

第1部 総則・商行為

第1問 B

支配人と代表取締役の 共通点及び 相違点について論ぜよ。

基礎点 21点 共通点 1点 相違点 3点

【論点】支配人と代表取締役の違い

・いずれも営業に関する包括的権利を有している者 しかし、同じ点の方が少ない？

【論点】支配人・代表取締役の権限の不可制限性

解答例

一 支配人とは、営業に関する一切の包括的代理権を有する商業使用人であり、裁判上・裁判外の一切の権限を有する（38条1項）。

支配人の定義

一方、代表取締役とは、対内的には業務執行権を有し、対外的には代表権を有する株式会社の必要的常置機関である。

代表取締役の定義

このような両者の共通点・相違点について以下述べる。

二 両者の共通点

まず、共通点としては、両者とも営業に関する包括的な権限が認められている。

【論点】支配人・代表取締役の権限の不可制限性

このように、両者とも強力な権限があるから、委任契約に基づく義務の他、双方とも競業避止義務が負わされる（41条、264条）。また、共同代表の定めを置くことが法律上許されている（39条、261条2項）。

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、権限に不可制限性がある（38条1項・3項、261条3項・78条・民法54条）。さらに、表見法理に関する規定が両者とも規定される（42条・262条）。

三 両者の相違点

1 一方、相違点であるが、会社との関係では、代表取締役は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。

【論点】支配人と代表取締役の違い

そこで、包括的権限が及ぶ範囲について、代表取

いかなる事由に関する包括的権

<p>締役は会社の営業全部を代表するが、支配人は一営業所の営業に関する代理権限しか有しない。</p> <p>したがって、たとえば、代表取締役は取締役会の決議をもって会社が雇用している支配人を解任することができることになる（260条2項3号）。</p> <p>2 また、かような地位の違いがあるから、職務をなすにつき不法行為をなした場合、代表取締役には民法44条が適用されるのに対し、支配人には民法715条が適用されることになる。</p> <p>3 それぞれの責任にも違いがある。たとえば、支配人は競業避止義務に加えて、精力分散防止義務としてより重い義務を負う（41条）。すなわち、支配人は営業主のため、全力を尽くすことが要求されると言える。</p> <p>他方で、代表取締役は忠実義務を負うが、かかる義務は委任の善管注意義務と同質とされており、これにより特別に責任が加重されているわけではない。ただし、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（265条）。</p>	<p>限なのか</p> <p>権限の違いが端的に現れる場合</p> <p>事業主体がいかなる責任を問われるか</p> <p>個人的な責任の内容</p>
<p>以上</p>	

第2問 C

甲は地方の特産品を製造した上で、販売することを業としていた。甲は、A町にA町支店を有しており、A町支店には支店長と称する乙がいたが、乙が独断で、丙と新規の商品を扱うことを前提に、その商品の買受けを約束した場合、甲は乙の取引について責任を負うか。そもそもA町支店の実質は、単なる売店に過ぎず、すべて甲の指示によって営業が行われていた場合と、A町支店には支店としての実質があったが、支配人として別に丁が置かれていた場合に分けて論ぜよ。

基礎点 21点 各論点 2点

支店長と称する 【論点】表見支配人  
 実質が単なる売店に過ぎない 【論点】営業所の意義  
 乙には何の権限もないはずだが？

解答例

<p>一 前段について</p>	<p>原則の指摘</p>
-----------------	--------------

1 本問乙には、独断で新商品を扱うことを決定する権限はないと解される。したがって、乙の契約は甲に効果帰属せず、無効になるのが原則である。

しかし、乙には支店長との名称が付与されていたから、丙は表見支配人の規定によって保護されないか。

2 表見支配人とは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(42条)。

本規定は表見法理の現れである。したがって、その要件は、**外観の存在 外観付与の帰責性 相手方の善意・無重過失**(42条2項)とされる。

の要件が認められるには、表見支配人と目される者がおかれている営業所が、その実質を備えていなければならない。これは42条による治癒の対象ではないからである。

【論点】表見支配人

そこで、店舗が営業所の実質を備えているか否かはいかに判断すべきか。

42条適用のためには、当該表見支配人がおかれた店舗が営業所の実質を備えていなければならない。

すなわち、「営業所」(42条)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営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、「営業所」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。

【論点】営業所の意義

以上をもって本問を検討すると、A町支店の実質は単なる売店に過ぎず、客観的にも主観的にも、営業所としての独立性を備えていない。

したがって、本問事案では表見支配人の規定は適用できない。以上から、民法の表見代理の規定などの適用がない限り、甲は乙の行為について責任を負わない

あてはめ

ことになる。

## 二、後段について

後段では、前段のような問題はないから、表見代理の規定により、甲が責任を負う可能性がある。

その際には、次の要件が問題になる。

まず、営業の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、外観付与の帰責性について、明示のみならず黙示の名称使用の許諾も含むというべきである。

最後に、外観への信頼について、条文上は善意でさえあれば保護されるかに読める。しかし、重過失ある者は悪意者と同視できる。したがって、重過失ある者も保護されないと解する。

以上

\* 支配人でない者の行為を有効にする 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

## 第3問 B

Sは、S式屋という商号をもって、あんパンを販売する株式会社を営んでいた。

1 Sの商号はいかにして保護されるか。

2 Sが放漫経営によって、S式屋を倒産させた場合、取締役でないのに取締役として登記されていた甲、倒産時には既に辞任をしていた乙、取締役会に上程されなかったSの行動について反対をせず、放置していた丙は、会社債権者にいかなる責任を負うか。

基礎点 21点 各論点 1点

【論点】商号権の保護

【論点】名目取締役の責任

【論点】退任取締役の責任

【論点】取締役の監視義務の範囲

## 解答例

### 一 小問1について

1 本件S式屋を商号とするSには、商号使用権が認められる。

具体的には、商号は、他人に妨げられることなく利用でき、他人が同一商号を使用する者に差止請求ができる(21条2項)。

【論点】商号権の保護

2 さらに、商号が登記されると、Sの商号はより強く保護される。

具体的には、同一市町村内において、同一営業のために同一商号を登記することはできない(19条)。また、他人が同一市町村内で同一商号を使用する際に不正競争目的が推定される(20条2項)。さらに、自己の利益が害されるおそれがあることも立証する必要がなくなる(21条2項参照)。

## 二 小問2について

1 会社債権者は、損害賠償請求を甲になすことが考えられる(266条ノ3)。

しかし、甲は「取締役」ではないから、それでも甲は責任を負うか。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266条ノ3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、14条で責任を負う、自ら登記をしたものではないが、かかる不実の登記の作出に関与する者ということができる。

したがって、14条類推によって、取締役と同様の責任を負うと解する。このような者も「取締役」にあたることがあるということになる。

以上より、会社債権者は266条ノ3の責任をこのような者にも追及できる。

【論点】名目取締役の責任

2 次に乙は既に退任しているが、それでも責任を負うか。

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。

しかし、虚偽の外観を作出するに関与していると評価できるような特段の事情がある場合には退任取締役も責任を負うというべきである(14条類推)。

こ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り、あるいは、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ている場合である。

【論点】退任取締役の責任

本問でも、このような特段の事情があれば、乙は会社債権者に対して責任を負うことになる。

3 最後に取締役会の構成員たる丙の責任について、取締役会は取締役の職務執行を監視する職務を有する（260条1項）。

各取締役は取締役会の一員として監視義務を果たす必要があるが、この義務の範囲をいかに解すべきか。

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（259条）。かかる権利を行使して、問題ある事項は取締役会に上程すべきである。

したがって、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ふべきである。そして、任務懈怠あれば、損害賠償責任（266条1項5号）などを負うことになる。

本問丙はSの放漫経営について知りながら放置していたのであるから、任務懈怠があるといえる。したがって、丙も特段の事情ない限り、損害賠償責任等を追及される。

以上

【論点】取締役の監視義務の範囲

#### 第4問 C

甲は、甲屋という電気器具商を営んでいる。甲屋は事業規模を縮小するため、甲屋の支店のあった建物をパン屋を開店したいという乙に貸すことにした。乙は甲屋の商号をそのまま用い、甲屋の印章を用いていたが、甲は知りながら放置していた。

1 乙が甲屋の名前で丙から多額の金銭を借り入れた場合、甲は丙に対して責任を負うか。

2 甲が乙に手形の振出のみに甲屋の商号を用いることを許しており、乙が手形を振り出した場合、甲は責任を負うか。

基礎点 21点 各論点 2点

【論点】名板貸人の責任

甲が営業主体に見える 虚偽の外観の認定

ただ、電気器具商とパン屋 営業の内容が全然違う、相手方の信頼は保護に値するのか？  
知りながら放置 帰責性の認定  
金銭の貸付け 問題となる行為、相手にとっては甲が貸付の主体だと考えてしまう  
営業をすることの許諾はない 甲が責任を負うとしても、23条は根拠にならない？  
【論点】名板貸人が手形振出を承諾した場合

#### 解答例

一 小問1について

1 本件甲は乙に名板貸をしていると評価できる。

名板貸とは、ある者が他人に自己の氏、氏名又は商号を使用して営業することを許諾することをいう。

このような名板貸人は、名板借人がなした取引に連帯責任を負う（23条）可能性がある。

このような責任の法的性質は、外観への信頼に対する法定責任である。したがって、その要件は、名板貸人が取引をなしているとの外観の存在、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である。

2 (1)しかし、名板貸人と名板借人の営業の種類が異なる場合でも、虚偽の外観が存在すると言えるか問題となる。

思うに、両者の営業は同種でなければならないことが原則である。そうでない外観への信用は保護に値しないからである。

ただし、営業が同種でなくとも、特段の事情があれば、外観の存在が認められることがある。特別事情の有無は、同一店舗、同一の印章の使用などの条件から総合的に判断することになる。

(2)第三者の外観への信頼の内容は、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)最後に、外観作出に対する本人の帰責性とは、自己の氏名等を使用して営業をなすことを他人に許諾することである。そのような許諾は明示のみならず、黙示でもよいと解すべきである。

3、以上をもって本問を検討すると、甲は乙が甲屋の

【論点】名板貸人の責任

保護に値する信頼があるのか

商号を用い、印章を使用することを放置していたのであるから、黙示の許諾を与えているといえる。また、甲と乙の営む営業の種類は異なるが、特段の事情はあると思われる。

以上から、丙が事情について重過失ない限り甲は丙に対して責任を負うと解される。

二 小問2について

1 上述の通り名板貸人は名板借主とともに連帯責任を負担する。しかし、手形振出のみについて名板貸をなした場合、23条責任を負うか。

2 確かに、23条は「営業」をなす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を満たさない。

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。営業の許諾をなすか否かは重要でない。

したがって、23条を類推適用し、名板貸人も手形債務について連帯責任を負うと解する。

3 以上より、本件甲も乙が振り出した手形に責任を負うことになる。

以上

【論点】名板貸人が手形振出を承諾した場合

\* 後段について、類推否定説（判例）

23条は「営業」をなす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を満たさない。

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、23条を類推適用しても、名板貸人は債務を負担せず、意味がない。

したがって、本論点は消極的に解するべきである。

## 第2部 会社法

### 第5問 C

甲は 100パーセントの出資を行った上で、自己を代表取締役とする株式会社を設立した。甲は株主総会の開催にあたって、招集手続・議事録の作成を省略できるか。また、甲は会社から独断で会社財産を買い入れることができるか。

基礎点 19点 各論点 2点

こういう会社の設立は現実社会によくあること ただし、これは「社団」ではない

【論点】一人会社は認められるか

【論点】総会開催の手続

【論点】利益相反取引

解答例

一 株式会社に一人会社は認められるか。会社の社団性との関係から問題となる。

思うに、株式会社では株主の人数について法文上規制はない。また、平成二年改正によって発起人が7人必要という規定が削除された経緯がある。

さらに、株式の一部譲渡により社員が複数になる可能性があるから、一人会社にも潜在的社団性があるというべきである。

以上から、株式会社に於ける一人会社は認められる。

【論点】一人会社は認められるか

\* 合名・合資会社では社員が一人となったことは解散事由とされている(94条4号等)。

二 それでは、甲が株主総会の開催にあたって、招集手続を省略することができるか。

思うに、招集手続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。

したがって、全株主が同意すれば手続の瑕疵は治癒され、当該株主総会の決議は有効というべきである。

この理は、一人会社においてもあてはまる。したがって、招集の手続は要せず、総会は一人の株主が出席すれば成立すると解する。

しかし、議事録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】総会開催の手続

三 1 さらに、甲の会社との取引について、取締役が会社と265条所定の取引を行う場合は、取締役会の承認を要するとされている。

会社の取締役は3人以上いなければならないから

【論点】全株主の同意がある利益相反取引

(255条) 他にも取締役が存在すると考えられる。したがって、甲以外の取締役を交えた取締役会の承認が必要と解される。

2 ただ、形式的に265条列举の事項にあたって、会社の利益に反しない取引についてはこの限りではない。(取締役からの負担のない贈与、債務の履行などである。)

また、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、会社の利益の帰属主体が承認している以上、利益相反行為も適法となる。

そして、本問のように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解する。問題がある場合、個々の場面ごとに法人格否認の法理などで対処すればよい。

3 したがって、甲は独断で会社と取引することが可能である。

以上

## 第6問 C

次の各小問について答えよ。

1 AはAの名を商号とした商事会社を設立し、経営も順調となったので、会社財産から10万円を同じ町の慈善事業団体に寄付することにした。かかる寄付の効力を論ぜよ。

2 交通事故を起こした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、被害者Bは会社財産に強制執行できるか。

基礎点 21点 各論点 2点

【論点】目的による権利能力の制限

Aが会社を設立した目的 Bからの執行を逃れるためであるのは明らか

【論点】法人格否認の法理、【論点】債権者詐害目的で会社が設立された場合

解答例

一 小問1について

1 A会社は商事会社であるのに、慈善事業に寄付することはできるのか。商法上会社の権利能力の規定はないから、民法43条は会社にも類推適用されると

いうべきである。となると、「目的ノ範囲」(民法 43 条)としてかかる行為は有効とされるのか。

2 (1)法人は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、社員の利益が害されることを防ぐ必要がある。

したがって、法人の権利能力の範囲は目的の範囲によって制限されるというべきである。

(2)では、「目的ノ範囲」にあるか否かをいかにして判断すべきか。判断基準が問題となる。

思うに、あまりに会社がなし得る行為が少ないと、権利能力の範囲外の行為は絶対に追認できないから、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。

したがって、「目的ノ範囲」とは、目的達成に直接・間接に必要な行為も含む。

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、かかる範囲は外部から知ることは難しく、取引の相手方の信頼を害するおそれがある。

したがって、「目的ノ範囲」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解する

3 以上をもって本問を検討すると、一見慈善事業に寄付することは商事目的とは無関係であるかに見える。

しかし、寄付は宣伝になるし、社会的にも法人に対して期待される行為であるといえる。額も少額である。

したがって、かかる寄付も目的の範囲内の行為として有効であると解するべきである。

二 小問2について

1 本問事案では、法人格が悪用されているということが出来る。このような場合、会社名義の財産に強制執行をする方法を検討する。

まず、本件のように詐害目的で会社が設立された場合、合名会社ならば会社設立取消しの訴えが提起できる(141条)が、これは株式会社には準用

【論点】目的による権利能力の制限

\*左記を前提とすると、会社がなしうる行為は対外的観点と対内的観点とで別に考えることになる。すなわち、内部的制限によって差止・損害賠償の対象になるが、表見法理(民法54条など)によって対外的には有効になる行為があることになる。

【論点】債権者詐害目的で会社が設立された場合 詐害行為取消権の対象になるか

されていない。そこで、民法 424 条で株式会社の設立を取り消すことができるか。

思うに、商法が 141 条を株式会社に準用していないのは、取消しを否定する趣旨である。これは、191 条が引受の取消しを制限しているから、設立行為全体を取り消すことも、本条の趣旨から許されるべきでない。

しかも、民法 424 条は個人間の行為を取り消すことを予定しており、合同行為たる会社設立行為を取り消すになじむものではない。

したがって、民法 424 条で株式会社の設立行為を取り消すことはできない。

法人格否認の法理を書くために、否定説を採っておいた

2 (1) 一方、本件会社の財産は実質的には、A の財産である。これに執行できないのは、A と会社が形式的には別人格だからである。そこで、かかる形式的な人格を否定できないか。法人格否認の法理の適用が問題となる。

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をさす。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。

かかる法理に明文はない。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り、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

とすると、法人格が悪用・濫用されたり、社団としての実体がない場合は、法人格を否定してかまわないというべきである。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、本法理適用の要件により、その適用範囲を明らかにすべきである。

具体的には、法人格の濫用事例では、背後者による会社支配の事実、及び背後者に違法な目的があることを要求すべきである。違法な目的とは、例えば債権者詐欺や脱法目的が挙げられる。

【論点】法人格否認の法理

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、組織規定が無視されているかなどの事情から総合判断すべきである。組織規定の無視とは、株主総会・取締役会等の不開催などの事情から判断できる。

(3)本事案は、法人格の濫用事例にあたる。また、背後者による会社の支配、違法な目的とも認められる。したがって、法人格を否認し、会社財産に強制執行することができる。

以上

#### 第7問 B

株式会社の特質について、事業のための資金収集の装置・合理的経営の装置というキーワードを用いて説明した上で、これとの関連で資本制度およびこれを実効あらしめるための各種資本原則について論ぜよ。

基礎点 19点 各論点 2点

【論点】株式会社の特質 事業のための資金収集の装置  
合理的経営の装置 【論点】所有と経営の分離の意義

基礎点 19点 各原則 2点

【論点】資本原則

- ・資本充実維持の原則
- ・資本不変の原則
- ・資本確定の原則

#### 解答例

一 小問1について

1 まず、株式会社が事業用資金収集の装置であることを説明する。

株式会社では、会社の社員たる地位が株式の形を取る。

株式は細分化されているので、投資が容易である上に、自由譲渡性の保証(204条1項本文)により、投下資本回収の途が確保されている。加えて、社員

【論点】株式会社の特質

の責任は間接有限責任であり、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対象であるといえる。

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を集積できる。また、間接有限責任に対応し、会社存続中は出資返還の必要もない。

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。

2 次に、合理的経営の装置であることについて検討する。

本来は、実質的所有者たる株主が会社の経営権を有することになるはずである。

しかし、株主は経営の能力も意思もないのが通常である。とすれば、経営のプロである取締役を経営を任せるのが合理的である。

このように、株式会社制度は、所有と経営の分離による合理的経営を目指している。商法も取締役の資格条件を「株主であること」と定めることができない(254条2項)とすることで、この特質を表明している。

【論点】所有と経営の分離の意義

## 二 小問2について

1 前段で述べたように、株式会社の特徴は、株式と間接有限責任にある。となると、会社財産のみが会社債権者の引当てになる。

したがって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といえる。資本とはこのような目的から定められた計算上の数額である。

2 しかし、現実にそのような数額を裏付ける会社財産を存在せしめなければ意味はない。

そこで、資本額に相当する財産確保の原則として、資本充実・維持の原則の堅持が要求される。

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とする原則である。一方、資本維持とはそのようにして拠出された財産が減少されてはならないとする原則である。

