、取締役、監査役等に限定されている（828条2項）。一方で、無効判決の効果としては、対世効があり（838条）、遡及しない（839条）。すなわち、会社にとっては解散に準じる効果があり、清算手続に入ることになる。

【論点】会社不成立の場合の発起人の責任

成立後会社が負うべき債務を発起人は連帯して責任を負う（56条）。しかし、このような定めにより

連帯債務となる範囲をどのように考えるかが問題となる。

会社が負うべき債務とは、会社が設立に際して必要とされる行為に関わるものであるはずである。そこで、設立行為自体と設立に必要な行為は含むと考える。ただし、設立費用に充てる金員の借入れは、間接的・手段的行為にすぎず、会社の設立に直接役立つとはいえない。よって、金銭の借入れは、本条の対象から除外すべきである。

四 株式

3 株主平等原則

【論点】株主平等原則の意義・根拠・内容・機能

1 株主平等原則の意義

株主平等原則とは、株主は、株主としての資格に基づく法律関係において、株式の数に応じて平等な取扱を受けるといふ原則のことである（109条1項）。

2 株主平等原則の根拠

株式は均一で細分化されているから、すべての株式の内容は同様である。その結果、株式は平等に取り扱われねばならないが、このような株式平等原則を会社の実質的所有者である株主の側から引き直したものが、株主平等原則である。

このような原則は、明文の定めその他、利益配当請求権（454条3項）、残余財産分配請求権（504条3項）、議決権（308条1項本文）等の規定に現れている。

3 株主平等原則の機能と効果

株主平等原則の機能は、多数決の濫用から、特に一般株主を守る作用を営む。このような機能を十分に発揮させるため本原則違反の行為は無効になると考える。

4 株主平等原則の内容

株主平等とは各種類における株式の内容が原則として同一であること、さらに内容が同じである限り同一の取扱がなされることを要求する。すなわち、株主平等原則は株式の内容の平等・取扱の平等を具体的内容とするものである。

5 株主平等原則の明文上の例外

法律上の例外として、少数株主権の存在が挙げられる（297条、303条2項など）。少数株主権は、権利行使に一定数の株式の保有を条件としており、株式の数に応じて取り扱っていないといえる。さらに、単元株の制度が採用されている場合、単元未満の株主には数に応じた取扱がなされない。その他例外として剰余金配当における基準株式の制度が採用された場合も考えられる（456条）。

また、非公開会社においては定款をもって例外を定めることが可能である（109条2項）。

【論点】株主平等原則が解釈上問題となる例

株主平等原則は株式の性質から認められるものであるから、条文上規定されている場合のみならず、解釈上も問題となる。

本原則に反するか否かの判断について、形式的に株主平等原則に反するかにも見えても、不当性がない場合はありうる。よって、一般株主を保護するという株主平等原則の役割を考慮に入れて実質的に判断すべきである。

1 無配贈与

無配贈与とは、無配が決定された場合に一部の株主に金銭を贈与するものである。これは大株主が株式を手放すことをくい止める手段として用いられるものである。しかし、これを実質的にみると、

一部の株主に対する剰余金の配当というべきものであるから、株主の平等に反する。また、無配の決定に反して配当をするものとして、454条3項にも反するものともいえる。

よって、このような定め、および贈与は無効である。

無配贈与がなされた場合、違法な剰余金分配の場合の一場合として会社は受贈者その他の者に金銭返還請求ができる（462条1項）。また、無配贈与を決定した時点のその他の役員にも任務懈怠責任を追及できる（423条1項）。

2 株主優待制度

一定数の株式を有する株主に、事業上の便益を与える制度を株主優待制度と呼ぶ。

株主優待制度では一定数の株式に届かない株主には全く権利がない。とすれば、株式数に応じた比例的取扱がなされておらず形式的には株主の取扱の平等に反するといえる。

しかし、本制度は安定株主確保の手段として有用なものである。また、便益の供与も社会通念上軽微なものであれば、実質的に株主を害するものとはいえない。

よって、一種の合理的な取扱として上記条件を満たす限りで有効とすべきである。

3 従業員持株制度に伴う奨励金支給

奨励金を支給して、株式購入資金を与えることは株主平等原則に反しないのか。

従業員持株制度は従業員に対する福利厚生、愛社精神の育成などを目的としてなされるものである。とすれば、このような株式購入資金は通常給与等に準ずるものとみることができる。すなわち、奨励金は、株主としての地位に基づいてではなく、従業員としての地位に基づいて支給されるものといえることができる。

よって、奨励金の支給は、供給される額が過大であるなど特段の事情がない限り、株主平等原則に触れるものではない。

* 従業員持株制度に基づく奨励金支給は、他に資本維持に反しないか、株主への資金供与の禁止（120条1項）に反しないかが問題となる。

5 株券

【論点】株券の効力発生時期

1 株券の効力発生時をいつと考えるべきか。条文上明らかでなく問題となる。

株券の発行には株式の流通を認めるとの会社の意思表示が必要なはずである。しかも、交付前に株券が失われた場合、株券が株主の領域外にあるのにその善意取得を認めるべきでない。

よって、会社が株主に交付したとき株券の効力が発生するというべきである。

2 上の結論から、作成後交付前に盗取された株券が流通しても、株券は善意取得されない。また、作成後株券交付前になされた株券への差押えは無効である。

【論点】株券と善意取得

1 本件では、Bが公示催告手続中に名義書換請求をしている。公示催告により、Bの権利推定が破られるわけではないから、会社はこれを拒否できない。

2 次に、Bが公示催告手続中に名義書換請求をした場合、このような株券の所持人に対し、会社は公示催告中であることを告知する義務があるか。明文なく問題となる。

除権判決があった場合、名義書換後の株券はただの空券になる。となれば、たとえ、株券の所持人がその権利を否定されないにしても、再度株券の発行がされるまで株式の譲渡をすることができなくなる。

とすれば、所持人に損害を被らせないように、会社には信義則上の告知義務があると考えられる。

2 これに加えて本件では、善意取得者Bが名義書換をしたにもかかわらず、会社は元の権利者Aに株券を再発行している。このような場合、Bは真の権利者であるから、Aには再発行された株券の引渡請求ができる。また、権利推定を受けるB以外への権利行使を認めた会社は免責されない(手形法40条3項類推適用)。よって、Bは会社にも責任追及が可能である。

6 株式の譲渡

【論点】株式譲渡自由の原則の根拠

株式には自由譲渡性が認められる(127条)。これは持分会社における持分に対すると異なる取扱である。

これは株式会社は物的会社であり、社員たる株主と会社との関係が希薄であるから、誰が株主であっても会社の経営に影響がないからである。しかも、株式会社では株主は間接有限責任しか負わず、債権者の引当となるものは会社財産だけである。これに対応し、資本維持が要請されるから、社員の出資金は払い込まれたら返還されない。そのため株主に他の投下資本回収の方法として持分の譲渡が認められたものである。

【論点】定款による譲渡制限

1 (1) 株式会社は譲渡に会社の承認を要する株式である譲渡制限株式を発行することができる(107条1項1号, 108条1項4号, 139条)。

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。となると、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会社に認める必要がある。この手段が株式の譲渡制限である。

(2) しかし、株式の譲渡は、会社存続中の出資の払戻が原則的に認められない株主にとって、重要な投下資本回収の方法である。よって、譲渡制限株式を保有する株主を保護する方策も講じる必要がある。

株式の譲渡人(136条)、譲受人(137条)から会社に譲渡の承認を請求することができる。会社は回答として承認または買受権者の指定のいずれかをしなければならず、これを怠った場合は承認したものとされる(145条)。

なお、適当な買受権者が存在しない場合、会社自身を買受権者に指定できる(140条)。

2 譲渡制限に違反した取引の効力についてどのように考えるべきか。明文がなく問題となる。

この点、取引の効力を無条件に否定すれば取引の安全を害すること甚だしい。株式の譲渡は自由であることが原則であることに配慮すべきである。

ここで、譲渡制限の目的はもっぱら会社保護にあるから、目的が達成できる限度で効力を否定すれば足りる。また、137条が譲受人からの譲渡承認請求を認めていることは取引が有効であることを前提としている。

よって、当事者間では譲渡は有効であり、会社に対して譲渡の効力が主張できないにすぎないと考える。

【論点】一人会社における定款による株式譲渡制限

本件甲会社においては株式の譲渡制限の定めが設けられている(139条)。これに反する取引は、少なくとも会社との関係では無効となるのが原則である。

しかし、このような譲渡制限はもっぱら会社の利益を守る点にある。とすれば、譲渡が1人株主によってされた場合、利益帰属主体たる者全員の承諾があったとみることができる。

とすれば、取締役会の承諾がなくとも、このような譲渡は適法であると考えてよい。よって、本件株式の譲渡は有効である。

【論点】権利株の譲渡制限

1 権利株とは、株式成立前における株式引受人の地位のことである。権利株の譲渡は商法上認められていない(35条、50条2項、63条2項、208条4項)。

2 権利株が譲渡されると、譲渡に伴い誰が株主であるかの覚知が難しくなり、株主名簿の整備、株式発行事務の処理が煩雑となるからこれを防ぐ必要がある。また、権利株も会社が成立し、または払込期日の翌日以降は株式となり譲渡制限が解かれる。よって、譲渡制限の期間は短く、投下資本回収に及ぶ悪影響は少ない。以上が、譲渡が制限される理由である。

3 このような譲渡制限に反する取引の効力をどのように考えるべきか。

これをすべて無効と考えることができるが、反面において財産処分の自由、および取引の安全を守る要請も無視できない。

前述のように、譲渡制限の趣旨は、もっぱら会社の利益保護のためにある。よって、譲渡制限に反する取引の効力は無効とはいえ、会社に対抗できないにすぎないとみるべきである。すなわち、譲渡の当事者間では取引は有効である。一方で、会社から譲渡の効力を認めることもできると考える。

* 株券発行前の譲渡制限(128条2項)も、趣旨について述べた2の部分を書き換えるだけで同じ論証が使える(趣旨は下記論証中にある)。

【論点】株券発行遅滞中の株式譲渡

1 会社が株券発行を遅滞している場合、株主は株式を譲渡できるのか。「株券の発行前」(128条2項)

の株式譲渡は禁じられているので、問題となる。

- 2 株券発行前に譲渡がされると譲渡に伴い誰が株主であるかの覚知が難しくなり、株式発行事務の処理が煩雑となる。譲渡制限により会社は株券発行時点での株主は、一律に当初の株式引受人と同一人物であると考えて発券事務を進めることが可能になる。

このように 128 条 2 項は、株券発行事務の円滑化を図るためという、もっぱら会社保護のための規定である。しかし、発行に必要な合理的期間を経過し、株券発行を遅滞している会社はもはや保護する必要がない。

よって、この場合の株式譲渡は信義則上（民法 1 条 2 項）会社に対する関係でも有効であると考えられる。「株券の発行前」（128 条 2 項）という文言は「合理的期間経過前」と読むべきである。

【論点】自己株式の取得制限

- 1 流通後、株式は客観的な財貨性を有するから、自己株式の取得が論理的にできないものではない。

しかし、自己株式の取得は実質的な会社財産の払戻を意味する。これを無制限に許せば資本充実・維持に反する結果となる。また、一部の株主にのみ払戻を認める結果は、株主平等原則に反する。しかも、会社の金銭で株式を買い入れることで、取締役による不当な会社支配や株価操作による不正な内部取引を許すおそれがある。

このように自己株式の取得には様々な弊害があるから、現行法上制限されている（155 条、156 条）。

この点について、第三者名義ながら、会社の計算で株式が取得することは、自己株式の取得として譲渡制限の対象になるかが問題となる。

自己株式取得の弊害を防止するためには、取得名義にはこだわらず、実質関係を考慮して本件問題を決すべきである。とすれば、会社の計算で当該会社の株式が取得された場合にも上記弊害が発生することは避けられない。よって、これも自己株式の取得にあたり、制限に服すると考えるべきである。

- 2 自己株式の取得制限に違反した取引は、上記弊害からして原則として無効とすべきである。なお、会社による無効主張が認められた場合、会社の金銭の返還請求は不法原因給付（民 708 条）では妨げられない。資本維持原則を貫徹するためである。

ただし、無効主張が無制限に認められた場合、取引が有効だと信じた者を害するから、これを一定の限度で制限すべきである。

まず、自己株式の取得により害されるのは、会社、他の株主、会社債権者であるから、これらの者しか無効主張できないと考える。すなわち、株式を売り渡した株主側は無効主張できないのが原則である。自らの行動と矛盾する主張を認める必要はないからである。

逆に、会社などによる無効主張が必ずしも許されるわけではない。違法な取引とはいえ、株式譲渡人の取引の安全を考慮することも必要である。よって、株主が、名義人が会社、または株式の取得が会社の計算によることなどについて善意である場合、取引が制限の対象になることも知り得ない。

よって、このような場合、取引は有効になると考えるべきである。

【論点】自己株式の取得制限の内容

- 1 自己株式の取得は、原則として剰余金の分配が可能な範囲によらなければならない(461条)。例外として、合併、株式移転など組織再編に伴う自己株式の取得や、単元未満株式の取得の場合がある。前者においては株主保護の必要性が高いのに対し、債権者保護手続が踏まれることが多いからである。後者は、金額が高額にならないのが一般的だからである。
- 2 また、手続としては、原則として株主総会による決議が必要である(155条、156条)。ただし、子会社の有する自己株式を取得する場合(163条)および定款の定めがある場合(164条)はこの限りではない。

ここで、企業防衛の必要がある場合などにおいて、株主総会の決議を緊急避難的に省略することはできないか。

仮にこの点を肯定すると、取締役の判断で決議が省略できることになるが、ここでは誤解、濫用のおそれがある。自己株式取得の弊害を考えあわせると、明文もなく勝手に省略することは特段の事情がない限り許されないと考えるべきである。一方、特段の事情とは、株式の無償取得のように、例外的に弊害が生じないと典型的に明らかな場合に限ると考える。

よって、企業防衛の必要性などを理由として株主総会の決議を不要とすることは許されないと考える。

【論点】自己株式取得の弊害防止策

- 1 自己株式の取得には様々な弊害が考えられるから、これを防止する方法を講じる必要がある。まず、資本充実・維持を害しないため、剰余金の分配可能額をもって自己株式を取得するものとされている(461条)。万が一欠損が発生した時には、取締役が賠償責任を負う。この責任では任務懈怠が推定され、総株主の同意がなければ免除できない(以上464条、465条)。