【論点】資本原則

資本充実・維持の原則

3 一方で、自由に資本の額を減少できるとすれば、このような原則を定めた意味がなくなる。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いうべきである。このような原則を資本不変の原則と呼ぶ。資本不変といえど、会社債権者保護の趣旨からして、資本額の増額は問題ないというべきである。

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当たる株式全部の引受がなされねばならない。これは資本確定の原則と呼ばれている。

しかし、現行法制下では、取締役会に新株式発行決定権が授権され、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たりる。

このような授権資本制度下では、資本確定の原則は原則的に維持されていない。ただし、設立時に発行された株式についてはすべて引受が必要とされている(176条など)。この限度で資本確定の原則は維持されているに過ぎない。

以上

資本普遍の原則

資本確定の原則

cf. 新株発行時には完全に資本確定の原則は放棄されている 発行予定株式について払込がなければ、払込のない株式は失権する ただし、登記との一致をさせるために、取締役は引受担保責任が負わせられる(280条ノ13第1項)

## 第8問 B

会社設立の際、検査役や取締役・監査役による調査が要求される場合について論ぜよ。特に 現物出資 財産引受 事後設立については、内容とその関係を答えよ。

基礎点 18点

【論点】変態設立事項(2点)

【論点】検査役の検査が不要になる場合(2点)

現物出資 1点

財産引受 1点

【論点】事後設立 1点

解答例

一 前段

1 会社設立の際に検査役による調査が要求される場合として、変態設立事項が挙げられる。

変態設立事項とは、設立に関する事項のうち、定

【論点】変態設立事項

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。(168条)

変態設立事項については、一部の例外を除き(173条2項3項)、検査役による検査が必要である(173条1項)。検査役の調査が不要でも、取締役・監査役の調査、その他の手続が必要となる(173条ノ2、173条3項参照)。

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(173条4項等)。

2 かつては、発起設立の際の払込にも検査役による調査が要求されていた。しかし、現在は発起設立の際の払込・一定の現物出資の給付、財産引受についてそれぞれ検査役の調査が不要(173条2項3項)となっている。

発起設立における調査が不要とされたのは、これまで利用が少なかった発起設立の制度を利用しやすくしたものである。現物出資・財産引受について調査が不要とされたのは、現物出資の制度を利用しやすくするためである。

ただ、単に上のような調査を不要とするのみならば、資本充実を徹底できないおそれがある。そこで、取締役・監査役の調査義務を課し(173条ノ2)、資本充実が図られた。

【論点】検査役の検査が不要になる場合

## 二 後段

### 1 現物出資について

現物出資とは、金銭以外の財産権によって出資をなすことを呼ぶ。

かかる現物出資では、その目的物の価値が過大に評価されると、資本充実を損なう。また、金銭出資の株主を害する。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。

さらに、現物出資は発起人しかできない(168条2項)。

### 2 財産引受と事後設立について

(1)財産引受とは、会社成立後営業を行うための準備

現物出資

cf.新株発行における現物出資の場合、出資者に制限はない(280条ノ2第1項3号)。

財産引受

として一定の営業用の財産を譲り受けることを契約することである。

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可能性がある。このような理由から、厳格な手続に服せしめるべく、変態設立事項とされている。

(2) 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。

すなわち、会社成立後二年以内に、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、特に資本の 20 分の 1 以上の対価で取得する場合を商法では規制下においている(246条)。これを事後設立と呼ぶ。

本来、財産取得契約は業務執行行為であるから、取締役会の職責であるし、会社設立後はこれを自由に行ってよいはずである。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。

そこで、一定の財産取得に限って、株主総会の特別決議による承認、及び検査役の調査を必要としたものである(246条)。なお、調査について少額免除、不動産、有価証券譲渡の場合の免除が認められることは、現物出資、財産引受と同様である。

### 3 三者の比較

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、法的性質は、前者が設立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鑑みて、規制対象を財産引受におけるよりも限定している。

以上

【論点】事後設立

## 第9問 B

会社設立中に発起人がなした行為について、会社が費用負担する場合について述べた上で、発起人の権限の範囲と設立費用・財産引受との関係について論ぜよ。

基礎点 21点

【論点】設立中の会社（2点）

【論点】変態設立事項

設立費用・財産引受（1点ずつ）

解答例

一 1 会社設立中に発起人が会社のためになした行為は、会社に法律効果を帰属させなければならない。しかし、設立前には会社はまだ成立しておらず、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 思うに、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、実質的には、登記前に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、かかる社団は登記によって成立した会社と実質的に同一であるというべきである。

3、以上から、形式上は発起人がなした行為も、会社のためにな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のである。

この場合の発起人は設立中の会社の執行機関といえることができる。

【論点】設立中の会社  
法的性質

二 1 それでは、設立後の会社の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解すべきか。明文なく問題となる。

2 思うに、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。そして、設立中の会社は会社の設立を目的とするから、権限はその目的によって定められるというべきである。

まず、当然発起人は会社設立のために直接必要な

発起人の権限の範囲

行為をなしうる。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。したがって、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解すべきである。

三 1 以上から、発起人の権限の範囲と設立費用・財産引受との関係を論ずる。

本来の権限内の行為は、設立中の会社の実質的権利能力の範囲内の行為であるから、設立後も会社は追認しうる。一方で、財産引受以外の開業準備行為は権限外の行為であるから、追認はできない。

そして、設立費用の支出行為とは、発起人の権限の範囲内でありながら、濫用されないため特に制限を加えたものといえる。

したがって、設立費用が支出された行為について、会社は当該行為を追認できる。また、表見法理の成立により、相手は会社に責任追及できる場合がある。

2 一方で、財産引受は権限の範囲外の行為でありながら、定款への記載等を要件として特に法が認められた権限であるというべきである。

したがって、それ以外の開業準備行為は会社設立後も、会社が追認することはできない。表見法理によって会社に効果が帰属することもない。

ただし、会社成立後当該行為を会社が新たになすことは可能であると解する。

【論点】変態設立事項と発起人の権限

以上

## 第 10 問 B

設立費用について、会社設立後の債務者は誰か。会社が不成立となった場合はどうか。

基礎点 21 点 各論点 2 点

【論点】設立費用の帰属主体

【論点】会社不成立の場合の発起人の責任

解答例

一 1 設立費用とは、発起人が設立中の会社の機関として会社設立のため支出した費用のことである。具体的には、事務所の賃借料、株主募集の広告費等である。なお、設立費用としての規制がなされない例外として、定款認証手数料・払込取扱銀行の報酬等がある（168条8号但書参照）。設立登記のための税額も強度の客観性から濫用のおそれがない。そこで、設立費用にあらず、当然に会社の負担に帰するとされている。

2 (1)ここで、設立費用について債務未履行なまま会社が成立した場合どのように処理すべきか。

思うに、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。

かように実質的には、登記前に既に会社の実体は存在するが、法形式的にはこの実体に権利能力を認めることはできない。したがって、設立中の会社は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。

3 以上から、形式上は発起人がなした行為も、会社のためにな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。

(2)この場合の発起人は設立中の会社の執行機関であり、かかる発起人の実質的権限であるが、発起人の権限も設立中の会社の目的の範囲によって制限されると考える。

ここに、設立のため事実上必要な行為をなす権限が発起人にないというのは不当である。したがって、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。すなわち、設立費用は設立中の会社の実質的権利能力の範囲内の行為であることになる。168条は、このような設立費用について濫用のおそれがあるので、変態設立事項として制限されたものである。

(3)以上から、手続的要件を満たした額については会社が相手方に責任を負い、それ以外については発起人が責任を負う。

【論点】設立費用の帰属主体

発起人が会社が負うべき債務を代わって履行した場合は、会社に求償することができることになる。逆に手続的要件を満たさない行為については会社は168条の結果、債務を負わないで発起人のみが債務を負担することになる。

二 対して債務未履行なまま会社が不成立に終わった場合、発起人、それも形式的に契約の名義人となった者が債務負担をすることが原則である。

もっとも、成立後会社が負うべき債務につき発起人は連帯して責任を負う(194条)。しかし、194条によって連帯債務となる範囲をどのように解するかが問題となる。

思うに、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解する。

ただし、設立費用に充てる金員の借入れは、間接的・手段的行為に過ぎず、会社の設立に直接役立つとはいえない。したがって、金銭の借入れは、本条の対象から除外すべきである。

以上から、設立費用に充てる金員の借入については、契約の際に名義人となった発起人のみが責任を負うことになる。

以上

【論点】会社不成立の場合の発起人の責任

## 第11問 B

会社設立時に、責任財産を確保するために用意された制度について論じた上で、かような制度にも拘わらず、責任財産が確保されなかった場合の会社設立の効力をいかに解すべきかについて論ぜよ。

基礎点 21点 各論点 2点

責任財産確保 すべての株式についての引受・払込がされること

【論点】引受払込責任

【論点】資本充実責任と設立無効の関係

一 前段について

1 会社設立時には、発行予定株式すべてが引き受けられ、対応する財産が払い込まなければならない。会社設立時における資本充実の要請の現れである。

引受・払込の必要性

2 そこで、募集設立において引受がない株式については、発起人及び会社設立当時の取締役が共同で引き受けたものとされる（192条1項）。

【論点】引受・払込責任

かかる責任は資本充実の為のものであるから、無過失責任である。引受た者は株主となる。

3 さらに、払込確保の方法として、次のような手段が用意されている。

まず、払込には払込取扱機関へ払込がなされ（170条2項）、保管証明書の発行を受けねばならない（189条）。

さらに払込がなく、もしくは現物出資の未給付の株式がある場合、発起人及び会社設立当時の取締役は連帯して弁済の責めに任ずる（192条2項）。

以上の責任は資本充実のためであるから、無過失責任である。また、株式を引き受けた者は株主となり、払い込んだ者は引受権者に求償権を取得する。もしくは一定の要件の下で、株式の売渡請求権を取得する（192条3項）。

最後に払込がなされないことに任務懈怠がある場合、発起人、取締役、監査役は損害賠償責任を負う（193条など）。当該責任は任務懈怠に過失がある場合の責任というべきである。

4 なお、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。そこで、発起人・会社設立当時の取締役は、財産価額填補責任が負わされる（192条ノ2）。

二 後段について

1 前段所定の制度にもかかわらず、すべての株式についての引受・払込が完了しなかった場合、会社の設立は無効と解される。

【論点】資本充実責任と設立無効の関係

一方で払込がない場合の会社設立後の発起人・取締役の責任も規定されている（192条2項）。

以上はどのような関係にあるのか。

2 思うに、両者の区別は引受・払込の欠缺の程度で図るのが妥当である。

すなわち、瑕疵が比較的軽微の場合は192条2項の資本充実責任が発生する。一方で、欠缺が極めて大きいときは、設立無効を回避できないとするのが妥当である。

もっとも、瑕疵が大きくとも、現実には瑕疵が治癒された場合は無効とするべきではないと考える。

以上

## 第12問 C

会社設立の際に、発起人によって預合、または見せ金行為が行われた場合の会社設立の効果と、その主張方法について論ぜよ。

基礎点 21点 各論点 2点

【論点】預合と見せ金

財産的裏付けがないまま会社が成立、会社債権者を害するおそれ

・会社設立の効果 無効にすべき

設立の無効 訴えによらなければならない

【論点】設立無効の訴え

## 解答例

### 一 会社設立の効果について

1 預合とは、発起人が払込取扱銀行からの借入金を設立中の会社の預金に振り替えて払込にあてつつ、この借入れを弁済するまでは、その預金を引き出さないことを約する行為をいう。

その効果としては、払込が無効となる。その上で、資本充実が実現されない結果、会社設立の効力は、無効とされる。また、発起人は預合罪によって処罰される（491条）。

【論点】預合と見せ金  
預合

2 見せ金とは、次のようにしてなされる。発起人が払込取扱機関以外の者から借り入れた金を株式の払込にあてて会社を設立する。さらに、会社の成立後それを引き出して借入金の返還にあてるのである。

上のような行為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、資本充実に要請に合致しているか否かで判断すべきである。

その上で、見せ金行為を全体としてみると、個々の行為は仮払込のためのカラクリの一環をなしているに過ぎない。

したがって、払込は無効とすべきである。

ただし、個々の行為が適法であるから、見せ金行為と適法行為との区別は難しい。そこで、見せ金か否かの判断は次の基準をもってなすのが妥当である。

すなわち、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判断すべきである。

以上の事情から見せ金と認定される場合、払込の効力は無効である。さらに、資本充実が実現されていないから、会社の設立の効力も、無効となる。

## 二 会社設立の瑕疵の主張方法について

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。そこで、設立の無効主張は訴えにかからしめられている。

まず、設立無効の原因は定款の絶対的記載事項(166条)に瑕疵があったり、設立登記(188条)が無効であるなど、設立が法の要求に合致しない場合に限定される。

2 設立無効の訴えの出訴期間は2年以内である(428条1項)。また、出訴者も株主、取締役、監査役に限定されている(428条2項)。

また、無効判決の効果としては、対世効があり、遡及しない。会社にとっては解散に準じる効果があるので、会社は清算手続に入ることになる。

【論点】設立無効の訴え

以上

第 13 問 A

株主平等原則について説明した上で、株主平等原則が解釈上問題となる場合について論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

「ついて説明した上で」 何をどの程度書くか難しいから？

定義、法的根拠、内容、機能、要件、効果をおりまぜていくしかない

【論点】株主平等原則の意義・根拠・内容・機能

【論点】株主平等原則が解釈上問題となる例

解答例

一 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ついて、株式の数に応じて平等な取扱いを受けるという原則をさす。

2 株主平等原則の根拠・内容

株式とは、出資者の会社の持分を会社との関係に引き直したものである。そして、株式は均一で細分化されているから、株主は株式数に応じて平等に取り扱われることになる。

株主平等の原則は、具体的には、各株式の内容が原則として同一であること、内容が同じである限り同一の取扱いがなされるべきこととして現れる。

上の内容は、条文上も利益配当請求権（293 条）、残余財産分配請求権（425 条）、議決権（241 条）等の規定に現れている。

3 株主平等原則の機能と効果

このような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。そのような機能からすると、本原則違反の行為は無効であるとすべきである。

4 株主平等原則の明文上の例外

まず、内容の平等の例外として、議決権なき株式（242 条）の他、数種の株式（222 条）の存在が挙げられる。

【論点】株主平等原則の意義・根

拠・内容・機能

定義

根拠・内容

機能・効果

例外

一方、取扱の平等の例外として少数株主権の存在が挙げられる（232条ノ2 237条など）。一定数の株式の保有を条件としているから、株式の数に応じた取扱いをなしているとはいえないからである。

## 二 株主平等原則が解釈上問題となる場合

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、条文中規定されている場合のみならず、解釈上も問題となる。その場合、平等原則違反か否かは、平等原則が果す役割を考えて、形式的ではなく、実質的に判断すべきであると解する。

### 1 無配贈与

無配贈与は配当がないときに一部の株主に金銭を贈与するものであるから、実質的に一部の株主への利益配当というべきものである。

したがって、293条、株主平等原則のいずれにも反し、無効というべきである。

その結果、会社は受贈者に不当利得返還請求をできるし、無配贈与を決定した時点の取締役、監査役には責任追及ができる（266条1項等）。

### 2 株主優待制度

一定数の株式を有する株主に、営業上の便益を与える制度を株主優待制度と呼ぶ。

株主優待制度は、形式的には株主の取扱の平等に反する。というのも、一定数の株式に届かない株主には全く権利がないからである。

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。したがって、すべて無効とするのは行き過ぎである。

以上から、社会通念上軽微なものに限り、有効とすべきである。このようなものであれば、実質的にいって株主を害するものとはいえないからである。

### 3 日割配当

営業年度の途中から株主になった者への配当額を日割によって計算することは株主平等原則に反しないのか。

同じ株式なのに利益配当の額が少ないことからすると、株主平等原則に反しているかに見える。

【論点】株主平等原則が解釈上問題となる例  
判断基準

しかし、途中から株主になった者が出資した金銭は、日割の分しか会社の利益追及に貢献していないともいえる。そのような意味で、日割配当は、実質的な平等を図る措置ともいえるものである。

したがって、株主平等原則に反するとはいえない。

#### 4 株式の消却

会社存続中株式を絶対的に消滅させる行為である株式の消却は、会社財産の払戻というべきである。

株式会社においては社員への出資の払い戻しは原則認められていない。

したがって、一部の株主のみに出資の払戻を認める結論を避けるため、株主には募集・抽選などによって消却の機会を平等に与えるべきである。

#### 5 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り、それ自体の適法性に疑義はない。)

思うに、かかる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。とすると、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である。

したがって、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。

\* 従業員持株制度に伴う奨励金支給については、他に資本維持に反しないか、株主への資金供与の禁止(294条ノ2)に反しないかが問題となる。

\* 従業員持株制度については契約による譲渡制限との関係でも問題となる。

以上

### 第14問 B

額面株式と 無額面株式の異同について論ぜよ。

基礎点 21点

【論点】額面株式と無額面株式

額面株式についての記載 2点

無額面株式についての記載 2点

解答例

一 額面株式と無額面株式は、額面の記載の有無によって区別される。

無額面株式は株式数だけが記載されているから、会社に対する割合的地位だけを表章しているといえることができる。

二 1 株式の価値は額面の有無とは関係なく、全く同じである。それでは、現行法制上額面の有無はいかなる意味を持つか。

まず、その両者とも次に上げる点については取扱いが共通している。すなわち、設立時、一株あたりの価額を5万円未満で発行することは禁止されている(166条2項、168条ノ3)。また、抱き合わせ増資・株式分割をなす場合、一株あたりの価値は5万円未満にはできない(280条ノ9ノ2第1項)。

2 一方、取扱いが相違している点であるが、額面株式は額面未満の価額で発行することは許されない(202条2項)。したがって、新株発行時に、5万円未満の価額で株式を発行するには、額面の変更が必要になる。無額面株式ならかかる手続をせずとも、自由に発行価額が決定できる。

また、抱き合わせ増資・株式分割の際一株あたりの株金額が額面株式の券面額以下となるような発行は許されない。それでも、株式分割を行うには、定款変更による額面額の引き下げが必要である。無額面株式では、一株当たりの価値が5万円未満にならなければよく、それ以外の制限はない。

三 以上から、額面が資本の額の最低限を画しているということがいえる。したがって、株金総額を下回るような資本減少をすることは許されないと解する。

額面がかような役割を果たす反面で、無額面株式の方が、発行価額、特殊の新株発行などの場面で会社の自由がきき、便利であるといえる。株主にとって、商法上は額面があるか否かは特に不利益を及ぼすものではない。

【論点】額面株式と無額面株式  
額面株式と無額面株式の違い

取扱いの違い

共通点

相違点

まとめ

\* 明文がない点の指摘  
額面株式・無額面株式間の相互  
転換

そこで、一定の条件の下、会社からも株主からも相互転換をすることができる（213条）。  
以上

\*平成13年度商法改正案が成立し、株式の額面・無額面の取扱の区別がなくなることになりました。額面には何の意味もなくなるわけです。

試験には、早いと来年から範囲になる可能性があります。ただし、解釈が固まらないうちに試験に出題することは事実上難しいと思われるので、とりあえず来年は出題されないと思われます。改正されるということだけを知っておきましょう。