- 2 (1) さらに、自己株式については様々な弊害防止のため、社員権が停止される。

まず、不正な会社支配を許さないため、自己株式の議決権が停止される(308条2項)。明文はないが他の共益権も認められないと考える。理論的にも、会社が自身の共益権を行使するのは背理だからである。

- (2) 一方、自益権について、明文で利益配当が禁止される(454条3項括弧書)。配当された利益がさらに収益として計上されることになるのは不当だからである。残余財産の分配も認められない(504条)。分配後の財産がまた分配の対象となると堂々巡りになって、清算が終了しないからである。

新株の割当てを受ける権利については争いがあったが認められないことが明確になった(202条2項、186条2項)。

- 3 最後に、内部者取引等を防止し、株主の平等に配慮するため、自己株式取得の際には市場取引・公開買付の方法による場合を除いては(165条1項)、自己株式を取得しようとする都度、取得する株式の額や引換に交付するものの内容等を決定した上で、株主全員に対して通知(158条1項)または公告(同条2項)をして、平等に株式譲渡の機会を与えなければならない(160条1項、162条、163条)。

の場合を除く)。

内部者取引等を防止については証券取引法による規制がなされている。

【論点】類似の制度～子会社による親会社株式の取得禁止

子会社による親会社株式の取得は禁止される(135条)。その理由は以下の通りである。

子会社は実質的に親会社の財産である。とすると、子会社による親会社の株式の取得は、会社の財産による株式取得にあたるから、資本維持の要請を害することになる。また、親会社は子会社を自由に操作できる。ここに、子会社が親会社の株式を取得して共益権を行使できるとすれば、結局取締役による子会社を通じた不正な会社支配を認めることになる。同様に株価操作も可能になる。

このように子会社による親会社株式の取得を認めれば、自己株式の取得を認めると同様の弊害が生ずる点に禁止の理由がある。

【論点】契約による株式の譲渡制限

「特定の者以外には株式を譲渡してはならない」従業員で特に会社から安価で株式を買い受けた者は、会社の退社時に会社に株式を売り渡さなければならない」などの株式の譲渡制限契約は有効か。株式の自由譲渡性との関係から問題となる(127条)。

この点、会社と株主との間にこのような契約を締結する場合は、譲渡制限は127条を脱法するものであるとも思える。

しかし、契約による制限においては、個々の株主の現実的な承諾があるといえる。また、譲渡制限契約は債権契約であるから、株式譲受人など第三者の拘束はなく、これを害することもない。

しかも、企業結合・継続的取引関係を背景として、株式を持ち合う場合や、従業員持株制度により特に安価に従業員に株式を支給する場合などには、このような譲渡制限の効力を認める必要もある。

万一、契約内容が株主の投下資本回収の途を閉ざすなど、不当と認められる場合も、公序良俗違反(民法90条)、権利濫用(民法1条3項)として個別的に効力を否定すればよい。

以上から、契約自由の原則からして、このような譲渡制限契約の締結も有効であると考えられる。

7 株主名簿と名義書換

【論点】株主名簿の意義・機能

株主名簿とは、株式および株券発行会社では株券に関する事項を明らかにするための帳簿である(121条)。

株主名簿によれば、会社は容易に株主が誰であるかを把握できるし、株主の権利行使ごとに株券の呈示を要求する煩雑さも回避できる。すなわち、その機能は、集团的事務処理の簡易化、特に会社の事務処理上の煩雑さを軽減する点にある。

また、会社は権利行使の機会を株主に確実に知らせることが可能となり、株主は権利行使の機会を逃さずに済む。この点で株主のための制度であるということもできる。

【論点】株主名簿の名義書換

名義書換とは、株主名簿上の名義を株券の呈示に基づいて書き換えることである。

株主名簿の記載は株券の呈示に代えることができる。すなわち、名義書換によって会社との関係で、株券の所持と同じ効果が認められる。具体的には、確定力（130条1項）、資格授与の効力、会社の免責力などである。

【論点】名義書換の不当拒絶

- 1 株主が権利行使するためには名義書換が必要である（130条1項）。しかし、会社が名義書換を不当に拒絶した場合も権利行使できないのか。

130条1項の趣旨は集团的事務処理の煩雑さから会社を解放する点にある。しかし名義書換に応じることが会社の義務である。このような義務を怠り、不当に名義書換を拒絶する会社が株主の権利行使まで認めないのは信義則に反し、保護に値しない。

よって、この場合、譲受人は権利行使が認められると考える。

- 2 では、名義書換の拒絶が不当か否かをいかに判断するのか。

株券の所持者は株主と推定される（131条1項）。とすると、権利者でないことを会社が立証できない限り、名義書換の拒否はすべて不当拒絶になるといえる。

すなわち、総会屋であることはもとより、盗難届が出ていること、公示催告手続が行われていることも名義書換拒絶の理由にはならないということになる。但し、株券喪失の登録がされている場合は、法が書換を禁じているから、当然に不当拒絶にならない（224条2項）。

- 3 逆に、会社は悪意・重過失ない限り、株券の占有者に対して名義書換に応じて免責される（手形法40条3項類推）。すなわち、容易に株券の所持人が無権利者であると証明できるのに名義書換を拒まなかった、という事情がない限り会社は免責されることになる。

【論点】失念株主の権利行使について

- 1 株主は名義書換を終了しない限り、権利行使を会社に求めることができない（130条1項）。一方で会社から名義書換未了の株主に権利行使を認めうるか。

「株式会社...に対抗することができない」（130条1項）とされていることは、会社が権利行使の主張を受け入れることを禁じていないとみることができる。しかも、株主名簿による画一的処理は会社の事務処理の円滑のために認められるにすぎないから、会社がこのような利益を放棄することを認めても構わないはずである。

よって、名義書換未了の株主に権利行使を認めることは許されるというべきである。ただし、この場合は会社が誤って権利行使を認めても免責されないことになる。

- 2 (1) 次に、会社が株主名簿上の株主に権利行使を認めた場合、悪意・重過失がない限り会社は免責される（手形法40条3項類推）。

それでは、譲受人はこのような譲渡人に何か請求できないか。

- (2) まず、株主は誰であるか。

株式の譲渡は当事者の契約と株券が発行されている場合はその交付のみですることができ、名義書換は会社に権利主張をするための要件にすぎないはずである。よって、株主は譲受人とみるべきである。

ここに、剰余金の配当を受ける権利は株式の本質といえる権利である。とすると、剰余金が譲渡人に配当された場合、株主の権利が侵害されているといえる。

よって、譲受人は譲渡人に不当利得として、利益配当相当額の返還請求ができると考える（民法704条）。

- 3(1) 一方、新株引受権が譲渡人に与えられた場合、譲渡人は譲受人に何らかの請求ができるか。

この点、新株引受権は会社が決定することであり、その会社との関係では譲渡人が株主である。とすれば、譲受人による請求は何ら認める余地がないかに見える。

しかし、譲渡人は増資含みの高値による株券譲渡をなしている一方で、新株引受権による値上がりの利益も得ている。このように二重のプレミアムを譲渡人に得させることは公平ではない。

また、新株引受権はそれ自体が財貨的価値があるのみならず、会社の支配比率の維持のための重要な権利である。とすれば、新株引受権は重大な株主の権利の一つであり、株主たる譲受人に新株引受権は移転していると考ええる。

- (2) ここで、譲受人は譲渡人に何が請求できるか。

まず、株券の引渡についてはどうか。

譲渡人の危険において、譲受人が株価値下がりリスクを回避することは認められない。名義書換を怠っている者をそこまで保護する必要性はないというべきである。

よって、譲渡人の引受前に、譲受人が引受権行使の意思表示をした場合のみ、株券の引渡を請求できると考える。このような請求が不可能になった場合は、不当利得の返還請求、損害賠償請求（民法709条）がなせる。

- (3) 次に、上の条件を満たさない場合も、譲渡人に二重のプレミアムを得させるべきではない。よって、不当利得返還請求を認めるべきである（民法703条）。ただし、これは現存利益の範囲で請求できるにすぎないから、引受時の株価と引受価額の差額を上限として、株価が値下がりしている場合は、請求時の株価と引受価額との差額しか請求できない。このように考えれば株価値下がりリスクを譲渡人に負わせる結果を回避することができる。

【論点】基準日の制度

基準日とはその時点で株主である者に権利行使を認める制度である（124条）。

これは会社の手続処理の便宜のために認められた制度である。すなわち、権利行使を認めるには事務処理手続が必要であるが、絶えず株主名簿の記載が変動するままでは、事務処理手続が不可能となるからである。また、基準日の制度により、現実の権利行使日（例えば株主総会の日）に株主でない者（例

えば事業年度の末日に株主である者)に権利行使をさせなければならない場合に、これを認めることが可能になる。

8 単元株制度

【論点】単元株制度の取扱

1 単元株制度の趣旨

(1) 単元株制度は、出資単位を一単位として会社に自由に定めさせる制度である。このような制度の導入により、最低の出資額が高額になりすぎることなく適度な出資単位を確保し、投資を促進することができる。

以上から、単元未満株式は形式的には完全な株式である。しかし、出資単位を満たさないものである点で、実質的には完全な株式ではないということになる。

2 単元未満株の取扱

(1) 単元未満株も完全な株式であるから、自益権は認められる(たとえば、剰余金配当請求権)。

(2) 一方、共益権のうち議決権は認められない(308条1項ただし書)。そのため、これにまつわる権利も認められない(297条3項, 303条4項等参照)。また、責任追及等の訴えの提起もできない(847条1項括弧書)。以上は、完全な株式でないという実質面に従った取扱である。

一方、単元未満株主が共益権の行使を制限する条文は上の他にはない。とすれば、要件を満たす限り、その他の共益権の行使はできると考えられる。

(3) さらに、単元未満の株式については、株券発行会社においても定款で株券を発行しないことを定めることができる(189条3項)。このような場合には投下資本回収の途を認めるため、会社への買取請求が認められる(189条3項)。一方、売渡請求をすることで完全な株主になることもできる(194条)。

この他、189条2項各号以外の権利について、単元未満の株式に認められる権利を定款によって制限することができる(189条2項柱書, 847条1項柱書括弧書)。

五 会社の機関

2 株主総会

【論点】総会開催の手續

- 1 招集通知を欠くが、全員同意の上で全員が出席した株主総会は有効か。これについて事前に書面による同意がある場合に招集手續を省略できることが明文化されている(300条)。

招集通知は全株主に対して出席と準備の機会を与えるものである。とすれば、全株主が同意すれば、当該株主総会の決議は有効性は認めて構わない点に上の定め趣旨がある。

- 2 この理は、一人会社においてもあてはまる。よって、招集の手續は要せず、総会は一人の株主が出席すれば成立する。

ただし、議事録等の作成は省略できない。議事録の作成は会社・株主のためのみならず、会社債権者保護のための制度であるからである。

【論点】取締役会設置会社における株主総会の決定可能事項の拡張

- 1 株主総会の決定事項は原則として法律の定めた事項に限定される(295条2項)。所有と経営の分離の現れである。

一方で、定款によって株主総会の決議事項を拡張できる(295条2項)が、拡張できる事項に制限はないのか。

株主は会社の実質的所有者であるし、法定の事項は株主の立場から便宜的に定められたにすぎない。

よって、会社の本質・強行法規に反しない限りで定款による総会決定事項の拡張は許されると考える。

- 2 逆に、株主総会決議の対象にならない事項としては、株主総会・取締役会の招集、業務執行についてすべての決定権限を与えることなどがある。

ここで、代表取締役の選任権を株主総会の決定事項とできるか。

代表取締役の任命権が取締役会に与えられた(362条2項3号)趣旨は、取締役会による代表取締役の職務執行を十分に監督させるためである。

とすれば、株主総会に代表取締役の任命権を与えると、取締役会の監督機能を害するとも考えられる。しかし、取締役は命令・監督権を用いて、代表取締役を監督できる。また、解任したい場合は解任を議題として株主総会を招集すればよい。

以上からすれば、362条2項3号は強行法規ではなく、代表取締役の選任権を株主総会に与えることは可能であると考えられる。

【論点】報酬の意義

- 1 退職慰労金は「報酬」(361条)か

退職慰労金は在職中の職務執行の対価であり、報酬の後払的性格が認められる。特別功労金としての意味合いが認められる場合も、報酬と不可分に結合するものである。

この点、退職者自身が報酬額の決定に加わらない場合はお手盛りの危険はないとも思える。しかし、将来における自己の退職金の査定を考慮して不当に高額にすることが考えられるから、この場合もお手盛りの危険性は認められる。

よって、退職慰労金も「報酬」(361条)にあたり、その支給にあたっては総会決議を経る必要があると考える。

もっとも、退職慰労金については、その額が前例などから客観的に定めることができる。また、報酬については、額を公にしないという慣例を尊重する必要もある。よって、退職慰労金の決定を取締役に一任することも適法であると考ええる。

【論点】報酬決定の委任

株主総会は取締役の報酬、内容、具体的方法等を決定することができる(361条)。この際、株主総会はその決議により報酬に関する事項の決定を取締役に委任することはできるか。

本来、取締役の報酬の決定は業務執行事項である。しかし、取締役に報酬の決定を任せただけの場合、お手盛りの危険性があり、会社の利益を確保できない。そこで、法はそのような弊害を防止するために、報酬額の決定を株主総会の決議事項としたのである。

ここで、本事項の決定を取締役に一任すれば、そのような趣旨が骨抜きになる。よって、原則として一任は認められない。もっとも、総額を決めて、配分を一任することは可能である。お手盛りの危険は防止できるからである。

【論点】使用人兼取締役の報酬

使用人兼取締役は、使用人として、および取締役として給与を受ける。後者は株主総会の決定事項であるが(361条)、前者もまた株主総会の決定事項か。

361条の趣旨は取締役によるお手盛りの危険を防ぐ点にある。しかし、給与体系が確立している場合ならば、使用人として受ける給与の決定における濫用の危険は少なく、取締役への株主総会のコントロールとしても問題はない。