\*さらに設立時・株式分割時の5万円規制がなくなります。一株あたり純資産額が5万円でなければならないという規制は全くなくなるわけです。ただ、発行価額の二分の一を資本に組み入れるという規制は残るので注意して下さい。

#### 第15問 B

手形証券の効力の発生時期と 株券の効力の発生時期について論ぜよ。

基礎点 21点 各論点 2点

【論点】手形行為が成立するには手形の交付行為が必要か  
設権証券 証券の効力発生時期 = 権利の発生時期

【論点】株券の効力発生時  
非設権証券 証券の効力発生時期 権利の発生時期

#### 解答例

一 手形証券の効力の発生時期について

1 手形行為は書面行為である。したがって、手形債務の発生時期はそのまま手形証券の効力の発生時期となる。債権発生の有無は、善意取得の可否、差押の可否など様々な法律関係の結論に関わる問題である。

そこで、手形債務の発生時期が問題となる。

\*この点、手形取引の安全を強調し、手形作成行為のみで手形債務を負担するという見解がある。

しかし、混同の法理の排除、到達・発信主義の例外など民法に反する結論を条文上の根拠なく、認めべきでない。

したがって、民法の原則通り、手形の債務負担には、手形の作成に加えて、交付行為を要求すべきである。

【論点】手形行為が成立するには手形の交付行為が必要か

\*創造説

思うに、手形は客観的な財貨性を有するから、そのことを重視すべきである。

したがって、手形書面行為のみで手形債務が負担されると解するのが妥当である。その方が取引の

そして、手形債務の発生時期がそのまま手形証券の効力発生時期となる。

2 ただし、取引の安全を図る必要性がある。そこで、交付が欠けたまま流通した手形を取得した者は、権利外観法理によって保護されるというべきである。

そのような事故は例外的場合であるから、一般条項を用いるのに差し支えはないと解する。

3 権利外観法理の要件は外観の作出の帰責性、相手方の外観への信頼である。

このうちの帰責性については、手形の保管を怠った点に帰責性を認めるべきである。保管を怠っていない者を犠牲にしてまで手形取引の安全を図るのは妥当でないからである。

安全にも資する。

## 二 株券の効力の発生時期について

1 株券の効力が発生するか否かによって、株券の善意取得があるか、株券の差押が有効であるかなどの問題について結論が異なることになる。かように様々な法律関係に影響があるので、株券の効力発生時期が問題となる。

2 株券が表章する株式は、設立時は会社成立時、新株発行においては払込期日の翌日に効力が発生する(280条ノ9第1項)。しかし、株券は非設権証券なので、その効力の発生時期は、株式の効力発生時期とは独自に考えなければならない。

3 思うに、株券の発行には株主権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、株主の領域外において善意取得を認めるべきでない。

したがって、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。

【論点】株券の効力発生時

以上

## 第16問 B

会社法上、株主に認められた権利について概説した上で、中でも株主代表訴訟と

違法行為差止請求権について論ぜよ。

基礎点 17 点

【論点】株主の権利

固有権 2 点、その他の権利 2 点

【論点】株主による取締役への責任追及手段

手段（株主代表訴訟、違法行為差止請求権）ごとに 2 点

解答例

一 前段について

1 株主の会社への権利としては、大きく会社から経済的利益を受ける権利と会社の経営に参画する権利に分類できる。それぞれ自益権・共益権という。

2 株主の会社への権利は実質的に会社の持分権者であることから認められるものがある。これを、固有権と呼ぶ。

固有権には、所有権の使用・収益権能に対応して、共益権にあたるものと自益権にあたるものがある

自益権とは、株主が会社から経済的な利益を受けることを目的とする権利である。具体的には利益配当請求権（293 条）、残余財産分配請求権（425 条）が認められている。

一方、共益権は株主が会社の経営に参加することを目的とする権利であり、具体的には議決権（241 条）が認められている。

また議決権を確実に行使するため、招集通知を受ける権利（232 条 1 項）、総会において説明を求める権利も認められる（237 条ノ 3）。

3 さらに、固有権ではないが、様々な理由から株主に認められている権利がある。

例えば、新株引受権が挙げられる。新株発行がなされると、一次的に株価が下がる上に、持株比率も減少することになる。このような不利益を従来の株主に回避させるために認められる制度である。

ただし、新株引受権を株主に与えるか否かは、例外を除き取締役会が自由に決定することが可能である（280 条ノ 2 第 1 項 5 号）。株式会社は一般に大規模経営が予定されているので、新株発行による支配比率の変更が問題にならない程度にとどまることが多い。

【論点】株主の権利

自益権・共益権

固有権の問題

そのほかの株主の権利

これが新株引受権が株主の一般的権利とされていない理由である。

さらに、少数株主権が株主に認められる。その趣旨は、少数株主の多数決からの保護、取締役の専横を防ぎ、会社経営にある程度の意思を反映するなどの意味がある。

その具体例は、株主総会の招集請求権（237条1項）、株主代表訴訟の提起権（267条）、株主による違法行為差止請求権（272条）などである。

## 二 後段について

### 1 株主代表訴訟について

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（267条）。

取締役間の関係は馴れ合いになりがちであるし、上役である、代表取締役のような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（275条ノ4）。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、6月前から株主であること、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などである（267条1項2項3項）。

本制度は、これを株主が利用しやすいように、いくつかの工夫がされている。

まず、訴訟の手数料は一律8200円（267条4項、民事訴訟費用法）ですむ。さらに、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。逆に敗訴した場合も、悪意ない限り株主は損害賠償責任を負わない（以上268条ノ2）。

### 2 株主の違法行為差止請求権について

6月前から引き続き株式を有する株主は法令・定

【論点】株主による取締役への責任追及  
株主代表訴訟

違法行為差止請求権

款に違反し、会社に「回復スベカラザル損害」を生ずるおそれがある行為の差止を請求できる（272条）。

差止請求は代表訴訟提起とは異なり、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。

ただ、監査役による違法行為差止請求が「著シキ」（275条ノ2第1項）損害が生ずる虞がある場合に認められることに対し、より要件が厳格になっている。

3 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であれば差止の対象となる。

以上

#### 第17問 A

株式譲渡自由の原則の例外として、自己株式の取得が禁止される理由と、自己株式取得の禁止に触れる場合および効果を論ぜよ。

基礎点 17点 各論点 2点

【論点】株式譲渡自由の原則の根拠

【論点】自己株式の取得の禁止

自己株式取得の禁止にあたるかが問題になる場合 【論点】第三者名義の株式取得

【論点】自己株式取得の効果

#### 解答例

一 自己株式取得禁止の理由

1 株式には自由譲渡性が認められる（204条本文）。

物的会社では社員と会社との関係が希薄であるから、誰が社員であっても構わない。

また、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。それに対応した資本維持の要請から、社員の出資金は払込まれたら返還されない。ここで、株主には投下資本回収の方法を認める必要がある。

ここに、唯一の資本回収手段として、株式には自由

【論点】株式譲渡自由の原則の根拠

譲渡性が認められるのである（204条本文）。

2 それでも、自己株式の取得が原則的に禁止される（210条）理由は何か。

自己株式の取得は、論理的になしえないものではない。さもないと、自己株式取得の例外が認められていることが説明できないからである（210条など参照）。

結局、自己株式の取得が禁止されている理由は政策的理由に基づくものであり、次の通りである。

3 まず自己株式の取得は実質的な会社財産の払戻を意味するから、これを許せば資本充実・維持に反する結果となる。また、一部の株主にのみ払戻しを認める結果は、株主平等原則に反する。

一方、会社の金銭で株式を買い入れることで、取締役による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。

以上、自己株式の取得には様々な弊害があるので、現行法上禁止の対象になっている（210条）。

## 二 自己株式の取得禁止に触れる場合

1 会社の名義で自己株式が取得された場合、これが禁止に触れることは疑いがない。

問題は、第三者名義ながら、会社の計算で株式が取得された場合、自己株式の取得禁止に触れるか。

2 思うに、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。そこで、この点は名義にはこだわらず、実質関係も考慮して決すべきである。

したがって、これも自己株式の取得の禁止にあたると解する。

## 三 自己株式の取得禁止に触れた場合の効果

1 自己株式の取得に違反した取引の効力は、上記弊害からすると、一般的に無効とするのが原則である。

ただし、会社のみが無効を主張でき、株主側は無効主張できない。自らの行動と矛盾する主張を認め

【論点】自己株式の取得の禁止

【論点】第三者名義の株式取得

【論点】自己株式取得の効果

る必要はないからである。また、会社の金銭の返還請求は不法原因給付（民法 708 条）では妨げられない。

2 また、前段のように第三者名義ながら、自己株式取得の禁止に触れる場合、かかる取引の効力については、株式譲渡人の取引の安全を考慮することも必要である。

したがって、株主が会社の計算によることについて善意の場合は、取引は有効となると解する。

以上

#### \* 子会社による親会社株式の取得

子会社による親会社株式の取得はなぜ禁止されるか（211 条ノ 2）。

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。以上のような理由から、子会社による親会社株式の取得は禁止されるのである。

#### 第 18 問 A

自己株式の取得禁止の例外と、例外を認める際に採られる、弊害を防ぐための方策について論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

【論点】自己株式の取得禁止の例外

・実際の答案では、自己株式取得の禁止の根拠から書いた方がよい

【論点】自己株式取得の弊害防止策

#### 解答例

##### 一 自己株式取得禁止の例外

1 法律上の例外としては、株式の消却のため（210 条 1 号）になす場合がある。これは、定款の定めその他、定時総会の決定による消却の場合がある。

【論点】自己株式の取得禁止の例外

また、合併・営業全部の譲受によるとき（210条2号）、権利の実行に必要なとき（210条3号）、株式買取請求権が行使された場合（210条4号）に自己株式の取得が認められる。

2 さらに、使用人・取締役への譲渡のための自己株式取得が認められる（210条ノ2）。使用人への福利厚生やストックオプション制度の実現のためである。

加えて、株式の定款に譲渡制限がある会社において、株式の相続人から取得するとき（210条ノ3）会社自身が譲渡の相手方になったとき（204条ノ3ノ2）の双方において、自己株式の取得が認められる。譲渡制限がある閉鎖会社の特性に配慮したものである。

3 一方、解釈上の例外として、無償取得、他人の計算による自己株式の取得、自己債務の消滅のための自己株式の取得は認められる。いずれも、会社の資本充実に害しないからである。

改正法によるもの

解釈上の例外

## 二 弊害防止策について

1 210条1号及び、210条ノ2以下では、配当可能利益をもって自己株式を取得するものとされている（212条1項など）。資本充実に害しないためである。さらに、取得可能な株式総数は発行済株式総数の10分の1以下と、数量規制が設けられている（210条ノ2第3項）。

2 (1)さらに、自己株式の議決権が停止される（241条2項）。他の共益権も認めるべきでない。会社が自身の共益権を行使するのは自己矛盾だからである。

(2)それに対して、自益権はどうか。

まず、利益配当は認められない（293条但書）。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。

また、残余財産の分配も認められない。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。

以上に対して、新株の割当てを受ける権利は認めるべきである。株式の価値を維持し、会社財産を守

【論点】自己株式取得の弊害防止策

取得自体の規制

権利の停止

【論点】自己株式の自益権・共益権

る必要性があるからである。

とはいえ、会社がこれを行ってさらに新株を取得することはできない。保有する自己株式の数を増やす結論は認められないからである。会社は新株引受権付きで株式を譲渡するか、新株引受権自体を譲渡することで利益を回収することになる。

3 自己株式保有の状態は速やかに解消すべきである。したがって、消却の場合は遅滞なく株式を失効させる必要があるとされる(211条)。

また、使用人・取締役への譲渡の場合は、原則として6月(211条)、ストックオプション制度実現の為の場合には、10年以内に譲渡しなければならない(210条ノ2第4項)。

4 最後に、消却の際には取引所取引に準じる方法で取得させるか(212条ノ2第4項、210条ノ2第10項)、株主総会の特別決議が必要とするか(212条ノ2第4項、210条ノ2第7項)いずれかの規制に服する。

特別決議にあたっては売主の議決権は排除され、総会での理由開示が求められる。他の株主は書面をもって自己を売主に追加することを請求できる(212条ノ2第4項、210条ノ2第9項)。

また、使用人・取締役への譲渡のための取得の際にも、定時総会の決議が必要である(212条ノ2第2項)。

5、自己株式の取得には、さらに証券取引法による規制がなされている。また、欠損発生時には取締役が賠償責任を負う(210条ノ4)。

以上

自己株式保有状態の解消

そのほかの弊害防止策

\*平成13年度商法改正案が成立し、金庫株＝自己株式の取得制限が大幅に緩和されることになりました。試験には、早いと来年から範囲になる可能性があります。ただし、解釈が固まらないうちに試験に出題することは事実上難しいと思われるので、とりあえず来年は出題されないと思われます。改正されるということだけを知っておきましょう。

・ポイント

自己株式取得の要件が、定時総会の決議があること、配当可能利益、もしくは利益準備金を取り崩した額の範囲であること、の二つに整理されます。あんな場合、こんな場

合に自己株式が取得されるというような面倒くさいことは覚えなくてよくなります。条文も大幅に整理されます。

しかも、自己株式を消却・処分するなどの義務もなくなります。早い話覚えることが大幅に減るわけです。

そのかわり、株価操作、インサイダー取引が行われることを防止するため、証券取引法が改正されました。

## 第 19 問 A

- 1 株式の定款による譲渡制限と 違反の効果、及び 譲渡制限がなされる場合の株主の投下資本回収の手段について論ぜよ。
- 2 契約によって株式の譲渡制限をすることは可能かについて論ぜよ。

基礎点 17 点      それぞれ 2 点

【論点】定款による譲渡制限、【論点】譲渡制限の効果

【論点】契約による譲渡制限

### 解答例

一 小問 1 について

1 定款による譲渡制限とその違反の効果

株式の譲渡には取締役会による承認を要するとの定めを定款におくことができる（204 条但書）。

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。

それでは、譲渡制限違反の効力について、いかに解すべきか。

思うに、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、株式の譲渡は自由であることが原則である。204 条ノ 5 が譲受人からの買受権者指定請求を認めていることは、譲渡契約自体が無効ではないことの現れといってよい。

したがって、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過ぎないと

【論点】定款による譲渡制限  
内容

趣旨

【論点】譲渡制限の効果

解する。

## 2 譲渡制限がされた場合の投下資本回収の方法

株式の譲渡は、会社存続中の出資の払戻が原則として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。したがって、株主保護の方策も講じる必要がある。

そこで、株主からの譲渡の承認請求について、会社の取締役会は請求から二週間内に回答をすることが義務づけられる（204条ノ2第3項）。回答として承認または買受権者の指定のいずれかをなさねばならない。法定の期間内に回答がない場合は承認したものとされる（同条第4項）。

なお、6年度改正で会社自身を買受権者に指定できることになった（204条ノ3ノ2）。

### 二 小問2について

1 「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（204条本文）。

2 この点、会社と株主との間にかかる契約を締結する場合は、譲渡制限は204条1項の脱法行為であるともみえる。

しかし、契約による制限は、個々の株主の現実的な承諾がある。また、かかる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を拘束するものではなく、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、かかる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。

とすると、契約自由の原則からして、かかる譲渡制限契約の締結も有効であると解する。

## 投下資本回収の方法

### 【論点】契約による譲渡制限

以上

第 20 問 B

- 1 Aは甲株式会社の株式を引き受け、金銭の払込みをした。ところが、Aの再三の請求にもかかわらず、甲社は株券の発行をしようとしな<sup>い</sup>い。  
この場合Aは 株式を譲渡できるか。
- 2 Bは乙株式会社の設立に際して、株式の引受人となった。Bはこれを会社設立の前に譲渡することはできるか。

基礎点 19点 各論点 2点

【論点】株券発行前の譲渡制限

趣旨 会社の事務処理の便宜（誰が株主であるか覚知できなくなることを防ぐ）

【論点】株券発行遅滞中の株式譲渡

株券の発行 会社による流通を認める旨の意思表示

これがない限り譲渡できないのが原則

【論点】権利株の譲渡制限

解答例

一 小問1について

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。「株券ノ発行前」(204条2項)の株式譲渡は禁じられているので、問題となる。

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。ここで譲渡を制限すれば、会社は当初の株式引受人を株券発行時点での株主と一律に考えて発券事務を進めることが可能になり、株券発行事務の円滑化が図られる。

したがって、違反した取引の効力は、会社には対抗できないが当事者間では有効であるというべきである。会社から譲渡の効力を認めることもできると解する。

2 さらに、会社が株券発行を遅滞している場合、積極的にAを保護することはできないか。

204条2項は会社保護の規定である。しかし、発

【論点】株券発行前の譲渡制限

趣旨 会社の事務処理の便宜(誰が株主であるか覚知できなくなることを防ぐ)

【論点】株券発行遅滞中の株式譲渡

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保護する必要がない。

したがって、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解する。「株券ノ発行前」（204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。

以上から、会社が株券発行を遅滞している場合、Aの株式譲渡の効力は認められる。

## 二 小問2について

1 本件では会社の成立前であるから、Bは株式引受人としての地位を取得しているに過ぎない。かような株式成立前の株式引受人の地位を権利株という。

権利株の譲渡は商法上認められていない（190条、280条ノ14）。

2 権利株の譲渡制限の趣旨は、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ことを防ぐためである。

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、その後株券が遅滞なく発行されることが会社に義務づけられている。したがって、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ので、かかる制限も許容される。

3 こ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。したがって、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過ぎず、譲渡の当事者間では有効である。一方で、会社から譲渡の効力を認めることもできると解する。

したがって、本件Bの譲渡は、相手方との関係では有効である。また会社がかかる譲渡を認めれば会社との関係でも有効になる。

以上

【論点】権利株の譲渡制限

趣旨

譲渡制限の範囲

結論

株主名簿制度及び 206 条 1 項の趣旨を論じた上で、株主名簿の名義を書き換えていなくても、株主から会社に権利行使を積極的に認めさせることができる場合がないかについて検討せよ。

基礎点 19 点 各論点 2 点

【論点】株主名簿の意義・機能

【論点】株主名簿の名義書換 端的に趣旨を論じればよいだろう  
名義を書き換えていなくても権利行使ができる場合

【論点】名義書換の不当拒絶

解答例

一 株主名簿制度の趣旨

株主名簿（223 条）とは、株式及び株券に関する事項を明らかにするための帳簿である。

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、集団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。

一方、株主は権利行使の機会を逃さずに済むし、株券不所持制度を実現できる。

株主にとって、株主名簿の記載は株券の呈示に代わるものとされる。具体的には、確定力、資格授与的効力、会社の免責力などである。

【論点】株主名簿の意義・機能

二 1 株主が権利行使するためには名義書換が必要である（206 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。

思うに、206 条 1 項の趣旨は集団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は会社の義務である。かかる義務を怠り、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できるというべきである。

2 では、名義書換の不当拒絶といえるか否かをい

【論点】名義書換の不当拒絶

【論点】株主名簿の名義書換

不当拒絶か否かの判断方法

かに判断するのか。

思うに、株券の所持者は株主と推定される（205条2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、名義書換の拒否は全て不当拒絶になると解する。