よって、取締役の使用人としての報酬は取締役が決定してよいと考える。

【論点】議決権の代理行使

議決権は代理人に行使させることができる(310条)。この場合、定款で代理人の資格を株主に限定することができるか。

このような定款の規定は、議決権の代理行使をする株主の権利を制約するものとして無効とみることも考えられる。

しかし、総会屋対策のため、このような定めを有効とする必要がある。また、このような定めの結果不当な結論が導かれる場合は、個々に定款の定めを無効にすればよい。

よって、代理人の資格を株主に限定することは、代理権に対する合理的で相当程度の制限として許される

と考える。

3 取締役会

【論点】取締役会の決定

代表取締役が重要な財産の処分および譲受、多額の借財（362条4項）等をするにあたり、取締役会の決議が必要である。その趣旨は、当該事項が会社の経営状況に大きな影響を与えるおそれがある事項であるのみならず、代表取締役による権限濫用を防ぐ点にも求められる。

このような事項にあたるか否かは会社の規模、財産の価額などから個別に判断することになる。

【論点】取締役会決議と特別利害関係人

1 代表取締役の選任において、候補者たる取締役は特別利害関係人には当たらない。自ら適任者であるとの判断も職務遂行の一環であるからである。

2 一方、代表取締役の解任の対象となる代取は、特別利害関係人にあたる。この場合、会社の利益のための議決権行使が期待できないからである。

【論点】取締役会決議の瑕疵

1 取締役会決議に瑕疵がある場合、決議の効力がどうなるかについて明文はない。

よって、このような場合は一般原則により当然無効となると考える。取引の安全・法的安定性については別途考慮すれば足りる。

2 しかし、一部の取締役に招集通知が洩れた結果、出席がなされなかった場合どのように考えるべきか。

手続に瑕疵がある場合であるから、やはり決議は無効とみるべきである。ただし、その取締役が出席しても決議に影響がないと認めるべき特段の事情ある場合、決議は有効になると考える。そのような事情がある場合には決議を無効とする理由がないからである。

【論点】必要な授權を欠く代表取締役の効力

1 株主総会決議が必要とされる事項であるにもかかわらず、決議が取消の対象となる場合や、株主総会決議に無効・不存在の事由がある場合が考えられる。これらの事情により、株主総会決議を欠くままなされた代表取締役の行為の効力をどのように考えるべきか。

これは事例ごとに会社の利益と利害関係人の利益を比較衡量して決するのが妥当である。

(1) まず、事業譲渡など(467条)、法令によって株主総会の決議が必要とされている事項について、代表取締役がした行為は絶対的に無効になると考える。

上記の事項はその重要性にかんがみて、株主総会の決議事項と法定されたものであるから、決議を欠くまま有効となると株主など利害関係人の利益を著しく害する。また、第三者としてもそのような重大事項については決議が必要なことを当然に知るべきであるからである。

(2) 次に、定款によって総会の決議事項とされた事項については、第三者の保護にかんがみ善意の者には会社は無効主張できない(349条4項)。

(3) さらに、社債の発行、新株の発行については重大な法令・定款違反がない限り無効にはならない。利害関係人が多数に及ぶので法的安定性を重視する必要がある。また、これをなるべく有効にし取引の安全を図ることは迅速な資金調達を実現するからである。

ここに、株主総会決議を欠くことは手続違反に止まる。よって、直ちに重大な法令違反にはあたるとは考えない。

2 一方、取締役会設置会社において取締役会決議を欠く代表取締役の行為の効力をいかに考えるべきか。

これも、事例ごとに会社の利益と利害関係人の利益を比較衡量して決するのが妥当である。

(1) 総会の招集、取締役と会社との利益相反行為など、会社内の事項に止まる場合は無効というべきである。

(2) 一方で通常の取引、第三者が絡む利益相反取引など、第三者が関係する場合は会社が第三者の悪意を立証しない限り無効を主張できないと考える。ただし、法令により取締役会の決議が必要な行為については、第三者の保護と株主保護の観点から、会社が第三者の悪意又は重過失があることを立証した場合に限り、無効になると考える(民法93条ただし書類推)。

(3) さらに、社債の発行、新株の発行については前述の通り、重大な法令・定款違反がない限り無効にはならない。

ここに、取締役会決議を欠くというような内部的意思決定の瑕疵は手続上の瑕疵に止まり、重大な瑕疵とはいえない。利害関係人の損害回復も、取締役への責任追及によって回復しうる。よって、取締役会の決議を欠く新株発行、社債発行は一律有効ということになる。

【論点】取締役会と株主総会との手続上の相違

1 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通常は業務執行をする必要も能力もないことがある。制度上も所有と経営の分離の建前が採られているから、業務執行に常に携わっているわけではない。

それに対して取締役会を構成する取締役は、その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。

このような地位・能力の違いが、株主総会と取締役会との手続上の相違が生まれる。

2 株主総会の招集通知は、原則として開催の2週間前に発しなければならない(299条1項)。この通知には株主総会のように議題や議案の要領を示す必要がある(299条4項)。これは出席の機会を与えるというのみならず、普段経営に携わっているわけではない株主に十分な準備の時間を与えるためである。

一方で取締役会では、招集通知は1週間前に通知を発すれば足り、短縮ができる(368条1項)。こ

これは公開会社ではない会社における株主総会でも同様である。ただし、取締役会の招集通知には株主総会のように議題や議案の要領を示す必要がある場合はない。

株主総会、取締役会とも全員の同意により招集手続を省略できる場合が定められている（300条、368条2項）。

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である。

よって、必ずしも出席の準備の時間を与える必要はない。それよりも簡便・迅速に取締役会を開催させる必要があるからである。

- 3 一方で、株主総会では書面による議決権の行使、代理行使、電子投票、書面による決議が認められる（310条、311条、312条、319条）。株主にとって議決権行使は権利であるから、できる限りこのような権利を行使できるようにすべきであるからである。

しかし、取締役会において取締役が上のような方法で決議をすることは許されない。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、十分な討論の必要性から持ち回り決議などは認められない。例外的に決議の省略のみ認められる（370条）

また、法律上取締役会決議の方法は一つしかなく、特別決議はない（369条参照）。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。一人一議決権であるから、不統一行使もあり得ない。

さらに、株主総会では、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）になるにすぎない。株主は実質的な会社の所有者であるから、まさに自己のための議決権行使が認められてしかるべきであるからである。

一方、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する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。

4 取締役

【論点】善管注意義務と忠実義務

取締役と会社との関係は民法の委任に関する規定に従う（330条、民法644条）から、取締役は会社に対して善管注意義務を負う。

一方で取締役は忠実義務も負うとされている（355条）。争いあるも、忠実義務は善管注意義務を具体的かつ注意的に規定したものと考える。

さらに、競業禁止義務および利益相反行為の禁止（356条）など会社利益を守るための他の責任は、忠実義務を補完する役割を果たすことになる。

【論点】取締役の監視義務の範囲

取締役会は取締役の職務執行を監視する職務を有する（362条2項2号）。各取締役は取締役会の一員として関し義務を果たす必要があるが、この義務の範囲をいかに考えるべきか。

取締役会は会議体であるから、監視を十全に行うには、普段から構成員たる取締役が監視の任務を果たすことが必要である。また、各取締役は取締役会を自ら招集するか、招集することを求めることができる（366条1項）。このような権利を行使して、問題ある事項を取締役会に上程することができる。

よって、取締役会に上程されない事項でも取締役は監視する義務があるというべきである。そして、任務懈怠があれば、損害賠償責任（423条）などを負うことになる。

内部統制システムがある場合 その範囲において監視義務を負うと考えることが可能

【論点】競業避止義務（356条）

1 取締役は取締役会の承認ない限り、「自己又は第三者のために」「株式会社の事業の部類に属する取引」を行ってはならない（356条1項1号）。本条所定の要件の意義は、事業上の機密や顧客情報に詳しい取締役が会社に損害を発生させることを防止するとの趣旨から明らかにすべきである。

まず、「自己又は第三者のために」の意義は、名義人を問わず、自己または第三者の計算においてという意味である。

また、「事業の部類に属する取引」の意義であるが、「会社の事業に属する」というよりも広い意味である。すなわち、同種または類似の商品または役務の対象とする取引で会社と競争を生じるものことである。

一方で、非営利的取引、会社の利益を害するおそれがない場合は義務違反ではない。よって、同種の事業であっても、将来にわたり進出の可能性がない地域における事業は義務違反でない。逆に同地域でも同種の事業でなければ義務違反にはあたらない。

2 本規定に違反して、承認がないまま取引がされた場合、このような取引自体の効力に直接の影響はない。

このような取引は会社を当事者とせずに行われるから、相手方に不利益を与えることはできないからである。

会社は義務違反をした取締役の解任をすることができる（339条）。また、損害を回復するために、取締役に対して損害賠償責任を追及できる（423条1項）。この際、取締役が得た利益は会社が被った損害と推定され（423条2項）、会社による賠償請求を容易にしている。

【論点】利益相反取引の禁止

取締役が会社と取引を行う場合、取締役会の承認を要する（356条1項2号）。ただし、会社の利益に反しない取引については承認を要しない。取締役からの負担のない贈与、債務の履行などである。356条の趣旨は権限が大きい取締役の権限が濫用され、会社が害されることを防ぐ点にあるからである。

株主全員が会社と取締役の間の取引について承認した場合は、取締役会の承認がない利益相反行為（356条1項2号3号）も適法となる。会社の利益の帰属主体が承認しているからである。また、取締役が同時に一人株主である場合も同様に解して差し支えないと考える。

【論点】356条違反の効果

- 1 取締役会の承認ない利益相反行為は、無権代理の無効に準じて考えられる。
 しかし、当該取締役は無効を主張できない。自らの行為と矛盾する主張を認める必要がないからである。
 また、会社が第三者へ無効主張するにはその悪意を会社が立証する必要があると考える。会社の内部の事項は外部からは不明確であるので、取引の安全を守らねばならないからである。
- 2 承認なく利益相反行為がなされた場合、行為の当事者である取締役および会社を代表した取締役等は解任の対象になる（339条）。また、損害賠償責任を負う（423条）が、その際、423条3項所定の者の任務懈怠が推定される。また、取引の当事者たる取締役は無過失でも責任を負い、責任の一部免除の対象にならない（428条）。

【論点】取締役の会社への責任

- 1 取締役は法令に違反する行為をした場合に損害賠償責任を負う（423条）。この場合の「法令」に商法以外の規定が含まれるか。
 423条は取締役の職責の重要性に鑑み、取締役の責任の明確化・厳格化を図るものである。とすれば、責任を拡大する方向に解釈をすべきである。そもそも、およそ法令に違反をしないことこそ、取締役の職務上の義務に属するとみるべきである。
 よって、本件論点は肯定的に考えるべきである。
- 2 取締役の職務執行における過失の判断には、経営判断の原則が妥当する。これは、経営手腕の発揮に対する萎縮的效果を避けるためのものである。
 具体的には、経営判断当時の状況に鑑み、取締役として会社の業務を行う能力ある者の立場からみて、明らかに不合理でない限り、注意義務違反なしとするものである。
 さらに、内部統制システムの決定し、開示されている場合、そのシステムに従い担当した範囲と、責任が明確化することが考えられる。ただし、システム自体に問題がある場合、各取締役において善管注意義務を負うことになる可能性はある。

【論点】事後的な取締役への責任追及方法

- 1 まず、株主総会が取締役を解任する方法がある（339条）。
 これに関して不正行為をした取締役について、株主総会において当該取締役の解任決議が否決された時、一定の条件を満たした後、株主は裁判所に取締役の解任請求ができる（854条）。
- 2 (1) 次に、取締役は損害賠償責任を負う（423条1項）。これは原則として過失責任であるが、連帯責任となる（430条）。また、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、責任の一部免除が株主総会決議、定款、契約などにより認められる（425条～427条）。

- (2) 上の原則に対し、違法な剰余金の配当、株主への利益供与、競業取引、利益相反取引がされた場合の例外として、任務懈怠の推定、無過失責任、免責の制限・禁止などが定められている（120条4項5項、423条2項3項、428条、464条、465条）。

【論点】株主代表訴訟

- 1 株主代表訴訟は、株主が会社に代わって取締役が会社に対して負う債務を追及する制度である（847条）。

取締役間関係は馴れ合いになりがちであるし、上役である取締役に対する責任追及の矛先は鈍りがちである。この点を考慮し、法は取締役の責任を追及する訴えにおいては監査役が会社を代表することとしている（386条）。しかし、監査役は元々使用人であったり、取締役であったりする場合も少なくないから、これでは十分の担保とはならない。

本制度は、上のような場合に備えて会社に対し責任追及の訴え提起を要求した上で、自ら訴え提起する権限を株主に与えたものである。

その要件は、株主であること、最初に会社に取締役への責任追及の訴えを提起するよう請求することの他、公開会社では原則として6月前から株式（単元未満株を除く）を保有していることが要求されている。

- 2 本制度は訴えを提起する株主自身に直接の利益を得させるものではないから、制度の利用について株主が消極的になるおそれがある。そこで、これを利用しやすくするための制度が用意されている。

具体的には、訴訟の手数料は一律13000円（847条6項、民事訴訟費用法）とされる。また、勝訴した株主は必要な費用のみならず、弁護士報酬に相当する額まで、会社に請求できるとされた（852条）。

逆に、株主による本件制度の濫用を防ぐ必要もある。そこで、被告取締役は、相手方の悪意を疎明して、担保提供の申立ができる（847条7項）。

- 3 株主代表訴訟において、取締役に責任追及ができる範囲は、取締役が会社に対して負う一切の責任とすべきである。条文は何ら限定していないし、任務懈怠の可能性は一切の債務について存在するからである。

以上に従うと、たとえば、取締役が、就任前に会社に対して負った債務も責任追及の対象となることになる。

【論点】株主による違法行為差止請求

株主は法令・定款に違反し、会社に「著しい損害が生ずるおそれ」がある行為の差止を請求できる（360条1項）。監査役による違法行為差止請求が「著しい」（385条）損害が生ずるおそれがある場合に認められることと同様となっている。

ただし、会社に監査役など取締役の職務執行を監査する機関が存在する場合は、「回復できないおそれ」があることを要するものとされている（360条3項）。これは監査役が存在する場合は、監査役による差