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。

3 かように解するのは会社にとって酷に見える。しかし、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も免責される（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。

この免責力によって、スムーズに会社が名義書換に応じることを可能になり、ひいては株式の取得者およびその流通を保護することになる。

以上

#### \*参考 株主名簿の閉鎖と基準日

株主名簿の閉鎖とは、一定の期間、株主名簿の書換を認めないことであり、基準日とはその時点で株主名簿に記載されている者に権利行使を認める制度である（224条ノ3）。

いずれも、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。

理論的には基準日を設定すれば名義書換を停止しなくてよい。しかし、現実には株主確定などの事務処理上の必要性から併せて名簿も閉鎖しなければならない。

逆に、閉鎖期間中にも新株が発行された場合には閉鎖期間中でも新株主は名簿に記載される。したがって、株主名簿の閉鎖の制度のみでは目的を達成できないので、基準日の設定を併用するのが現実である。

以上

#### 第22問 A

Aは甲株式会社の株主Bから、株式を譲り受けたが、名義書換が終了しないうちに、利益配当及び新株引受権の割当が行われた。

- 1 甲会社は利益配当・新株の割当をAに対してなすことはできるか。
- 2 上記の権利を行使する機会を奪われたAは、Bに何が請求できるか。

基礎点 20点

【論点】失念株主の権利行使について

利益配当分 株式の譲渡人に請求できるか。(1点)

新株自体の引渡 何らかの利益 株式の譲渡人に請求できるか。(2点)

会社が株式の譲受人に権利行使を認めうるか。(2点)

解答例

一 小問1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得ないのが原則である(206条1項)。

名義書換未了の株主に会社から権利行使を認めうるか

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。

2 思うに、「会社ニ対抗スルコトヲ得ス」(206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過ぎないから、会社がかかる利益を放棄することを認めても構わないはずである。

したがって、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、この場合は会社は誤って権利行使を認めても免責されないことになる。

3 本問でも、甲がAに自己の危険の下に権利行使を認めることは可能である。

二 小問2について

1 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、譲受人はかかる譲渡人に何か請求できないか。

2 まず、株主は誰であるか。

思うに、株券の譲渡は当事者の契約と交付のみでなしえ、名義書換は会社に権利主張をするための要件に過ぎないはずである。したがって、株主は譲受人とみるべきである。

株主が権利を取得できるはず

ここに、利益配当を受ける権利は株主の固有権である。とすると、利益配当が譲渡人になされた場合、株主の固有権が侵害されているといえる。

したがって、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いうべきである（民法 704 条）。

利益配当について

3 (1) 一方、新株引受権が譲渡人に与えられた場合を考える。

新株引受権について

まず、新株引受権は株主の権利か。

この点、新株引受権を株主に与えるか否かは、例外を除き取締役会が自由に決定できる（280 条ノ 2 第 1 項 5 号）。したがって、新株引受権は株主の固有権ではない。

しかし、かかる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、新株引受権はいったん与えられた限り、重大な株主の権利というべきである。

したがって、引受権者は株主たる譲受人である。

(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。

思うに、譲渡人の危険において、譲受人が株価値下がりのリスクを回避することは認められない。また、名義書換を怠っている者をそこまで保護する必要性は低い。

したがって、譲渡人の引受前に引受権行使の意思表示をなした場合のみ、株券の引渡を請求できると解する。もしもかかる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 704 条）がなせる。

(3) それでは株券の引渡が認められない場合は何も請求できないのか。

思うに、譲渡人は増資含みの高値による株式譲渡

をなしている一方で、新株引受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。

したがって、不当利得返還請求ができる（民法 703 条）。これは現存利益の範囲で請求できるに過ぎない。すなわち、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点に留意すべきである。

かかる結論は、株価値下がりのリスクを譲受人に不当に回避させることが防止でき、妥当である。

本件 A も上記の条件の下、B に不当利得の返還請求ができることになる。

以上

## 第 23 問 B

株式の併合または 分割と 資本との関係について論ぜよ。

### 株式の併合

まずは定義、次に内容、資本との関係を説明する。

内容は覚えていないとどうしようもなさそうだが、ヒントはある。

定義・内容・資本との関係

やっぱり定義

と、との関係を述べるのだから、から書き始めるのがセオリー。

基礎点 16 点 それぞれの定義 1 点、関係についての論述 2 点

### 解答例

一 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、かかる資本と株式の併合または分割との関係について以下説明する。

二 株式併合と資本との関係

1 株式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。

かかる株式併合は、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。したがって、株主全員の同意が

資本の定義

株式併合の定義

ない限り、条文上定められた場合以外は併合を行えないと考えるべきである。

2 そして、条文上は次の三つの場合に併合を行えるとしている。すなわち、1株あたりの純資産額を5万円以上にする場合(214条以下)、資本減少の場合(377条1項) 合併する場合(416条3項)である。

併合ができる場合

特に、昭和56年度改正にて、1株の単位が5万円とされた。はこれに伴い容易に1株の単位を引き上げうる方法を講じたものである。

3 株式併合は株式数を減らして、1株あたりの純資産額が引き上げられるのみである。なので、併合のみが行われても資本額は減少しない。その現れが右の場合である。

資本と併合の関係  
原則として関係がない

しかし、の場合は厳格な資本減少手続を伴う。そこで、併合と同時に資本減少が生じることもありうるのである。

### 三 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。

株式分割の定義

株式分割は株式数を増やして1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。

資本と株式分割は関係なし

2 もっとも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る。この範囲において株式分割をせねばならない限りで、株式分割と資本額は関係しているといいうる。

例外的な事由

3 なお、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み入れに伴う無償交付が規定されていた。

自分の説明を補強する説明  
加点事由

しかし、これらはそれぞれ、株式分割と利益の資本組入、利益・法定準備金の資本組入を組合わせたものである。そこで、2年改正では右二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。

以上

第 24 問 B

端株と単位未満株の共通点と相違点について論ぜよ。

基礎点 20 点

【論点】端株と単位未満株の違い

共通点(2点)、相違点(3点)

解答例

一 端株と単位未満株の共通点について

端株は一株の 100 分の 1 の整数倍をなすものであるから、完全な株式ではない。また、単位未満株は形式的には完全な株式であるが、本来は端株となるべきものであり、実質的には完全な株式ではない。法も後述のように、完全な株式とは異なる取り扱いを定めている。

このようにいずれも完全な株式でない点が共通する。

二 端株と単位未満株の違いについて

1 単位株制度は一株 5 万円に法定の一株あたりの最低額が引き上げられたことに伴う経過措置である。一方、端株は、出資単位の引き上げによって端数が無視できなくなったことから認められた制度であるから、これ以降も存続する制度である。

このことは前者は附則(昭和 56 年度附則 18 条)に規定されているが、後者は商法典に規定されている(230 条ノ 2)ことにも現れている。

すなわち、端株は完全な株式ではないが、単位未満株は完全な株式であるということになる。また、単位未満株主も法改正前は、完全な株主であったわけだから、その権利は可及的に保護すべきである。

そこで、単位未満株式には、自益権がより強く保障される。具体的には、端株では定款の定めがなければ利益配当等、自益権の行使が認められない(230 条ノ 5)が、単位未満株では自益権の行使を当然に認められる(同改正附則 18 条 1 項)。

2 (1)一方、単位未満株は経過措置であり、将来に向かって消滅させるべきものである。したがって、その

共通点について

完全な株式ではない点が共通する

相違点について

制度趣旨から異なる

法形式上の相違点

制度趣旨・法形式の違いから導

増加は可及的に防ぐ必要がある。商法上もそれに対応される相違点  
した取扱いがされている。

まず、端株券の発行請求は、定款で反対の定めがない限り、認められる（230条ノ3）が、単位未満株式の発行は原則として許されない（同附則18条2項）。

また、端株は自由に譲渡できる。もっとも、名義書換請求は端株原簿の書換も含めて認められない。名義書換を受けるには端株を集めて、完全な株式を取得しなければならない（230条ノ8）。

株主となれば、名簿に記載される。

これに対して単位未満株では、既に株主名簿上の名義人への名義書換のみ認められる。

(2)ただし、上記措置には株式譲渡の自由を制約し、投下資本回収の途を閉ざすことになりかねない危険性がある。そこで、単位未満株では会社への買取請求が認められる（同附則19条）。

一方端株も、端株券が発行されない限り、その譲渡はできない。この場合は会社への端株の買取請求ができる（230条ノ8ノ2第2項）

以上

\* 「単位株制度」を廃止し、企業が売買単位を自由に決められる「単元株制度」を導入する商法改正が成立しました。平成14年に施行されるので、試験には来年から出る可能性はあります。ただし、改正されてすぐの条文については、解釈が固まっていないので出題は事実上出来ないと思います。とりあえず、本問は無視してよいということだけ知っておきましょう。

「単元株制度」... 売買単位を企業が自由に設定することを認めようとするもの  
売買単位を引き下げることにより、個人からの投資を促すことが期待できる

\* 端株にも利益配当をすることが原則化されます。

\*

## 第25問 A

269条の趣旨、及び適用範囲について論ぜよ。また、株主総会は報酬額の決定を取締役に委任することができるか。

基礎点17点 各論点2点

【論点】取締役の報酬

【論点】報酬の意義

【論点】使用人兼取締役の報酬

【論点】報酬額の決定を取締役会へ委任できるか

解答例

一 269条の趣旨

取締役の報酬の決定は、本来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。

【論点】取締役の報酬

二 269条の適用範囲

1 賞与は「報酬」(269条)か

思うに、賞与も職務執行の対価である。したがって、報酬の一形態であり、総会決議が必要であると解する。

【論点】報酬の意義

ただ、利益処分の一つとして行われる限りは、株主総会の承認決議も必要であると解する(283条1項)。

2 退職慰労金は「報酬」(269条)か

思うに、退職慰労金は労働協約などによって支払規定がある場合は、報酬の後払的性格を有する。

また、将来の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、お手盛りの危険性も認められる。

したがって、退職慰労金も報酬にあたり、総会決議を経る必要があると解する。

3 さらに、使用人兼取締役は、使用人として及び取締役として給与を受ける。後者は株主総会の決議事項であるが(269条)、前者もまた株主総会の決議事項か。

【論点】使用人兼取締役の報酬

思うに、269条の趣旨は取締役のお手盛りの危険発生防止にある。

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。

したがって、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解する。

### 三 取締役会への委任について

株主総会は取締役の報酬を決定することができる(269条)。これを、株主総会は取締役会に包括委任することはできるか。

前述の通り、269条の趣旨はお手盛りの危険の防止にある。

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。したがって、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。

(さらに、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。したがって、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解する。)

以上

【論点】報酬額の決定を取締役会へ委任できるか

## 第26問 A

1 定款によって、株主総会決定事項についていかなる程度まで拡張できるかについて論ぜよ。

2 株主総会の決定事項であるにもかかわらず、これを欠くままなされた代表取締役の行為についてその効力をどのように考えるべきか。

基礎点 18点

前段 【論点】株主総会の決定可能事項の拡張

総論(2点)、各論 = 代表取締役の選任権(2点)

後段 必要な株主総会決議を欠く代表取締役の行為の効力

- ・会社の内部事項、第三者に対する行為、広く社会に対する行為
- それぞれ1点ずつ

解答例

一 小問1について

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(230条ノ10)。所有と経営の分離の現れである。

【論点】株主総会の決定可能事項の拡張

しかし、定款によって株主総会の決議事項を拡張できる(230条ノ10)。それでは、拡張できる事項に制限はないのか。

総論

思うに、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過ぎない。

したがって、会社の本質・強行法規に反しない限り総会決定事項にできるというべきである。

2 事柄の性質上株主総会決議の決定事項にできない事項としては、株主総会の招集、業務執行全ての決定権限などがある。

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について争いある。

各論 = 代表取締役の選任権

これを決定事項とできるとすれば、取締役会の監督機能を害すとも考えられる。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。

したがって、代表取締役の選任権を株主総会に与えることは可能と解する。

二 小問2について

1 決議が無効の場合や、取消された場合、株主総会決議が存在しない場合がありうる。これらの場合、株主総会決議が必要であるにもかかわらず、これ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解すべきか。

必要な株主総会決議を欠く代表取締役の行為の効力 ~ 総論

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。

2 (1)まず、営業譲渡など(245条)、法令によっ

会社の内部事項

て株主総会の決議とされている事項について、代表取締役が行為をした場合は第三者に対しても無効というべきである。これはその重要性に鑑みて、株主総会の決議事項と法定されたのである。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、第三者の保護に鑑み、民法 54 条から善意の者には会社は無効主張できないと解する。

第三者に対する行為

(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。

広く社会に対する行為

ここに、株主総会決議を欠くことは重大な法令違反には当たらないと解する。株主などに発生する損害は取締役への責任追及などによって回復できるからである。

以上

## 第 27 問 B

取締役会と株主総会との手続上の相違について、問題となる点とあわせて論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 1 点

【論点】取締役会と株主総会との手続上の相違

【論点】議決権の代理行使

相違点 2 点

解答例

## 一 総論

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(254条3項、民法644条)、忠実義務(254条ノ3)などを負う者である。

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

## 二 招集手続について

株主総会の招集通知は開催の二週間前に発しなければならない(232条)。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(232条2項、245条2項等)。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、招集通知は一週間前に通知を発すればたり、短縮ができる(259条ノ2)。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はない。招集手続を省略することも可能である(259条ノ3)。

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。したがって、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。

## 三 議決方法について

1(1)一方で、株主総会では書面による決議・代理行使が認められる(商法特例法21条ノ2 239条2項)。株主にとって議決権行使は権利であるから、できる限りかかる権利を行使できるようにすべきだからである。

なお、代理人の資格を株主に限るとの会社内部の定め有効性が問題とされる。総会屋対策などの必要性があるから、法が定めた代理行使できる権限を不当に制約するなどの事情がない限り有効としてよいと解する。

【論点】取締役会と株主総会との手続上の相違

【論点】議決権の代理行使

(2) 一方、取締役会において取締役がか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、書面による決議、持ち回り決議などは認められない。

2 また、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(343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

3 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、取消の対象(247条1項3号)となるに過ぎない。株主は実質的な会社の所有者であるから、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。

以上

## 第28問 A

1 瑕疵ある取締役会決議の効力及びその決議にしたがってなされた代表取締役の行為の効力について論ぜよ。

2 甲株式会社の代表取締役Aは、その営業部門の一つを他者に譲渡することを計画した。かかる譲渡を適法になすには、この場合、Aはいかなる手続を踏む必要があるか。

### 基礎点 18点

【論点】取締役会決議の瑕疵 総論(2点)、各論(1点)  
決議にしたがってなされた代表取締役の行為の効力(1点)

重要な財産・営業 取締役会の決議が必要(1点)

商法上の手続 取締役会の決議の他株主総会決議も必要になる可能性あり

【論点】25条の営業譲渡と245条の営業譲渡

## 解答例

### 一 小問1について

1 取締役会決議に瑕疵がある場合について、決議の効力がどうか明文はない。

したがって、このような場合は一般原則により当然無効となると解する。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。

これを踏まえ、一部の取締役に招集通知が漏れた結果、出席がなされなかった場合どのように解すべきか。

思うに、手続に瑕疵がある場合であるから、無効というべきである。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解する。

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。

2 それでは、無効な取締役会決議に基づく代表取締役の行為の効力をいかに解すべきか。

この点については、事例ごとに会社の利益と第三者の利益を比較衡量して決するのが妥当である。

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

他方通常の取引、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相手方の悪意を立証しない限り無効を主張できないというべきである。

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。法的安定性を重視する必要があるからである。

ここで、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そこまで重大な瑕疵とはいえない。

したがって、新株発行、社債発行は一律有効というべきである。

### 二 小問2について

1 まず、Aは取締役会の決定を得なければならない。取締役会は、重要な財産の処分及び譲受、多額の借

【論点】取締役会決議の瑕疵  
総論

各論

代表取締役の行為の効力

重要な財産・営業 取締役会の

財（260条2項1号・2号）をなすか否かの決定権があるからである。

か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べきである。

本問で譲渡の対象になるのは営業部門の一つであるから、これは甲会社にとって間違いなく重要な財産にあたると思われる。

2(1) 次に、株式会社が営業譲渡をなすには、株主総会の特別決議が必要とされる（245条）。そこで、かかる決議が必要か否かの判断のため、「営業ノ...譲渡」（245条）の意義が問題となる。

(2) 思うに法解釈の明確性を図るには、同一の用語については、同一の意味を有すると解するのが妥当である。

また、決議を欠く取引の効果は株主保護のため、絶対無効である。取引の安全を図る必要を考慮すると、意義を明確にする必要性はなおさらある。

したがって、25条の営業譲渡と245条の営業譲渡は同一意義を有すると言うべきである。

すなわち、営業譲渡とは、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営業活動を承継し、譲渡人が競業避止義務を負う結果となるものをいう。

(3) 本問で、譲渡の対象となった営業部門が上のような要件を満たすならば、Aは株主総会の特別決議（343条）が必要となることになる。

以上

【論点】25条の営業譲渡と245条の営業譲渡

## 第29問 A

1 取締役が会社に対して負う各種の義務の関係及び 義務違反があった場合に会社が取締役に責任を追及する方法・要件について問題となる点を論ぜよ。

2 Aは取締役会の承認を得て、自己が代表取締役を務める甲株式会社と取引をした際、振出人を会社名義、自己を受取人として手形を振り出した。

手形振出についてAは取締役会の承認を得ていないものとして、かかるAの行為は適法か。違法とすればその効力をいかに考えるべきか。

基礎点 17点 各論点 2点

【論点】善管注意義務と忠実義務

【論点】取締役の損害賠償責任の内容

【論点】利益相反取引と手形行為

【論点】265条違反の効果

解答例

一 小問1について

1 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(254条3項)から、取締役は会社に対して善管注意義務を負う。

また取締役は忠実義務も負うとされている(254条ノ3)。この点争いあるも、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解する。

さらに、他の競業避止義務(264条)、及び利益相反取引の禁止(265条)など会社利益を守るための他の責任が会社法上規定されている。

このような規定は、忠実義務を補完する役割を果たすものと解すべきである。

2(1)次に、義務違反をなした取締役がどのように扱われるかについて述べる。

まず、株主総会による解任をなす方法がある(257条1項)。

株主総会において、不正行為をなした取締役が解任されない時、一定の条件を満たした後、株主は裁判所に解任請求ができる(257条3項)。

(2)さらに、取締役は損害賠償責任を負う(266条)。

ここで、266条1項各号の責任は、過失責任か無過失責任か。

思うに、一般原則によれば(民法415条)過失責任が原則である。あえて法が取締役の責任として定めていることを重視するならば、この原則の特則を定めたものとみるべきである。