止を認めれば十分である一方で、株主による制度の濫用のおそれがあるからである。

なお、公開会社では原則として6月前から引き続き株式を有することが差止請求の条件となっている。

差止請求は責任追及の訴えとは異なり、取締役への責任追及を会社に請求することなく直ちに請求できる。なお、客観的に目的の範囲にあり有効となる取引も、主観的に目的の範囲外の行為も差止の対象となる。

【論点】第三者に対する損害賠償責任～429条の法的性質

429条の法的性質について、民法上の不法行為責任（民法709条）との関係をいかに考えるべきか。

この点、429条を会社の業務の複雑さを考慮し、悪意・重過失の範囲に不法行為責任を減縮した規定であるとする説がある。しかし、会社経営の複雑さは第三者に対する取締役の責任軽減の理由にならない。

株式会社では取締役に経営が依存されているから、取締役に放漫経営をされた場合、会社倒産に伴う会社債務の履行不能、その他の損害が生じる。現代における株式会社の果たす社会的役割、規模を考慮すると、損害が発生した場合の社会的影響はあまりにも大きい。429条は、この点を考慮し、法が株式会社の役員らに課した特別の責任であるとする。

このように本責任の性質は不法行為とは独立した責任であるから、両責任は競合するというべきである。また、要件の内容もその趣旨が実現できるよう別に考えるべきである。具体的には、悪意・重過失の対象は会社の任務懈怠に求めるべきである。

【論点】429条の要件・損害賠償請求の範囲

1 「第三者」（429条）に株主は含まれるか。「第三者」の意義が明らかでなく問題となる。

「第三者」とは会社・取締役以外の者のことであるから、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。

2 次に、429条によって損害賠償請求ができる範囲が明らかでなく、問題となる。

特に条文上限定がない以上、請求できる範囲は、直接損害、間接損害を問わない。

しかし、株主が本条の責任を取締役に追及する場合は別に考えるべきである。株主は、間接損害については代表訴訟で会社の損害を回復しうるから、それ以上の請求は認める必要がない。

よって、株主は直接損害の範囲しか賠償請求できないと考える。

* 直接損害とは、取締役の行為によって直接受けた損害であり、間接損害とは、会社が損害を受けたことによる波及的損害である。

【論点】退任取締役の責任

1 取締役でないのに取締役として登記されることを承諾した者は429条第1項の責任を負うか。本条

の「取締役」の意義が問題となる。

この者は、908 条 2 項で責任を負う、自ら登記をしたものではないが、このような不実の登記の作出に關与する者ということができる。

よって、908 条 2 項類推によって、取締役と同様の責任を負うと考える。このような者も「取締役」にあたる可能性があるということになる。

- 2 一方、取締役を辞任した者については、原則として「取締役」にあらず、責任を負わないのが原則である。実際、退任の登記をするのは会社であり、それがされていないことを放置しただけで外観の作出に關与したとはいえない。

よって、虚偽の外観を作出するに關与していると評価できるような特段の事情がない限り、退任取締役は責任を負わないと考える。上のような特段の事情とは、辞任後も積極的に取締役としての行為を行った場合や、会社代表者に辞任登記を申請しないことに明示的に承諾をした場合などである。なお、特別の事情がある場合は、908 条 2 項類推により責任が発生する。

5 代表取締役

【論点】代表権の不可制限性・権限濫用

- 1 代表取締役の権限については、内部的に制限を課しても、これを善意の第三者には対抗できない(349 条 4 項)。
- 2 一方、権限の濫用による代表取締役の行為は形式的には代表取締役の権限内の行為である。よって、上記定めによらずとも有効となるのが原則である。

ただし、無制限に有効にすれば、会社の利益を著しく害するおそれがある。そこで、一定の場合本問のような行為の効力を否定する必要がある。その法律構成をいかに考えるべきか。

この点、判例は民法 93 条ただし書を類推して、善意・無過失の相手方には権利濫用を主張できないとしている。

しかし、権限を濫用する意図があっても内心と代表するという表示との間に不一致はないから、93 条ただし書を類推する基礎に欠ける。また、権限濫用の意図の有無は外部からは不明確である。過失あっても善意の相手方が保護されないとの結論は妥当でない。

よって、本問代表行為は有効であるが、信義則上、相手方は悪意である限り有効であるとの主張はできないと考える。

【論点】表見代表取締役

代表権のない取締役に、あたかも代表権があるかのような名称を使わせる場合を表見代表取締役というべきである。

354 条は外観法理を表明する規定であるから、外観の存在、外観作出の帰責性、相手方の外観への信頼が要求される。

外観とは、社長、専務など代表権があると認められるような名称である。また、帰責性は明示のみな

らず黙示的に名称の使用の許諾していれば、認められる。

さらに、相手方の主観的保護要件は、善意・無重過失である。重過失は悪意と同視できるからである。

なお、保護される相手方は直接の取引の相手方のみではない。また、取締役でない、単なる使用人に代表権があるかのような名称を与えた場合も本条は類推適用されると考える。

【論点】908条1項と354条の関係

908条1項の「正当な事由」とは客観的事由であるから善意であっても、相手方は登記内容について対抗できない。一方、代表取締役の氏名住所は登記事項であるから、354条にいう善意者はあり得ないのではないか。

商取引は反復・迅速に行われる。法がこのような取引の過程でいちいち登記簿の閲覧を要求しているとは考えられない。354条はもともとそのような閲覧を省略することを可能にするために設けられた規定であるとみることができる。

よって、354条は908条1項の例外規定というべきである。

6 監査役

【論点】監査役の監査の範囲

監査役には取締役の職務執行を監査する権限があるが(381条),職務執行の妥当性まで監査できるか。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超えている。それでも妥当性監査をさせるのは、困難にすぎない監査義務を負わせるものである。

よって、認められないと考える。

cf. 取締役会は妥当性の監督までできる。

* 監査役の監査手段

- ・ 事業報告要求権, 財産調査権, 子会社への事業報告要求権 (381条)
- ・ 取締役会への出席義務, 意見陳述義務, 報告義務 (382条, 383条)
- ・ 取締役に責任追及する際の会社代表権, 違法行為差止請求権 (385条, 386条)

【論点】監査役会と監査役

監査役は独任制が基本であり、監査役が複数置かれる場合も、それぞれの監査役が独自に監査をすることができる。

そこで、監査役会と監査役との権限の分配が問題となる。

監査役会の存在によって、監査役の独任制の長所が損なわれてはならない。

よって、監査役会は各監査役の間における役割の分配・調整機関というべきである。すなわち、個々の監査役はなお監査権限を持つということになる。

【論点】監査役の就任資格

- 1 監査役は取締役・使用人との兼職が禁止される（335条2項）。その趣旨は、自己監査を防止する一方で、監査役の独立性を保障しようとする点にある。
- 2 それでも、自己が職務執行していた期間について新たに監査役に就任した者は監査できるか。
監査役に就任した後なら監査の手がゆるめられるとは限らない。仮に任務を怠ればその時点で責任追及をすれば足りる。
よって、自己の職務執行が担当した期間の監査も監査の対象になると考える。
- 3 一方で、監査役である弁護士が訴訟委任を受けて訴訟をなすうか。「使用人」に弁護士があたるかが問題となる。
使用人と違い、弁護士は当該事件のみ雇われるにすぎないから、独立性を侵す結果となるとはいえない。また、会社の事情に明るい弁護士に訴訟を委任する必要性もある。
よって、監査役たる弁護士に訴訟委任をすることは可能であるというべきである。