具体的には、資本充実に反する場合は、事の性質上、無過失責任にすべきである(1号)。

また、2号から4号の場合も無過失責任である。会社財産の減少をきたす典型的場合として、法がわ

【論点】善管注意義務と忠実義務

【論点】取締役の損害賠償責任の内容

わざわざ特定して定めているからである。

一方で、5号は一般的、包括的規定であるから、過失責任とすべきである。

なお、取締役の責任の免除については、原則総株主の同意が必要である(266条5項)。例外は6項の場合である。

## 二 小問2について

1 Aの行為は取締役会の承認を得ていない。このようなAの手形振出行為は、利益相反取引(265条)として違法ではないか。

利益相反があるか否かの判断基準が問題となる。

思うに、利益相反取引の禁止の趣旨は会社の利益保護にある。したがって、本条の解釈にあたっても上記趣旨に適合するように解釈すべきである。

すなわち、本条列挙事由にあらずとも、取締役と会社との利益が相反する行為はすべて本条の対象になる。

2 では、本問のように原因関係が265条に反しない場合、会社との手形行為のみが利益相反取引にあたりうるか。

思うに、手形行為は原因関係とは別個の新たな債務負担である。また、立証責任が加重され、抗弁が切断されるなど、支払義務の内容が厳格である。

したがって、手形行為は利益相反取引にあたる可能性があるとする。

【論点】利益相反取引と手形行為

3 それでは、利益相反取引とされる場合、Aの手形振出行為の効力をいかに解すべきか。

思うに、利益相反取引にあたる場合、手形行為の効果は原則無権代理に準じて考えられる。

しかし、取締役会の承認があるか否かを、外部から判断するのは難しい。したがって、原則無効とすれば、手形取引の安全を不当に害する。

そこで、会社が相手方の悪意を立証しなければ無効主張できないというべきである。その際の相手方の悪意の対象は、利益相反取引であることに加えて、

【論点】265条違反の効果

取締役会の承認決議を欠くことであるというべきである。

一方、取締役であるA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。

以上

### 第30問 A

下着販売業を営む 甲株式会社の取締役Aは、甲株式会社が営業展開するX県の隣の県において、自ら資金を出して、婦人服販売業をBに開始させた。この場合、甲株式会社は誰にいかなる請求をなしうるか。

基礎点 19点 各論点 2点

下着販売業、婦人服販売業 当てはめに使う

取締役の負う義務 Aは類似の事業を始めているので【論点】競業避止義務違反？

【論点】会社への取締役の責任、【論点】介入権の法的性質・効果

要件事実の認定に使う

### 解答例

一 1 取締役は取締役会の承認ない限り、「自己又ハ第三者ノ為ニ」「会社ノ営業ノ部類ニ属スル取引」を行ってはならない(264条)。

本問Aの衣料販売業が、上の制約にあたるものか。

2 各要件の意味は、会社に損害を発生させることを防止する趣旨から解釈すべきである。

まず、「自己又ハ第三者ノ為ニ」の意義は、名義人を問わず、自己又は第三者の計算においてという意味である。

また、「会社ノ営業ノ部類ニ属スル取引」の意義であるが、「会社ノ営業ニ属スル」というよりも広い意味である。すなわち、同種又は類似の商品又は役務の対象とする取引で会社と競争を生じるものをさす。

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。したがって、同

【論点】競業避止義務

種の営業であっても将来の進出の可能性のない地区における営業は義務違反でない。逆に同地区でも同種の営業でなければ義務違反にはあたらない。

3 これをもって本問をみると、下着販売業をなす会社が婦人服販売に乗り出すことはあり得ないことではない。また、販売地域についても、規模を拡大し、隣の県に店舗を構えることはあり得ることである。

したがって、本問Aの行為は264条に反するものであるといえる。

二1次に、甲会社の請求内容であるが、Aについて株主総会による解任をなす方法がある(257条1項)。

株主総会において、不正行為をなした取締役が解任されない時、一定の条件を満たした後、株主は裁判所に解任請求ができる(257条3項)。

さらに、Aの行為は法令違反行為であるから、会社の損害賠償請求の対象となる(266条1項5号・266条4項)。

【論点】会社への取締役の責任

2 さらに、本規定に違反した場合、介入権が行使される。介入権は、会社が得意先を維持し、損害賠償の補完を行うため認められるものである。

しかし、AはBに資金供与をしているに過ぎない。一方介入権の要件について、取締役が「自己ノ為ニ取引」(264条3項)することが必要である。この「自己ノ為」の意義をいかに解すべきか。

思うに、競争によって生じる損害を回避するためには、経済的実質を重視して考えるべきである。

したがって、「自己ノ為」とは、自己の名義のみならずその計算で取引した場合まで含まれるというべきである。

次に、介入権の法的性質は一種の形成権と解されている。しかし、その効果をいかに解すべきか。

思うに、競争避止義務は会社と取締役の内部関係での義務で、相手方の善意・悪意問わず行使できる権利である。

したがって、当然に会社が自らを当事者にするよ

【論点】介入権の法的性質・効果

うな強力な効果を認めることはできない。すなわち、違反取引の経済的効果を会社に帰属させる義務を取締役が負うに止まるというべきである。

3 なお、Bは会社に責任を負わない。競業避止義務はAが会社に対して負う債権的な義務であるからである。

以上

### 第31問 A

代表取締役の放漫経営によって株式会社が倒産した場合、株主は自己が被った損害について直接代表取締役に責任追及できるか。また、損害賠償請求ができるとした場合、いかなる損害についてまで請求できるか。

基礎点 19点 各論点 2点

放漫経営をすること

これだけでは会社倒産、損害発生について故意・過失ありとは言いにくい

【論点】266条ノ3の法的性質

株主 会社ではなく、取締役に責任追及するには？本来不法行為責任の追及だが？

【論点】266条ノ3により責任追及できる者の範囲

【論点】266条ノ3の損害賠償請求の範囲

### 解答例

ー 1 株主は取締役と直接の契約関係にあるわけではない。そこで、株主は不法行為責任（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（266条ノ3）。

ここで、両責任の関係をいかに解すべきか。

2 この点、266条ノ3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解する説がある。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。

思うに、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

不法行為責任と266条ノ3の関係

【論点】266条ノ3の法的性質

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。

266 条ノ 3 は、この点を考慮し法が取締役に課した特別の責任である。

3 したがって、上の責任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。

二 1 以上を踏まえて、株主が本条を根拠に取締役に対する責任追及ができるか。「第三者」(266 条ノ 3) 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。

思うに、「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。

したがって、株主も「第三者」に含まれると解する。

【論点】266 条ノ 3 により責任追及できる者の範囲

2 次に、266 条ノ 3 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。

思うに、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のが原則である。

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。

したがって、株主は直接損害の範囲しか賠償請求できないと解する。

【論点】266 条ノ 3 の損害賠償請求の範囲

以上

\* 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。

第 32 問 B

代表取締役が、特に自己の知人の便宜を図って、会社の金の貸付を行った場合、当該行為の効力をいかに解すべきか。

基礎点 21 点

- ・ 本件貸付が代表権の中に含まれるかの認定 (1 点)
- 【論点】代表権の濫用
- ・ 権限濫用であることの指摘 問題提起 (1 点)
- ・ 原則として行為が有効、例外的に行為が無効になるとするための法律構成 (1 点)
- ・ 結論 (1 点)

解答例

一 1 まず、本件代表取締役の行為は権限内の行為かを検討する。

2 代表取締役の権限は包括的なものであり、会社の経営に関する全範囲に及ぶ。

特に金の貸付は営利社団法人である会社の営業内容に含まれないということはほぼ考えられない。

かような事情から、本件代表取締役の行為は未だ権限内の行為というべきである。

二 1 ただし、本件代表取締役の行為は会社のためではなく、もっぱら第三者の利益を図ってなされたものである。

かような行為の不当性は明らかであり、かかる代表権の行使は権限の濫用にあたる。それでは、代表取締役が権限を濫用した場合どのように処理すべきか。

本件貸付が代表権の中に含まれるか

【論点】代表権の濫用  
権限濫用であることの指摘 問題提起

2 代表取締役が権限を濫用した場合、かかる行為は、形式的には代表取締役の権限内の行為である。したがって、上記条文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、会社の利益を害すること甚だしい。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解すべきか。

この点、判例は民法 93 条但書を類推して、善意無

法律構成  
原則として行為が有効、例外的に行為が無効とする必要

\* 判例を批判し、学説を論じた

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、本条s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を保護しないのは、妥当でない。特に代表権に逸脱があった場合、相手方は善意であれば保護される（261条3項、78条2項、民法54条）。とすれば、本件もまた、相手方は過失ある場合も保護されなければならない。

したがって、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なせないと解する。

3 したがって、本件貸付は会社が相手方の悪意を立証して初めて無効主張できるというべきである。

結論

以上

### 第33問 A

甲会社には代表取締役A Bがおかれていたが、共同代表の定めがあり 登記もされていた。ところが、代表取締役社長の肩書きがあるAは、単独で取引を行った。  
Aの取引の効力を論ぜよ。

基礎点 19点 各論点 1点

【論点】共同代表の定め

【論点】表見代表取締役の規定を共同代表の定めがある場合に類推できるか

ただし、Bの委託があれば、有効性を維持できるのではないか

要件にあたる事実の認定に使う

【論点】12条の正当事由の意味

【論点】12条と262条の関係

解答例

一 1 本問のように 共同代表の定めがあるのに、代表取締役の一人が単独で代表行為を行った場合、当該行為の効力について論ずる。

【論点】共同代表の定め

2 まず、事前に他の代表取締役から当該行為をなすことについて受任していた場合はどうか。

共同代表の定めは、単独の代表権を取締役に認めた場合に、権限濫用がされ会社の利益が害されることを防ぐためにおかれるものである。したがって、本論点は、かかる定めの有効性が維持できるか、会社の業務執行の円滑など、諸事情から総合判断すべきである。

まず、包括委任は許されない。共同代表の定めが無になるからである。一方で、事前の決定を外部に意思表示するだけである場合、委任は有効にしてい

それでは、手形の振出などの行為の個別的委任は許されるか。

思うに、これを認めなければ、会社の機動的な経営に支障をきたす。

とすると、代表権行使の適正を損なうおそれが小さいと認められる限りで、個別的委任は許されると解する。

他の代表取締役による委任がある場合

二 1 一方で、委任がない場合、行為は無権代表行為となる。追認があれば有効であるが、追認ないときは代表取締役の行為は無効になる。

しかしこの場合、取引の安全を図るために、表見代表制度の類推適用はないのか。

思うに、262条の権限があるかのような外観への信頼を保護すべきであるというその趣旨は、本場合もあてはまる。また、全く権限がない者の行為が有効になることがあることからして、類推適用を認めないと均衡を失する。

よって、本問の場合も、262条が類推適用できるというべきである。

【論点】表見代表取締役の規定を共同代表の定めがある場合に類推できるか  
類推適用の可否

2 (1) その上で、262条類推適用の際の要件は外観の存在とその作出への帰責性、相手方の外観への信頼である。まず、いかなる外観が存在する場合、262条の類推適用が認められるか。

思うに、取引慣行からして共同代表取締役という肩書は一般的でない。共同代表の定めを無にするこ

虚偽の外観の内容

とを防ぐためにも、類推適用できる範囲を限定すべきである。

したがって、「共同代表取締役」とせず、「代表取締役」との肩書きを使用しているだけでは虚偽の外観があるとはいえない。類推適用のためには、積極的に単独の代表権があるとの信頼を生じめるような外観を要求すべきである。

具体的には代表取締役社長などの肩書きがある場合はもとより、単独代表権があると信じさせる付随的事情がある場合がこれにあたる。

(2)さらに、外観作出の帰責性については明示または黙示に肩書きの使用を許諾していたことに求められる。

また、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。

三 1 しかし、本問共同代表の定めは登記されている。12条では、正当事由ある者のみが登記内容に対抗できるとしているが、この正当事由の意義をいかに解すべきか。

思うに、商業登記の性質としては、登記事項については登記前に対抗力が制限されているが、登記によって対抗力が復活するというのが妥当である。登記によって初めて対抗力が付与されるのではない。

したがって、正当事由とは、登記簿の消失などの客観的障害を指す。すなわち、登記内容は善意の第三者にも対抗できるというべきである。

2 このように12条の正当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、262条にいう善意者はほとんどあり得ないのではないか。

思うに、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。

したがって、262条は12条の例外規定というべきである。

他の要件認定の方法

【論点】12条の正当事由の意味  
本論点は、省略してもよい

【論点】12条と262条の関係

四 以上の要件が満たされた場合、本件Aの取引の効力は、相手方との関係で有効となると解する。

以上

\* 表見代表取締役の規定の適用範囲

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解する

第 34 問 B

甲株式会社は、退任したばかりの取締役Aに監査役への就任を依頼し、Aは了承し、早速監査業務を開始した。また、訴訟において、監査役Bが弁護士であるので、訴訟委任を行った。

以上の事案における商法上の問題点を論ぜよ。

基礎点 21 点

【論点】横滑り監査役による監査の範囲

自己が取締役であった期間も監査できるか（2点）

【論点】監査役の就任資格

監査役である弁護士に訴訟委任できるか（2点）

解答例

一 1 取締役が退任後、監査役に就任すること自体は問題ない。

しかし、Aは自己が取締役として職務執行していた期間について監査できるか。

2 監査役は取締役・使用人との兼職が禁止される（276条）。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証しようとする点にある。

その趣旨からすると、Aの監査できる期間は制約されるかに見える。

しかし、既に監査役になった後ならば、監査の手がゆるめられるとは限らない。また、任務を怠ればその時に責任追及をすれば足りる。

したがって、本問のような場合にも監査はできるというべきである。Aは自己が職務執行していた期

【論点】横滑り監査役による監査の範囲

間についても監査できる。

二 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のか。「使用人」(276条)に弁護士があたるかが問題となる。

思うに、使用人と違い、弁護士は当該事件のみ雇われるに過ぎないから、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。

したがって、監査役たる弁護士に訴訟委任をなすことは可能であるというべきである。本件Bに訴訟委任をすることは適法である。

以上

【論点】監査役の就任資格

#### 第35問 B

- 1 監査役によって 株式会社の健全な運営が図られるために、いかなる制度がおかれているか。
- 2 監査役を取扱について、 株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律における特則と、 それに関わる問題点について論ぜよ。

#### 基礎点 16点

- \* 監査役の監査手段 (2点)
- \* その他の監査役の地位を保障する制度 (2点)

【論点】監査役の監査の範囲 (1点)

【論点】監査役についての商法特例法上の特則

【論点】監査役会と監査役 (1点)

大会社での取扱 (2点)

小会社での取扱 (1点)

#### 解答例

一 小問1について

1 (1) 商法上監査役は、会社の業務執行の監査のため、具体的に様々な手段が与えられている。

まず、事前の監査手段として、営業報告要求権、財産調査権（274条2項）が与えられる。また、子会社への営業報告要求権（274条ノ3）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与えられているが、監査の全うのために報告義務が課されている。（260条ノ3）

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（280条・254条3項）。

監査役の監査手段

(2) 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会社代表権、違法行為差止請求権（275条ノ4 275条ノ2）が与えられている。

(3) 監査役は、上記のような手段を使って職務執行の適法性を監査できる。しかし、妥当性まで監査できるか。

思うに、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。

したがって、認められないと解する。

【論点】監査役の監査の範囲

2(1)さらに、監査役による適正な監査がなされるためには、監査役の地位が保障されなければならない。そのために様々な制度が商法上定められている。具体的には、監査役の報酬は定款、株主総会決議で定められる（279条1項）。

また、任期が三年と法定され（273条）、選任決議の定足数にも規制がある（280条・256条ノ2）。監査役の選任・解任についての意見陳述権（275条ノ3）があり、その地位が保障されている。

(2)一方、監査役の職務執行の適正を図るため、使用人・取締役等と監査役は兼任が禁止される（276条）。さらに、大会社では社外監査役の制度が置かれている（監査特例法2条、18条）。

その他の監査役の地位を保障する制度

二 小問2について

1 (1)大会社とは、資本金 5 億円以上、または負債総額 200 億円以上の会社である（監査特例法 1 条）。

大会社では、会計監査役、社外監査役をおくことが義務づけられている（同法 2 条、18 条）。

(2)また、監査役は三人以上である必要があり、監査役会の設置が義務づけられる（同法 18 条）

しかし、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なすことができる。

【論点】監査役についての商法特例法上の特則

そこで、監査役会（商法特例法 18 条ノ 2）と監査役との権限の分配が問題となる。

思うに、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。

したがって、監査役会は各監査役の間の役割の分配・調整機関というべきである。すなわち、なお個々の監査役は監査権限を持つというべきである。

【論点】監査役会と監査役

2 一方、資本金が一億円以下の会社を小会社とよぶ。小会社の監査役は会計監査しかできない（同法 25 条）

以上

## 第 36 問 B

株式会社において、配当可能利益がないのに利益配当が行われた場合、誰にいかなる責任が発生するか。

基礎点 19 点

【論点】違法配当（2 点） 取締役への損害賠償責任の追及など効果を明らかに  
取締役への損害賠償責任（2 点）の他、株主への不当利得返還請求をすることが考えられる

【論点】会社は善意の株主に違法配当分を返還請求できるか（2 点）

解答例

一 1 違法配当には、手続的に瑕疵がある場合と配当可能利益がない（290 条違反）場合があり、後者を蛸（たこ）配当とも呼ぶ。

【論点】違法配当

2 違法配当の効果として、まず会社は株主に不当利得返還請求ができる。

違法配当の効果

ここに、取締役は善意の株主には求償請求できないとされている(266条ノ2)が、会社は善意の株主には不当利得返還請求ができるのか。

【論点】会社は善意の株主に違法配当分を返還請求できるか

思うに、266条ノ2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。

したがって、善意の株主にも会社は返還請求できると解する。

二1 一方会社は取締役にも違法配当部分を返還請求できる(266条1項1号)。これは、会社の資本維持を確実にすため、取締役にいわば株主の肩代わりをさせるものである。

取締役への責任追及

2 取締役はかような義務を果たした場合、株主に求償権を取得するが、前述の通り、善意の株主には肩代わりした金額の不当利得返還請求はなせない(266条ノ2)。

取締役と株主との関係

監査役は任務懈怠による損害賠償(277条)を負うことがある。

監査役の責任

3 さらに取締役、監査役は第三者に対しても責任を負う可能性がある(266条ノ3等)。

以上

## 第37問 B

第三者に対して新株が有利発行される場合の手続と、手続無視がなされた場合の旧来の株主を保護する方法について説明せよ。

### 基礎点 21点

【論点】第三者に対する有利発行

「特二有利ナル発行価額」の意味(2点)

【論点】新株発行が無効となる場合(2点)

### 解答例

一 1 280 条ノ 2 第 2 項は、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及び、株主総会の特別決議を要求している。

2 特に有利な発行価額の内容について

280 条ノ 2 第 2 項の適用がされる「特二有利ナル発行価額」とはいえない公正価額とはどの程度の価額をさすか。

思うに、同条同項の趣旨は株主に株価の低下による経済的損失を与えない点にある。しかし、資金調達を達成するには、ある程度安価に株式を発行せざるを得ない。

したがって、公正価額ということが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を指すというべきである。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。

二 1 それでは、「特二有利ナル発行価額」によるが特別決議を得ていない新株の発行に対して、旧来の株主はいかなる手段をもって自己の利益が確保できるか。

2 まず、有利発行決定後発行前においては、新株発行の差止請求の対象となる（280 条ノ 10）。

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（280 条ノ 11）。

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（266 条 1 項 5 号）を負う。

3 (1) 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（280 条ノ 15）無効原因になるか

新株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るべきである。

【論点】第三者に対する有利発行

「特二有利ナル発行価額」の意味

【論点】新株発行が無効となる場合

したがって、無効原因は重大な法令・定款違反の場合に限ると解する。

(2)では、重大な法令・定款違反とはどのような場合をいうか。

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。新株発行は事実上業務執行行為であり、かかる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。

決議なく新株が第三者に有利発行された場合は、株主に経済的損失を発生させる場合に当たる。したがって、無効主張の対象とはならないことになる。

\* 無効原因になるか争いある場合  
新株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。したがって株主保護の観点から、無効とすべきである。

次に、新株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。したがって、無効と解する。

以上

\* 具体的に、無効原因になる場合

授權資本数を越えた新株発行、定款に定めのない数種の株式を発行した場合、新株引受権を無視して新株を発行した場合

\* 参考

新株発行の差止請求権（280条ノ10）と株主による違法行為差止請求権（272条）との関係

1 新株発行の差止請求権は、違法に新株が発行されようとしている場合に用いられる。

一方で、株主は取締役の違法行為差止請求権（272条）を有するから、この関係をいかに解するべきか。

2 違法行為差止請求の要件として、会社に回復できないような損害が発生するおそれがあることがあげられる（272条）。

しかし、株主の新株引受権が無視されたが、価額は公正な場合、会社には損害が発生しないが差止めを認める必要がある。

新株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。

すなわち、新株発行の差止請求権は、新株発行によって株主の個人的利益が侵害される場合に意味がある制度であるということになる。

第38問 C

社債と株式の異同について論ぜよ。

基礎点 21点

【論点】社債と株式の異同

共通点 経済的意味が類似（1点）

相違点 法的性質 そこから様々な違いが生じる（2点）

社債と株式の接近化傾向の指摘（1点）

#### 解答例

##### 一 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しており（226条、306条）、均一かつ割合的単位の形を取る（202条、280条ノ3 299条）。

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（280条ノ2 296条）。

##### 二 社債・株式の相違点

1 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、前者は利息（301条2項4号参照）、後者は配当（290条1項参照）という形で利益が供与される。経営に關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（241条）、各種監督是正権などである（237条、257条等）。

さらに、前者は償還されるが、後者は株式の消却の場合以外は償還されない。

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（301条2項5号）、後者は残余財産を株式に応じて平等に分配されることになる（430条1項、131条）。

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

また、転換社債権者や新株引受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ることができる。逆に議決権なき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、償還株式が存在し、一定期間後償還を受けうる株式が存在する。

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

【論点】社債と株式の異同

共通点

相違点

社債と株式の接近化傾向の指摘

いる。

以上

\* 特殊の株式

- ・ 議決権なき株式（242条1項）
- ・ 非参加的累積的優先株（222条1項）  
非参加的 ... 利益が多くあがっても一定の額しか配当されない  
累積的 ... ある年度に優先配当がされないと、次年度以降に優先権が繰り越される
- ・ 償還株式（222条1項）
- ・ 転換社債（341条ノ2第1項）
- ・ 新株引受権付社債（341条ノ8第1項2項）

第3部 手形小切手法

第39問 D

- 1 貨物引換証の要式証券性について論ぜよ。
- 2 貨物引換証の有因性と文言性の関係について論ぜよ。
- 3 貨物引換証の性質などから、有価証券の定義をいかに解すべきかについて論ぜよ。

基礎点 19点

- 【論点】貨物引換証の要式証券性と非設権証券性との関係
- 【論点】貨物引換証の文言性と有因証券性の関係
- 【論点】有価証券の定義

解答例

一 小問1について

1 貨物引換証とは、運送品引渡請求権を表章する有価証券である（571条以下）。

2 貨物引換証は要式証券である（571条2項）。

もっとも、法定記載事項のすべてを記載する必要はない。本証券は有因証券であるから、厳格に要式性を要求すると証券が無効になり取引の安全を害する可能性が高いからである。

すなわち、誰が何をどこで引き渡すかという重要部分だけが原因関係と一致していれば証券は有効であると解する。

ここで、「何を」については運送品の同一性が分かる程度でよい。

【論点】貨物引換証の要式証券性と非設権証券性との関係

## 二 小問 2 について

1 貨物引換証は原因関係たる運送契約上の権利が表章されるから、非設権・有因証券である。しかし、運送に関する事項は貨物引換証によるとされており文言性が認められる(572条)。

以上の関係をどのように解すべきか。

2 思うに、品違いの場合は、文言的効力を強調し、運送人に債務不履行請求ができるというべきである。取引の安全を守るためである。

一方で空券の場合、原因関係が何もないから、証券の作成のみで存在しない権利を発生させるわけにはいかない。したがって、有因証券性を重視し、証券は無効となると解する。

この場合、運送人は不法行為責任を負うことになる。

【論点】貨物引換証の文言性と有因証券性の関係

## 三 小問 3 について

有価証券の定義をいかに解すべきか。

思うに、有価証券とされるものは様々であるから、すべての有価証券をカバーできるよう、最小公倍数的にその定義を決定すべきである。

ここで、貨物引換証・株券は証券が発行される前に権利が発生するし、株主の権利行使の際には、株券を呈示する必要がない。

とすると、有価証券とは、権利の発生、移転、行使の全部又は一部について証券を必要とするものと解する。

【論点】有価証券の定義

以上

### \*小問 3 について他説

思うに、有価証券は権利と証券が化体したものである。したがって、権利の移転・行使と証券の結びつきを否定することはできない。

にもかかわらず、通説の定義は権利の移転のみもしくは権利の行使のみに証券と権利の結びつきがある有価証券の存在を認めることになる。これは、概念矛盾というべきである。

したがって、有価証券とは権利の移転及び行使のいずれにも証券を要するものと解する。権利行使に株式が不要なのは株主名簿という手続の煩雑さを避ける制度が用意された株

式の特特殊性によるものである。

そもそも株主名簿には株券の呈示に変わる効果があるわけであるから、結局株券の呈示は権利行使の際に要求されているといえる。このことを考慮しても上記定義は妥当なものといえることができる。

#### 第 40 問 B

手形外観解釈の原則について説明した上で、次の各場合について論ぜよ。

- 1 実際に存在しない日付を満期とした場合
- 2 確定日払手形で、振出日の記載がない場合
- 3 振出人が A 会社 B の場合

基礎点 17 点

【論点】手形外観解釈の原則

- ・ 文言性の説明 (2 点)
- ・ 各小問 2 点

解答例

#### 一 手形外観解釈の原則について

手形は文言証券であり、手形債務は手形面の記載のみによって決定される。手形行為には手形上の記載が要求されることからして当然である。

そこで、手形行為の解釈は手形面の記載だけで解釈されなければならない。

ただし、記載は社会通念にしたがって合理的に判断される。およそいかなる書面もそのように解するのが通常である。また、なるべく手形債権を有効にし、手形取引の安全を図る必要もあるからである。

【論点】手形外観解釈の原則

解釈の方法について

#### 二 次に本問各小問について論じる。

##### 1 小問 1 について

実際に存在しない日付を満期とした場合は、原則記載は無効である。満期日は手形要件であるから(75 条 3 号)、この場合手形全体が無効となる。

ただし、11 月 31 日、うるう年でない年の 2 月 29 日などの記載は、合理的解釈を施せば、月末を意味したものと判断できる。

解釈の具体例

したがってこのような記載は月末を意味するものとして有効というべきである。

## 2 小問2について

確定日払手形で、振出日の記載がない場合、その有効性が問題となる

確定日払い手形では、振出日の記載は意味がないから、手形を有効とする説がある。

しかし、手形は厳格な要式証券であるから、法が要件とするものを勝手に不要とすることは解釈では無理というべきである。

したがって、振出日の記載がない手形は要件を欠く手形として無効とすべきである。ただし白地手形とする余地がある。

振出日の記載がない手形の有効性

## 3 小問3について

本小問のような、単に会社名を書き、その後に個人名が書かれた手形について、A会社は肩書きか、Bが代表行為を行ったのか不明である。このような手形の振出人を誰と解すべきか。

この点について、署名した者の意思を基準としていずれによる手形行為であるかを決定するという説がある。

しかし、手形外の事情によって記載の意味を判断することは、手形の文言証券性から許されない。実質的にも手形からは分からない事情によって債務者がいずれかに決定されるなら、手形を取得した第三者が思わぬ損害を被る可能性がある。

そこで、所持人はAにもBにも請求できるというべきである。手形からはいずれとも読めるし、曖昧な署名をなした者がそのような不利益を被ってもやむを得ないからである。

ただ、手形所持人が事情に悪意の場合は、振出人はその旨を人的抗弁として主張できるというべきである。

振出人が不明確な場合

\* 古い判例による場合

これを振出人の記載不明確として、無効とするのは取引の安全を害する。そこで、何らかの意味に確定するしかない。

そこで、署名者がいかなる意思で手形を振り出したかによって決すべきである。

\* 左記の答えは新しい判例によるもの

以上

第 41 問 B

手形行為独立の原則の法的性質について論じた上で、次の各場合に手形行為独立の原則は適用されるか

- 1 前提たる行為に方式の瑕疵がある場合
- 2 裏書の前提になる手形上の債務が制限能力を理由に取り消された場合。

基礎点 19 点 各論点 2 点

【論点】手形行為独立の原則の法的性質

【論点】前提たる行為に方式の瑕疵がある場合

方式の瑕疵 手形・裏書などの要件が整わない場合、意思表示に瑕疵がある場合以外

【論点】手形行為独立の原則は裏書にも適用があるか

前提たる行為が無効でも、裏書に影響がないといえるか

解答例

一 手形行為独立の原則の法的性質

手形行為は他の手形行為の無効・取消によって影響を受けない（7条）。かかる規定の立法理由をどのように解するべきか。

この点、一般原則からは無効となる行為を政策的に有効としたものとする説がある。

しかし、権利の移転については、前者の手形行為が有効である必要があるが、債務の負担についてはそうではない。手形行為は、先行する他の手形行為について有効であることを前提しないのが\*原則である。

思うに、手形行為は他の手形行為とは関係なく独立の意思をもってなされるから、手形行為が前者の手形行為の無効・瑕疵の存在に影響を受けることはない。

したがって、独立原則は当然の理論的帰結というべきである。

【論点】手形行為独立の原則の法的性質

二 小問 1 について

まず、振出に方式の瑕疵がある場合、手形自体が無効となるから、手形行為独立の原則の適用は問題とならない。

\*例外 振出に方式の瑕疵がある場合 振出に方式の瑕疵があれば振出人の債務は絶対的に発生し

それでは、振出以外の行為において方式の瑕疵がある場合、手形行為独立の原則の適用があるか。

思うに、手形行為は他の手形行為とは関係なく独立してなされるから、前者の方式の瑕疵は後者の手形行為に影響を与えないのは当然である。

したがって、方式の瑕疵がある場合も手形行為独立の原則が適用されるというべきである。

ない ないものを担保することはできず、手形保証人、裏書人のいずれも債務を負担しない

【論点】前提たる行為に方式の瑕疵がある場合

### 三 小問2について

手形行為独立の原則は、債務負担行為である引受、保証と振出との間で適用があるのは間違いない。

しかし、取消された債務を前提としてなされる裏書について、手形行為独立の原則は適用できるか。裏書が権利移転行為であることから問題となる。

ここで適用を認めなければ、約束手形なら振出と保証しか本原則は適用されず、手形法7条の適用範囲が不当に狭められる。思うに、手形行為は他の手形行為とは独立した意思をもってなされるから、他の手形行為の効力と自分の手形行為の効力は関係ない。このような手形行為独立の原則の趣旨は裏書にも当てはまる。

したがって、手形行為独立の原則は裏書にも適用されると解すべきである。

【論点】手形行為独立の原則は裏書にも適用があるか

本問でも、手形行為独立の原則の適用により、その後の裏書は有効であることになる。

以上

## 第42問 B

次のような 手形の署名は許されるか。

- 1 周知性・慣用性のない名称による署名
- 2 直接本人名を示す代理方式の署名、もしくは機関方式による署名

基礎点 19点

【論点】署名の方式（2点）

署名解釈の具体例

【論点】代理方式による署名（2点）

【論点】機関方式を署名によってなせるか（2点）

解答例

一 小問1について

署名の際には、自己を表示する名称を用いなければならない。

その際、その場限りの名称を用いてよいのか。

この点、肯定する見解もある。署名者に手形責任を免れさせる口実を与えるべきでなく、また署名者が支払う意思を持っているならば手形を無効とする必要はないことを根拠とする。

しかし、署名は、真正の署名と判断するための手がかりである。とすれば、まずは、手形行為者が誰だと判別できなければならない。

したがって、署名の際には一回限りの勝手な名称を用いることは許されない。ある程度の周知性・慣用性ある名称を用いる必要があるというべきである。

【論点】署名の方式

\*ただし、本人が自己の通称として署名した限り、初めてなされた署名でも、署名は有効

二 小問2について

1 代理方式の署名においては、甲代理人A（本人と代理人の名を表示する必要）と記載することが必要である。ここで、直接本人名による署名がなされた場合、形式面においては機関方式とみることができる。

しかし、機関方式とは本来は他人を機械のように使って代行をさせる場合である。本件では実質が代理方式となっており、形式面と実質面で齟齬が発生している場合である。このような署名をどのように解釈すべきか。

これを実質関係に着目して代理方式によるものとも考えることもできる。しかし、このように考えると、概念に混乱を生むおそれがあり、妥当でない。

代理方式と機関方式の違いは、端的に直接本人名で手形行為がなされているか、代理方式で手形行為がなされているかによって区別するのが妥当である。

【論点】代理方式による署名

以上より、直接本人名を示す署名は代理方式とみることはできない。

2 ただし、機関方式による手形行為として有効とみることができる可能性がある。これが、記名捺印によるならば問題はない。しかし、本問のように署名によってなされた場合、これを有効とみうるか。

署名の性質からすれば、これは自署に限るとみるのが自然である。しかし、かように解釈をすると、手形の面上から明らかでない事由により手形が無効になり、その流通を害するおそれがある。

もともと債務者が誰であることを明らかにするには、行為者が誰であることを表しうる適当な方法であればよい。とすれば、これが自署でなければならないという必然性はない。

したがって、機関方式を署名することは許される。

以上から、本件手形は機関方式として有効である。

以上

【論点】機関方式を署名によってなせるか

\*判例によった

#### 第 43 問 C

A は手形を B に振り出すため、一通手形を作成し、机の中に保管していたところ、A の使用人が手形を盗み出し、受取人欄を抹消した上で、C に手形を交付した。 C が自ら受取人欄に自分の名を書き入れた上で、A に手形金の支払を請求した場合、A は手形債務を負うか。

基礎点 22 点

論証 2 点 あてはめ 1 点

机の中に保管 交付がない

【論点】手形行為が成立するには手形の交付行為が必要か

振出人による交付なし

受取人欄の抹消 一種の変造、ただし裏書の連続との関係では問題はない

C の手形金の請求

A に手形債務が発生していることが必要 権利外觀理論、又は創造説 + 善意取得

解答例

－ 1 CがAに手形金を請求するには、少なくともAの下で手形債務が発生している必要がある。

しかし、本問Aは手形の作成を行っているだけで、手形の交付を行っていない。それでも、手形債務は発生するか。手形債務の負担に手形の交付は必要か否かが問題となる。

2 この点、手形取引の安全を強調し、手形作成行為のみで手形債務を負担するという見解がある。

しかし、混同の法理の排除、到達・発信主義の例外など民法に反する結論を条文上の根拠なく、認めるべきでない。

したがって、手形の債務負担には、手形の作成に加えて、交付行為を要求すべきである。

以上から、本問では手形債務は発生しないことが原則である。

【論点】手形行為が成立するには手形の交付行為が必要か

二 1 ただし、取引の安全を図る必要がある。そこで、交付が欠けたまま流通した手形を取得した者は、権利外観法理によって保護されると解する。

本問のような事故は例外的場合であるから、例外的理論を用いるのに差し支えはない。

2 権利外観法理の要件は外観の作出、外観作出の帰責性、相手方の外観への信頼である。

このうちの帰責性については、手形の保管を怠った点に認めるべきである。保管を怠っていない者を犠牲にしてまで手形取引の安全を図るのは妥当でないからである。

取引の安全への配慮

3 以上をもって本問を検討すると、Aによる手形の保管に帰責性が認められること、Cが事情に善意・無重過失であることを条件に、CはAに対して、手形金の支払を請求できる。

あてはめ

以上

#### \* 創造説

思うに、手形は客観的な財貨性を有するから、そのことを重視すべきである。

とすれば、手形書面行為のみで手形債務が負担されると解するのが妥当である。その方が取引の安全にも資する。

よって、Aは有効に手形債務を負担する。

以上より、Cは善意取得（16条2項）の要件を満たせば、Aに手形金の請求ができると解する。

#### 第44問 B

手形行為が、制限能力者、錯誤または強迫による意思表示によってなされた場合、手形行為の効力をいかに解すべきであるかについて論ぜよ。表見代理の規定が手形行為に適用されるかについて、その問題点とあわせて論ぜよ。

基礎点 17点 各論点 2点

【論点】手形行為の構造

【論点】手形権利能力・手形行為能力

【論点】手形行為と意思表示の瑕疵

【論点】手形行為と表見代理

#### 解答例

##### 一 制限能力者との関係

1 手形行為とは、手形面上になされる要式の意味表示で、手形債務の発生原因となる法律行為である。

2 手形法上には権利能力・行為能力に関する規定は存在しない。

したがって、原則に帰り、民法上の規定がそのまま適用されるというべきである。制限能力者保護の必要性があるから、この結論を維持すべきである。

この結果、法人は手形行為をなし得るし、制限能力者が手形行為をなした場合は、手形行為の効力自体が否定される。すなわち、いかなる手形取得者にも手形債務を負担することはない。

なお、被保佐人・被補助人について、手形行為は「借財」「重要ナル財産」（民法12条1項）に該当するから、手形の振出、裏書には保護者の同意が必要になる。

##### 二 錯誤・強迫について

1 手形行為に錯誤・強迫のような民法の意思表示の瑕疵に関する規定を適用することは問題がある。すなわち、かかる規定は特定の当事者間の法律関係を予定しているが故、意思主義が中心となっている。

一方手形行為は、転々流通する証券上の行為である

【論点】手形権利能力・手形行為能力

【論点】手形行為と意思表示の瑕疵

【論点】手形行為の構造

\* 二段階創造説

したがって、そのまま民法の意思表示の規定を適用する事は妥当で

から、手形の第三取得者の利益を考慮し、表示主義を重視すべきである。

したがって、そのまま民法の意思表示の規定を適用することはできない。特に、意思主義を重視し、第三者保護規定がない錯誤・強迫の規定の適用を制限すべきである。

具体的には、錯誤無効の主張に対して、第三者は民法 94 条 2 項類推適用によって保護される。また、「要素」(民法 95 条本文)「重過失」(民法 95 条但書)の認定を通じて、無効主張を制限することになる。