* その他の監査役の地位を保障する制度

- ・兼任禁止（335条2項）
- ・報酬が定款，株主総会決議で定められる（387条）
- ・監査費用請求権（388条），任期の法定原則として4年（336条）
- ・選任決議の定足数（341条1項）
- ・監査役の選任・解任についての意見陳述権（345条4項，1項）

六 会社の計算

【論点】違法配当の効果

- 1 違法配当には、手続的に瑕疵がある場合と配当可能な剰余金がない（446 条違反）場合があり、後者を蝸（たこ）配当とも呼ぶ。

違法配当の効果として、会社は分配を受けた株主や違法配当に関わった 462 条所定の役員らに金銭の支払請求ができる。ここに、取締役は善意の株主には求償ができない（463 条 1 項）が、会社による善意の株主への請求は制限されない。

463 条 1 項の趣旨は、自ら不法に手を染めた取締役が善意の株主に求償できないとした点にあり、配当を有効とした規定ではない。資本維持の要請も重大であるからである。法が 463 条とは異なり、462 条において株主の善意・悪意の区別をしていないのはその表れである。

- 2 また、462 条の適用がない監査役など役員らも任務懈怠による損害賠償（423 条）を負う可能性がある。さらに取締役、監査役らは第三者に対しても責任を負う可能性がある（429 条）。

七 会社の資金調達の方法（含む新株発行）

【論点】第三者に対する有利発行

1 (1) 法は第三者への有利発行の要件として、株主総会での理由開示（199条3項）および株主総会の特別決議を要求している（201条3項、309条2項5号）。

このように特別な手続を経なければならない「特に有利な金額」とはいかなる程度の価額のことであるか。

法の趣旨は、株主の承諾がないまま株価の低下による経済的損失を与える点にある。しかし、資金調達の目的を達成するには、ある程度安価な株式の発行を認めざるを得ない。

よって、「特に有利な金額」にあたらぬ公正価額といえる限界としては、資金調達の目的が達せられる限度で、旧株主により最も有利な価額のことであるというべきである。具体的には、時価を数パーセント下回る程度とされている。

(2) 投機により株価が高騰している場合、「特に有利なる価額」の基準を市場価格におかなければならないか。

株価に企業価値が反映していない場合まで市場価格を基準として有利な価額か否かの判断をしなければならぬとすれば、会社の資金調達が阻害される結果となる。

よって、市場価格が企業価値と無関係なまでに高騰した場合、これを発行価額算定の基礎から排除できると考える。すなわち、「特に有利な金額」か否かの判断は、客観的価値反映させた上ですることになる。

2 それでは、「特に有利な金額」によるが特別決議を得ていない新株を発行の効力をいかに考えるべきか。

まず、有利発行決定後発行前においては、募集株式発行差止請求の対象となる（210条）。また、引受人は公正な発行価額との差額を支払う責任を負う（212条）。

さらに、このような新株の発行を決定した取締役は株主に損害賠償責任（429条）を負う。

3 それでは、不公正価額による新株発行は、新株発行無効の訴えにおける（828条1項2号3号）無効原因になるか（次の論証も参照）。

* 結論としては無効主張の対象とならない。

株主の利益は他の方法で填補できる。

できるだけ新株発行の効力は維持すべき。

【論点】募集株式の発行が無効となる場合

1 募集株式の発行は取引行為としての色彩が強い上に、利害関係人が多数発生するから、その効力については法的安定性を重視すべきである。のみならず、迅速な資金調達の要請実現のため、取引の安全を可及的に保障すべきである。以上から、瑕疵の主張はできるだけ制限した上で、無効とされた場合も遡及効の発生を阻止すべきである。

よって、無効原因は重大な法令・定款違反の場合に限ると考える。

具体的に、無効原因になる場合としては授権資本数を越えた募集株式の発行、定款に定めのない数種の株式を発行した場合、株式の引受権を無視して募集株式を発行した場合があげられる。

2 (1) 一方、無効原因になるか争いある場合について、順に検討する。

原則としては、単に株主に経済的損失を発生させる場合には、無効主張の対象にならない。その他の手段で株主の損失は填補できるからである。

また手続違反についても無効主張の対象とならない。募集株式の発行は事実上業務執行行為であり、このような行為の効力を内部的事情により無効とすることは取引の安全を害するからである。

(2) 特に問題となるものを検討する。

募集株式の発行事項の公示をなさなかった場合、発行の差止請求権を行使する機会が奪われる。よって株主保護の観点から、無効とすべきである。

次に、募集株式発行の差止判決が無視された場合、有効とするならば差止請求を認めた意味がない。よって、無効と考える。

【論点】募集株式発行の差止と違法行為差止請求との関係

募集株式発行の差止請求権が商法上認められている(210条)。一方で、株主は取締役の違法行為差止請求権(360条)を有するから、この関係をいかに考えるべきか。

違法行為差止請求の要件として、会社に著しい損害が発生するおそれがあることがあげられる(360条)。

しかし、株主の株式引受権が無視されたが価額は公正な場合など、会社には損害が発生しないが株主に損害が発生するような場合、違法・不公正な株式の発行の差止を認める必要がある。

募集株式発行の差止請求はこのような場合、違法行為差止請求権とは別に認める実益がある。

【論点】社債と株式の違い

1 社債・株式の共通点

いずれも、一般大衆から長期かつ多額の資金を調達する手段であり、社会経済的に類似しているといえる。

形態としては、両者とも有価証券化することが認められ(214条, 676条6号)、割合的単位の形を取る。手続上は、いずれも原則として取締役会決議で発行を決定できる点が共通している(201条1項, 362条4項5号)。

2 社債・株式の相違点

まず、法的性質が異なる。社債権者は会社の債権者であるが、株式は会社の構成員たる地位である。

だから、前者は会社の経営にかかわらず一定の額が支払われる利息(676条3号参照)、後者は会社の業績により額が増減する配当(453条, 461条)という形で利益が供与される。経営に關与する権利の有無についても、社債権者にはなく株主にはある。具体的には議決権(308条1項本文)、各種監督是正権などである(297条, 339条等)。また前者は償還されるが、後者は原則として償還されない(た

だし、会社が自己株式の有償取得をした時、償還と同様の経済的効果が発生する)

さらに、権利の内容について株式は平等原則が妥当するのが原則であるが(109条1項)、社債は社債発行契約ごとに内容が定められ、個別性がある。

最後に、会社清算時の扱いも、前者は貸与額が返還されるのに対し、後者は会社清算時に残余財産を株式に応じて平等に分配されるに過ぎない(502条, 504条, 664条)。

3 株式と社債の接近化

もっとも、配当も現実にはほぼ一定してなされる。非参加の累積的優先株では特にそのような結果となる。

また、新株予約権付社債を保有する社債権者は、株主となり経営に参加し、利息ではなく配当を受けられることができる。逆に議決権制限株式を保有する株主は、株主総会で議決権を行使することはできない。

一方、取得請求権付株式が存在し、取得請求の対価として金銭の交付を求めることを定めれば、一定期間後償還を受けうる株式を実現することができる。

以上のように、両者の利点を兼ね備えた株式・社債が存在するから、両者の違いは相対的なものとなっている。