一方、強迫による取消しの主張も、手形の第三取得者との関係で、制限すべきである。法律構成としては、96 条 3 項を類推適用すべきであると解する。

2 それに対して、手形行為は書面の作成のみで完成するとした上で、権利移転面と権利発生面を分けて考える見解がある。

その上で、民法上の規定は権利移転面にだけ適用すると解するのである。

この見解では、債務負担の意思は手形であることを認識し、認識しうべくして手形に署名する意思で足りるとする。したがって、手形債務についてはほとんどの場合に善意取得が可能であるから、手形取引の安全が守られることになる。

しかし、この見解からすると、金額でゼロを一つ多く書いても手形面上の記載通りの債務を負担することになるから、常識に反する。

したがって、あくまで手形行為によって発生する債権と売買契約上の金銭債権とは別個の権利である。すなわち、互いに無因であると解する。

### 三 表見代理の規定の適用について

1 表見代理の規定は手形取引の安全のため、そのまま民法の規定を適用してよい。

2 その場合、表見代理における第三者の意義をいかに解すべきか。

思うに、表見代理制度は代理行為による法律関係を予定している。すなわち、第三者とは代理行為による意思表示の受領者を指すと解するべきである。

したがって、第三者とは直接の相手方に限るべき

はない。そこで妥当な結論を出すための法律構成が問題となる。

思うに、手形取引の安全と手形の財貨性の観点から、手形債務負担行為は書面行為のみで完成すると言すべきである。さらに、手形行為を債務負担面と、権利移転面に分け、債務負担面は原因関係と無因、権利移転面は有因と解する。

様々な手形債権の発生・帰属に関する問題をすべて統一的、理論的に説明できるからである。

手形債務負担の意思は手形であることを認識し、認識すべくして手形に署名することとする。

その上で、債務負担行為には、全面的に民法の意思表示の規定の適用を否定する。一方、権利移転行為には、民法上の規定をそのまま適用すべきである。

このように解すれば、錯誤無効・強迫による取消などの事由が生じても、第三者は善意取得の規定によって保護される。

【論点】手形行為と表見代理

である。

3 さらに、表見代理が成立する場合、無権代理をなした者は無権代理人の責任（8条）を免れるか。

上の結論によれば、無権代理人は表見代理の成立を証明すれば責任を免れることになる。

しかし、表見代理の規定は無権代理人保護の規定ではない。したがって、上記のような結論は是認できない。

したがって、手形所持人はいずれの法律構成も選択できるというべきである。

以上

### 三について 二段階説による場合

思うに、手形取引の安全と手形の財貨性の観点から、手形債務負担行為は書面行為のみで完成するというべきである。さらに、手形行為を債務負担面と、権利移転面に分け、債務負担面は原因関係と無因、権利移転面は有因と解する。

様々な手形債権の発生・帰属に関する問題をすべて統一的、理論的に説明できるからである。

手形債務負担の意思は手形であることを認識し、認識すべくして手形に署名することとする。

その上で、債務負担行為には、民法・商法の規定の適用を全面的に否定し、権利移転行為には、全面的に肯定すべきである。

とすると、表見代理・代表の規定は、手形債務負担行為には適用ないが、手形権利移転行為には適用あるということになる。

適用の結果権利が消滅する場合、悪意者には無権利の抗弁を主張できる。善意者は善意取得で保護される他、当該規定に第三者保護規定がある場合はその適用も問題となる。

### 第45問 B

権限なくして、直接本人名による手形行為がなされた場合、手形行為をした者と本人は、それぞれいかなる責任を負うか。

### 基礎点 19点 各論点 2点

権限なくして、直接本人名による手形行為がされた場合

無権代理か、偽造か？【論点】偽造と無権代理の区別

【論点】偽造者の責任

【論点】偽造と追認・表見代理

## 解答例

一 本人のためにする意思を有しない機関方式の手形行為が偽造である。

ここに、権限なくして、直接本人名による手形行為をなした場合、無権代理とすべきか、偽造とすべきか。

思うに、代理方式によるか機関方式によるかの区別は、概念の混乱を生まないために、形式面を重視して決定すべきである。すなわち、代理人の名前が手形面上に現れてない場合についてはすべて機関方式とすべきである。

したがって権限なく直接本人名による手形行為をなした者は偽造者として扱われると解する。

【論点】偽造と無権代理の区別

二 その上で、偽造者は刑事責任・民法上の不法行為責任を負う。

加えて、無権代理人の責任（８条）の規定の類推はできないか。

思うに、虚偽の外観を作出したことについては偽造・無権代理とも同様である。とすれば、いずれの場合も同様に法定の責任を負わせるべきである。このように解すれば偽造者に直接手形上の責任を追及することができ、取引の安全にも資する。

したがって、偽造者は手形上の権利について責任を負うと解する（８条類推）。

【論点】偽造者の責任

\* 否定説

思うに、手形行為においては書面行為が要求されており、署名なければ責任なしというべきである。

８条は、代理人として自己の名称を署名したものが責任を負うということを示しているものである。

対して、偽造者は自己の名称を署名している訳ではないから、偽造者が手形上の権利を負うことはあり得ないというべきである。

三 次に、本人は自ら手形行為をしていない以上、手形債務を負担しないのが原則である。

しかし、相手方保護のため、追認・表見代理など代理に関する相手方保護の諸規定を類推適用できないか。

思うに、手形が有効であるかのような外観が生じている点は無権代理の場合も偽造も異ならない。その意味で相手方を保護すべき必要性について異なる結論を出す理由はない。

したがって、偽造された場合も追認・表見代理の

【論点】偽造と追認・表見代理

規定は類推適用できる。

なお、手形取得者保護のための主観的要件について、手形の交付者について交付する権利があると信ずればそれで足りる。署名が権限ある者についてなされたとの具体的認識は必要ないと解する。

以上

\* 三について 追認・表見代理の規定類推否定説

手形行為をなしていないから、当該手形上の責任を負うことはない。民法の追認・表見代理の規定も類推できないと解する。

手形行為の成立には、手形行為をなす者に責任追及するための手がかりがのこされていなければならない。

ところが、直接本人名が他人によって、示された場合、そのような手がかりが手形面上に残らない。とすると、手形行為自体が成立していない。

債務負担の前提たる行為がなされていない以上、手形債務が本人について発生することはないと解する。

ただし、権限なくして直接本人名による記名・捺印が行われた場合、どのように取り扱うべきか。この場合は、民法の追認・表見代理の規定を類推できると解する。有効であるかのような外観が生じている点は同じだからである。

第 46 問 B

次の各小問に答えよ。

- 1 鉛筆書きなど、変造されやすい手形を作成した者は、変造後の文言にしたがって、責任を負うことがあるか。
- 2 権限のない者によって受取人の記載が抹消され、書き換えられた結果裏書の連続が生じた。その後手形を取得した者に善意取得の規定が適用されるか。

基礎点 19点 各論点 2点

【論点】変造の効果

【論点】変造されやすい手形を作成した振出人の責任

【論点】裏書の連続と受取人欄の改ざん

解答例

一 小問 1 について

1 手形法上、変造前の署名者は原文言にしたがって

責任を負い、変造後の署名者は変造した文言にしたがって責任を負うとされている（69条）。

にもかかわらず、変造前の署名者が、変造後の文言にしたがって責任を負うことがあるか。

2 思うに、手形行為成立の条件は、意思と署名であって、それが成立すれば証券や記載自体が残存する必要はない。手形行為は手形行為時の手形記載内容によって決定されるのである。

したがって、署名時の手形上の文言にしたがって責任を負うのは当然である。すなわち、69条は当然の事理を明らかにした注意的規定であるというべきである。

以上より、仮に変造されやすい手形を作成しても、変造前の署名者が自己のなした記載に対応しない責任は負わない。

【論点】変造の効果

3 この点、10条を準用して、変造されやすい手形を作成した者は、変造の事実につき悪意・重過失なく取得した者に責任を負うとする説がある。

しかし、確定文言の手形に署名することと、白地手形に署名することとは性質が異なる。手形署名者に予想しない手形債務を負担させることは私的自治の例外である。したがって、確かな法律上の根拠を示さねばならないが、これでは十分ではない。

【論点】変造されやすい手形を作成した振出人の責任

よって、本事例で言うような責任は、変造されやすい手形を振り出したとしても、署名者が負わないと解する。

二 小問2について

1 善意取得の規定を適用するためには、裏書が連続していなければならない（16条）。

しかし、本問のように受取人欄が改ざんされた結果、裏書の連続が生じても、裏書の連続ありと判断できるのか。変造前の手形行為者が原文言にしたがって責任を負うとされていることから、問題となる。

【論点】裏書の連続と受取人欄の改ざん

思うに、裏書の連続は手形取得者が問題なく支払を受けられる手形か否かを知るための重大な手がかりである（16条、40条3項など）。とすると、これは手形取得時に、手形面を確認するだけで形式的に判断されなければならない。

したがって、原文言にかかわらず、現在の手形上の記載を基準に裏書の連続の有無は判断されるべきである。

2 この点、69条を根拠に、裏書の連続は原文言を基準として判断すべきであるという判例があった。

しかし、69条は単に手形行為さえ有効に行えば、その通りに債務を負うという当然の規定である。一方、裏書の連続の存在は形式的資格の存否の判断に関する問題である。

とすると、裏書の連続の判断と、69条は無関係というべきである。したがって、69条を適用して、裏書に連続があるか否かを論じるのは誤りである。裏書の連続は69条とは関係なく、前述の通り決すべきことになる。

以上から、裏書の連続は変造と関係なく判断され、これが認められれば、善意取得の規定の適用が出来る。

以上

#### 第47問 B

手形が盗難されたことを原因として除権判決が下された後、次に挙げた者はいかなる権利を行使できるか。

- 1 裏書ある手形を、善意・無重過失で譲り受けた者
- 2 白地手形の所持人

基礎点 21点 各論点 2点

【論点】 公示催告・除権判決と善意取得

【論点】 白地手形と除権判決

解答例

一 小問 1 について

1 除権判決は権利と証券との結びつきを解くものに過ぎない。すなわち、いったん善意取得した者は当然除権判決によっても権利は失わない。したがって、本小問の条件を満たす者は、善意取得すれば手形上の権利を行使できる（16条2項）。

そこで、善意取得の可否について検討する。

まず、除権判決後は、手形はただの紙切れになるから、善意取得できない。一方で、公示催告前に善意取得できることも明らかである。

それでは、公示催告後・除権判決前に善意取得の要件を備えた者は手形上の権利を善意取得できるか。

2 思うに、公示催告によって悪意を擬制することはできないし、催告を見なかったことに重過失を認めることもできない。

したがって、除権判決前であれば、手形取得者は善意取得する可能性はあるというべきである。

かつ、除権判決は権利と証券との結びつきを解くものに過ぎない。したがって、いったん善意取得した者は除権判決によっても権利は失わない。

【論点】 公示催告・除権判決と善意取得

二 小問 2 について

1 白地手形である以上、白地補充をしないままでは権利行使ができない。手形を紛失した場合も同様である。

また、手形が手元にある場合以上の権利を手形なくして行使できるとするのは不当である。

したがって、白地手形について除権判決を得たとしても、手形の振出人が他人の権利行使を拒めるだけに過ぎない。白地手形の取得者は振出人に対して手形金の支払を請求することはできない。

2 この点、手形外意思表示によって白地補充を認める見解がある。

しかし、手形行為は書面行為であり、意思表示による補充は認められない。これは手形を紛失した場合も同じと解するべきである。

【論点】 白地手形と除権判決

さらに、白地手形の再発行請求を認める見解もある。しかし、これを振出人に強制する法的根拠はない。手形が再発行されるとまた当該手形は流通できるが、そのような事態は除権判決が予定するものではないからである。

以上

#### 第 48 問 B

次のような手形上になされた記載事項は有効か。

- 1 手形金は、いかなる手形所持人に対しても、原因関係上の債務として支払う旨の記載
- 2 違約金の予定の記載

基礎点 21 点 各小問 2 点

【論点】法定されたもの以外の任意的記載事項を認めるべきか

手形の本質に反する記載、手形所持人に不利になることから問題ある記述  
違約金の予定 手形所持人には有利になるが？

#### 解答例

一 1、2 とも手形法に規定のない事項である。

このような法定された事項以外の任意的記載事項は認められるか。手形の要式証券性との関係で問題となる。

思うに、手形が厳格な要式証券とされるのは、手形取引の円滑の観点から、記載事項の最大限と最小限を決定し、表章された権利内容を明確にするためである。

となると、手形上の記載は単純・明瞭なものである必要があるから、これを害するような記載に手形法上の効力を認めるわけにはいかない。

したがって、法定された以外の任意的記載事項に手形法上の効力は認められないと解する。

ただし、契約の締結は自由であるから、かかる記

【論点】法定されたもの以外の任意的記載事項を認めるべきか

\* 左記は判例

\* 他説

思うに、所持人に有利な記載について手形法上の効力を認めても、振出人に不測の負担はない。逆に所持人にとって有利ならば手形の流通性は増進される。

したがって、所持人にとって有利な記載については任意的記載事項と認める余地はあるというべきで

載には合意ある者の間のみで民法上の効力が認められる。

もっともその記載の趣旨から手形制度の本質に反するような記載をすれば、手形全体が無効になる場合もあると解する。

以下、各小問について検討する。

#### 二 1 小問 1 について

本問記載は、手形の無因性に反する。すなわち、手形制度の本質に反する記載といえる。

したがって、かかる記載の効果としては手形全体が無効とするものというべきである。

#### 2 小問 2 について

本件記載は、手形法上規定のないものである。従って、民法上の特約として、かかる記載の内容に合意をした者の間のみで有効である。

以上

ある。

\* 他説

本件記載は所持人にとって有利な記載である。したがって、任意的記載事項として手形法上の効力を認めるべきである。

### 第 49 問 B

1 A は 後に補充するつもりで、満期欄を空白にしたまま、手形を B に振り出した。B が 4 年後 A に支払呈示をした際、かかる 支払呈示にはいかなる効力が認められるか。

2 次の各場合において、C は A に手形金の支払を請求できるか。

(1) A が白地手形の補充権を B に与えて振り出したが、B が補充権を濫用して白地を補充して C に裏書譲渡した場合

(2) A が補充権を B に与え、白地手形を振り出した。ここで B が C に本来の補充権の内容を越えた補充権があると嘘をついて C に手形を譲渡し、C がその通りの補充をした場合

基礎点 20 点

【論点】白地手形と無効手形の区別（1 点）

【論点】満期白地の手形について権利の時効消滅（1 点）

【論点】白地手形と権利行使（1 点）

【論点】白地手形の不当補充（2 点）

10 条の適用範囲 補充権を濫用された手形を受け取った者と白地のまま受け取った者を区別すること

解答例

一 小問1について

1 (1) 本件手形は満期欄が空欄となっている。満期日の記載は手形要件だから(1条4号・75条3号)、本件手形は単なる無効手形ということになりそうである。

しかし、手形要件の記載が欠けている手形であっても、商慣習法上の必要性から、白地手形がその有効性を認められている。

そこで、無効手形と白地手形の区別をいかになすが問題となる。

(2) 思うに、無効手形と白地手形の区別は手形の券面上の記載からは区別できない。また、白地手形の作成は法律行為であるから、その成否は振出人の意思に求めるべきである。

したがって、手形署名者が補充権を与える意図で振り出したか否かで区別すると解するのが妥当である。

【論点】白地手形と無効手形の区別

本件手形についてAは後に空欄を補充するつもりである。したがって、本件手形は白地手形である。

2 それでは、本件Bの支払呈示にはいかなる効力が認められるか。

思うに、白地手形は要件を欠く手形であるから、そのままでは権利行使はできない。

したがって、白地のままの支払呈示では手形金は請求できないし、白地のままで遅滞に陥らせることもできない。遡求権の保全も不可能である。

しかし、時効中断は別に考える余地がある。

思うに、未完成手形のままで時効が進行するから、そのこととの均衡上、時効の中断手段も認める必要がある。

したがって、未完成のまま手形を呈示することで、時効の中断をなしうるとすべきである。

【論点】白地手形と権利行使

\* 左記は同旨の判例あり

3 しかし、本件支払呈示は4年経過後になされている。そこで、既に白地手形の消滅時効が完成し

【論点】満期白地の手形について  
権利の時効消滅

ていないか。満期白地の手形の時効期間が問題となる。

思うに、手形は商行為というべきである(商法 501 条 4 号)。したがって、商法 522 条から、商行為として 5 年の消滅時効にかかると解する。

以上より、本件 B の支払呈示には、消滅時効を中断する効果があるということになる。

二 小問 2 について

1 本件手形は白地手形であるが、各小問とも、白地に本来補充する権限ある A の意図を越えた補充がされた場合である。

善意・無重過失で補充権が濫用された手形を取得した者は、振出人に手形上の文言通りの責任を追及できるとされている(10 条)。

小問(1)の場合はまさに上記条文が適用される場合である。したがって、C が事情に善意・無重過失である場合、C は手形金を A に請求できる。

2 しかし、10 条の適用範囲は明らかでない。小問(2)のように、補充がなされないまま譲渡を受け、真の補充権の内容について善意で白地を補充した者は 10 条で保護されるのか。

思うに、かような者も、補充済みの手形を取得した者も要保護性に代わりはない。また、手形債務の内容に関係がない事項について不当補充をなした場合にまで、手形を無効とすべきでない。

したがって、補充権の内容について善意・無重過失によって白地補充した者も 10 条によって保護されると解する。

すなわち小問(2)の場合も、C が補充権の内容について善意・無重過失によって白地補充したのであるなら、A に手形金を請求できる。

3 ただし、金額のような重要な事項について補充権の内容を信じて白地手形を取得した者が不当補充をした場合、通常重過失が認められる。したがって、この場合は事実上 10 条によって白地手形の取得者が保護されることはありえない。

10 条によって保護されるのは、満期、支払地について白地の手形を取得した者と解することにな

【論点】白地手形の不当補充

条文の本来適用の場合

条文の適用に争いがある場合

\* 同旨の判例あり

加点事由

ろう。

以上

## 第 50 問 B

手形がいかなる趣旨の下で振り出されるかを分類した上で、手形が原因関係の決済の手段として振り出されたが、振り出された趣旨が不明な場合、いかなる趣旨で手形を振り出したものと推定すべきかについて論ぜよ。

基礎点 19 点 前段 2 点 後段 4 点

【論点】手形の振らないし権利の移転と原因関係との関係

3 つの場合についてきちんと書く

この点は結構難しい

### 解答例

#### 一 前段について

手形を用いて支払をなす際、支払に代えて手形を振り出したとすると、これは手形による代物弁済の意味であるから、原因債権は消滅する。一方で、支払のために手形を振り出した場合は、原因関係について債務の本旨にしたがった履行があるとはいえず、原因関係は消滅しない。

また、支払のために手形を振り出した場合にも、担保の趣旨で振り出したならば、権利者は原因債権・手形債権いずれを先に行使してもよい。

一方で、支払方法として振り出した場合、手形債権を先に行使すべきことになる。

支払いに代えて振り出す場合

支払いのために振り出す場合

担保手形

狭義の支払いのために振り出した場合

#### 二 後段について

1 上記のうちいかなる趣旨で手形が振り出されたか当事者意思が不明な場合、どの趣旨で手形が振り出されたものと推定すべきか。

2 その判断は、手形の振出人と受取人の利益を衡量してなすべきである。

まず、手形が振り出されても、必ず支払がなされるとは限らない。とすると、手形の授受だけで既存債務を消滅させる意思が当事者にあるとは考えられない。代物弁済の結果を導くには、当事者間に明確な

意思表示が必要である。

したがって、支払のために振り出されたものと推定すべきである。

結論

3 さらに、担保のために振り出されたものか、狭義の支払のために振り出されたものかいずれと推定すべきか。

この点、手形上の唯一の義務者が原因関係上の債務者であり、かつ第三者方払いでない場合は、担保のために振り出されたものというべきである。

\* 同旨の判例がある

この場合、手形関係は取立債務であるとされる（38条）。一方で、手形が振り出された場合、特段の約定ない限り、原因関係の履行も取立債務であると解すべきである。

となれば、手形の振出人にとっていずれが先に行使されても不利益はない。したがって、手形所持人の利益を重視し、担保のために振り出されたものと推定すべきである。

一方、手形上の義務者が他に存在する場合は、まずは振出人に手形を支払呈示することが求められる。これは手形債権の行使が先に求められる場合であるといえる。

また、第三者方払いの場合、担保のためと解すれば、債務者は第三者方と自己の元に資金を二重に用意する必要があり債務者に不利益である。かかる不利益を債務者から回避させる必要がある。

したがって、既に述べた場合以外は、狭義の支払のために振り出されたものというべきである。

結論

以上

## 第 51 問 A

手形上の権利の移転について

- 1 裏書禁止手形の譲渡の際、対抗要件としての通知・承諾は必要か。
- 2 手形債権が譲渡された場合、手形債務につけられた民法上の保証債務も移転するか。
- 3 裏書の連続が認められない場合、手形所持人は権利推定されないのか。例外は認められないかについて論ぜよ。

基礎点 17点 各論点 2点

【論点】裏書禁止手形の譲渡 要件に争いがある

【論点】権利移転的効力の及ぶ範囲 手形上の権利以外の権利も移転するか

【論点】裏書の連続による権利推定の根拠、【論点】裏書の不連続  
裏書の連続がない場合にも、権利推定をどうやって認めるのか？

解答例

一 小問1について

1 裏書禁止手形は指名債権の譲渡に関する方式にしたがって譲渡できる(11条2項)としている。

この際には、通知・承諾(民法467条1項)は必要か。

2 この点、手形債権では二重弁済・二重譲渡の危険はないとして、上記の要件を不要とする見解がある。

しかし、このような結論は解釈によって第三の譲渡方法を設けたことと同じになる。とすると、手形法が手形上の権利の裏書を権利譲渡の方法としてわざわざ指定した意味がなくなることになる。

あくまで、指名債権の譲渡に関する方法にしたがって、と条文が述べている以上、文言通り、通知・承諾を必要とすべきである。

【論点】裏書禁止手形の譲渡

\* 意思表示と手形の交付だけで、かつ裏書をせずに債権譲渡ができる場合であることになる

二 小問2について

民法上の契約によって手形債務を保証した場合、かかる債務は手形債権の譲渡に伴い当然移転するか。

思うに、保証債務は随伴性を有する。また、譲渡による保証債務の移転は通常予想されるから保証人を不当に害することもない。

したがって、当然に移転するというべきである。

【論点】権利移転的効力の及ぶ範囲

三 小問3について

1 手形面上の最終の被裏書人は、裏書の連続を要件として、手形上の権利者と推定される(16条1項)。

とすると、裏書の連続が認められない場合、権利

【論点】裏書の不連続

推定はされないことになりそうである。ここで、一切権利推定がされないかどうか判断する。

2 まず、裏書の連続による権利推定の立法趣旨は次の通りである。

手形上の権利移転は裏書通りになされたとは限らない。にもかかわらず、手形上の権利が譲渡された過程をすべて証明しないと権利行使できないとすれば、権利者に負担があまりにも大きく、手形の流通も阻害することになる。

(また、手形上の権利は裏書によってなされることが多く、かつ裏書譲渡もまた有効になされた可能性は高い。ここで、手形の所持人が最終の被裏書人とされていれば、その者が権利者である蓋然性は高い。)

以上の理由から、裏書の連続による権利推定の制度がおかれたのである(16条1項)。

3 そして、16条の立法理由が上の通りであるとすると、裏書の連続ない部分について実質的権利移転の証明がなされれば、被裏書人が権利者である蓋然性の高さを同様に認めることができる。

したがって、裏書の不連続部分についてのみ実質的権利移転がなされたことの証明をなせば、全体として裏書の連続は認めうるというべきである。

上記の方法によれば、本件場合も手形所持人は権利推される。

以上

【論点】裏書の連続による権利推定の根拠

\* 架橋説(判例)

## 第52問 A

次の各場合において、裏書の連続は認められるか。

- 1 裏書の連続があった手形について、裏書の被裏書人の記載のみ抹消された場合
- 2 被裏書人丙とある裏書に続く裏書において、裏書人が丙相続人丁と記載された場合
- 3 被裏書人欄B、裏書人欄A会社代表取締役Bと記載された場合と 被裏書人欄B、裏書人欄A会社Bとされている場合

基礎点 19点 各小問 2点

【論点】連続の有無の判断方法

違いが難しい。

は明らかに人格に齟齬があることは分かりますか？

解答例

一 裏書の連続は形式的資格の有無の判断に用いるものだから、手形面上の記載から客観的に判断すべきものである。

ただし、判断にあたっては形式的になすのではなく、手形面上の記載を社会通念にしたがって合理的に判断すべきである。

書面はそのように内容を判断するのが通常であるし、形式的に判断すると裏書の連続が認められないことが多くなり、取引の安全を害するからである。

二 1 被裏書人の記載が抹消された場合

被裏書人の記載が抹消された場合、裏書の連続は認められるか。

思うに、抹消された部分のみの記載がないと見るのが自然である。また、白地式裏書が認められていることからして、被裏書人の記載と裏書を一体と解する必要もない(13条2項)。

したがって、被裏書人欄の記載のみが抹消され、白地式裏書になるといふべきである。以上より、連続は認められると解する。

2 被裏書人丙、裏書人丙相続人丁と記載された場合

この場合、裏書の連続はあるか。

思うに、裏書の方法は法定されているから、それ以外の方法は認めるべきでない。肩書きは無益的記載事項として無視すべきである。

したがって、裏書の連続はないといふべきである。

3 被裏書人欄B、裏書人欄A会社代表取締役Bと記載された場合

この場合裏書の連続はない。被裏書人がBであるに対して後者はAが代理方式で手形を裏書したのが手形面上明らかだからである。

【論点】連続の有無の判断方法

\*判例

思うに、相続人と被相続人は同一人格者であって、両者は一体的関係にある。相続人との肩書きがあれば、被裏書人と裏書人とがかか

る関係にあることは十分に分かる。したがって、裏書人も相続人であるとの肩書きをつければ、裏書の連続を認めてよいと解する。

一方で、被裏書人欄 B、裏書人欄 A 会社 B とされている場合、裏書の連続を認めることができるか。  
 上記記載の内容を判断するに、後者は代理方式で裏書したものと B 名義で裏書したものと解しうる。しかし、両記述を比較対照し合理的に判断するならば、A 会社は肩書きと解釈すべきである。  
 したがって、この場合は連続はあるというべきである。

以上

第 53 問 A

1 B は代理権限を偽って、A 代理人 B 名義の手形を振り出し、C が受取人となった。C はいかなる法律構成によって、A に手形金を請求できる可能性があるか。  
 2 A は B を受取人として、手形を振り出したが、C は B から手形を盗み出し、受取人欄抹消の上、自己の名称を受取人欄に書き込んだ上で、悪意の D に手形を譲渡した。D は C に遡求できるか。

基礎点 21 点 各論点 2 点

代理権限を偽って 表見代理の問題……というだけでは不十分  
 もっと有利な構成は取りえないか？【論点】善意取得制度の適用範囲  
 D は悪意、善意取得できない その者が手形上の権利を行使できるわけがない！  
 【論点】善意取得できない者が無権利者に何らかの請求ができるか

解答例

一 小問 1 について  
 1 本件 B は代理権限を偽って、A の代わりに法律行為を行っている。そこで、C は民法上の表見代理の規定によって保護される可能性がある。

その上で、手形法上の善意取得制度の適用はないか。  
 2 善意取得の制度は 16 条 1 項を受けて、手形面上権利者らしい資格がある者から手形の譲渡を受けた者を保護する制度である。この 16 条 1 項は最終の被裏書人を権利者と推定させるものに過ぎない。  
 したがって、善意取得制度は前主の無権利のみを

【論点】善意取得制度の適用範囲  
 \* 適用範囲を広く解する説  
 思うに、手形取引の安全は可及的に保護すべきである。しかも、16 条 2 項は「事由ノ何タルヲ問ハズ」としてあり、法文上の障害もない。  
 したがって、善意取得制度は、権利移転行為の瑕疵一般を治癒する

治癒する制度と解すべきである。すなわち、代理権の不存在の場合や、手形所持人が最終の被裏書人でないなどの瑕疵を治癒するものではないと解する。

3 実質的にも、手形の占有者が最終の被裏書人が否か、正当な代理権限があるかについての調査は、社会生活上の当然の注意義務であるというべきである。

すなわち、そのような点についての注意義務は手形取引の安全以前の問題であり、かかる義務を果たせない者は16条2項による保護に値しない。

制度であると解する。

## 二 小問2について

1 本件Dは事情に悪意であるから、手形上の権利の善意取得はできない。

その上で、手形行為独立の原則を根拠に、Cに手形上の権利の履行を請求できないか。

2 思うに、手形行為独立の原則は債務負担面に関するものであり、権利行使ができるのは手形上の権利を取得した者のみである。

手形上の権利は一個の権利として構成されているし、手形債務を負担することと、誰に対して負担するかは別の問題であるからである。

3 したがって、善意取得していない者が担保責任を追及できないのは当然である。

以上より、DはCに遡求することはできない。

以上

【論点】善意取得できない者が無権利者に何らかの請求ができるか

\* 前田説

手形行為独立の原則からすれば裏書人として署名したCはDに担保責任の追及を受けるはずである。

しかし、BのDに対する手形返還請求権とDのCに対する手形金請求権は両立しない。

このような両立しない権利の存在を否定するため、DのCへの請求は認めるべきでない。

## 第54問 A

次の各場合、いかなる事情について悪意であればCに害意（手形法第17条但書）あるといえるかについて論ぜよ。

1 AがBを受取人として手形を振り出し、BはCに権利を裏書譲渡した。A B間の原因関係が解除された場合

2 上記事例で、A B間に相殺の抗弁がある場合

3 善意の者からCが権利の譲渡を受けた場合

原因関係が解除 = 通常の抗弁

相殺の抗弁 = 別に考える

絶対的構成か相対的構成か

基礎点 19点 各小問 2点

【論点】人的抗弁切断の制度の根拠

【論点】「債務者ヲ害スルコトヲ知りテ」の意義

解答例

一 手形法 17 条但書の害意の内容を明らかにするには、17 条の趣旨を明らかにする必要がある。

民法上の債権譲渡の建前からは、債務者は債権の譲受人には全ての抗弁を主張できるのが原則である（四 68 条 2 項）。

しかし、その原則を維持すれば、手形が転々流通する間に雪だるま式に抗弁が増え、手形上の権利行使が困難になる。ひいては手形の流通を阻害する結果となる。

そこで、第三者との関係では手形上の義務者は人的抗弁を主張できないと手形法は定めた（17 条本文）。

【論点】人的抗弁切断の制度の根拠

二 このように 17 条は、手形流通促進の為の制度であるから、「害意」を持つ者を保護する必要がある。そこで 17 条但書は害意を持つ者には、手形義務者は人的抗弁を主張できるものとした。

ここで振出人を「害スル」というためには、単に義務者が抗弁を持つことについて悪意であるだけでは足りない。

すなわち満期日において、債務者が取得者の前者に対して手形金の支払いを拒み得、かつ拒むことが確実だと予測されるような事情が存在する場合でなければならない。拒むことが確実でないとなれば、必ずしも手形金の請求が債務者を害するとはいえないからである。

【論点】「債務者ヲ害スルコトヲ知りテ」の意義

かような事情の有無は抗弁事由によって様々であるから、事案ごとにこれを決しなければならない。

三 1 これを各小問に具体的に当てはめる。  
まず、通常の抗弁は確実に行使されると思われる。  
そこで、単に抗弁の存在について悪意であれば、害する意図ありと**いってよい**。また、抗弁が生じるべき原因を知ってる場合もまた、同様である。

すなわち、Cは解除されたことについて悪意である場合のみならず、解除される蓋然性が高いことを知りつつ手形の譲渡を受けた場合も、害意ありと評価される。

2 一方相殺の抗弁については、通常は行使されるか否か分からない。したがって、害意ありというには、**抗弁の存在に悪意であるだけでは足りず、抗弁が確実に行使されるという事情につき悪意である必要がある**。

3 **善意者が一旦現れれば、その後現れた事情につき悪意の者は保護される**。

振出人は、善意者には手形金を支払わなければならない以上、事情に悪意でも振出人を害するとはいえない。しかも、そのように考えないと善意者の手形を譲渡する権利が制限されるからである。

したがって、本件Cについては、いかなる事情について悪意であっても、人的抗弁を対抗することはできない。例外は、Cが善意の者を利用して、人的抗弁の切断の利益を受けようとした時のみであると解する。

以上

\* 抗弁が確実に行使されるという事情 = 受取人が倒産すること  
相殺により債権の回収をすることが確実だから

#### 第 55 問 A

次の各小問に答えよ。

- 1 AがBを受取人として手形を振り出し、BはCに権利を裏書譲渡した。その後 A B間、B C間双方の原因関係が消滅した場合、CはAに手形金を請求できるか
- 2 AがBを受取人として手形を振り出し、BはCに権利を裏書譲渡した。その後 B C間の原因関係が消滅した場合、CはAに手形金を請求できるか。

基礎点 21 点 各論点 2 点

【論点】二重無権の抗弁

【論点】後者の抗弁

消滅する抗弁が違う

## 解答例

### 一 小問1について

1 本件事項の下では、A B間の人的抗弁についてCに対しては17条により対抗できない。一方で、BのCへの抗弁をAは援用できない。とすると、CのAへの権利行使は認められそうである。

しかし、Cは実質的に無権利者であるし、CがAに請求できるとすると、AはB、BはCに不当利得の返還請求をすることになり、資金の無意味な循環を生じる。

そこで、端的にCのAへの権利行使を封じる法的構成が問題となる。

思うに、17条は手形取引安全の規定である。しかし、BC間の原因関係がないから、Cは人的抗弁の切断の利益を享受しうべき地位にないというべきである。

したがって、本問の場合、17条の適用はない。

すなわち、Cに対してはA B間の人的抗弁を対抗でき、CはAに手形金を請求できない。

### 二 小問2について

CはBからの抗弁をAには主張されない。しかし、Cは本来Bに手形を返還すべき債務を負う者であり、手残手形による請求をなす者であるにすぎない。

しかも、CがAに請求できるとしても、Cは不当に利得するものであり、受け取った手形金も遅かれ早かれ取り返される運命にある。

そこで前段と同様、CのAへの請求を封じる法律構成が問題となる。

本小問の場合、AはBに対して抗弁を有しないから、それを理由にCに対して請求を拒むことはできない。

そこで、Cの権利行使は権利濫用として封じるのが妥当であると解する。

### 【論点】二重無権の抗弁

\* 有因論から

A B、B C間の原因関係が消滅した場合、手形上の権利移転行為も同時に消滅する。権利移転面は原因関係と有因だからである。

したがって、AはCに無権利の抗弁を主張できる。結果手形金は請求できない。

### 【論点】後者の抗弁

\* 有因論から

B C間の原因関係が消滅した場合、手形上の権利移転行為も同時に消滅する。権利移転面は原因関係と有因だからである。

したがって、AはCに無権利の抗弁を主張できる。すなわち手形金は請求できない。

第 56 問 B

A は B に金融を得させる目的で、B を受取人として手形を振り出した。かかる手形を C が割り引いたとして、次の各場合 A は C の請求を拒みうるか。

- 1 融通手形であることについて C が悪意の場合
- 2 B は、約束の期日になっても A に資金を供与しないという事情について C が悪意の場合

基礎点 21 点 各小問 2 点

【論点】「債務者を害することを知りて」の意義

【論点】融通手形の抗弁

解答例

一 1 本件 A の振り出した手形はいわゆる融通手形である。

融通手形の抗弁は人的抗弁の一種であるから、本問は、17 条の解釈問題に帰着する。

そこで、A が請求を拒むには、C に害意あるといえなければならない(17 条但書)。そこで、17 条但書の趣旨を明らかにする。

2 17 条本文は、手形流通促進の為の制度であるから、「害意」を持つ者を保護する必要がない。そこで、害意ある者には人的抗弁を主張できるとした規定が 17 条但書である。

そこで、振出人を「害スル」というためには、単に義務者が抗弁を持つことについて悪意であるだけでは足りない。

すなわち満期日において、債務者が取得者の前者に対して手形金の支払いを拒み得、かつ拒むことが確実だと予測されるような事情が存在する場合でなければならない。

拒むことが確実でないとするれば、必ずしも手形金の請求が債務者を害するとはいえないからである。

【論点】「債務者を害することを知りて」の意義

二 1 それでは、融通手形の場合、拒みうることが確

実であり、拒むことが確実な事情をどのように考えることになるか。

2 そもそも融通手形とは、被融通者をして金銭を得、または得させたと同一の効果を発生させるものである。したがって、融通手形であることについて悪意であるに過ぎない者の請求を振出人が拒めないのは当然である。

その意味で小問1の場合、AはCの請求を拒めない。

3 しかし、融通者と被融通者の間に債務不履行が生じている等の事情を知って、それでも手形を受け取っている者は、振出人が最終責任者たることを拒むことを当然知りうる。とすると、かかる事情を知る者は害意あるといえる。この場合、振出人は融通手形の抗弁をもって対抗できると解する。

小問2の事情はBがAに債務不履行があることを示す事実である。したがってかかる事情に悪意のCに対しては、Aは手形金の支払を拒めるといふべきである。

以上

\* 融通者が被融通者に手形を使って金を作り、供与するのが融通手形 　　そういう関係にあるということを知っている = 単に融通者が信用を供与したということについて悪意だということ

#### 第57問 B

1 AがBを受取人として手形を振り出した。A B間には人的抗弁が存在したが、Bは事情に善意のCに裏書譲渡を行い、BはさらにCから裏書譲渡を受けた。 BはAに手形金の請求ができるか。

2 AがBを受取人として手形を振り出し、BはCに手形を譲渡した。その後A C間に人的抗弁が発生したが、Bは抗弁の存在について悪意でありながら、Cから手形の裏書譲渡を受けた。BはAに手形金の請求ができるか。

3 満期前に支払をなす場合と、満期前に振出人が戻裏書を受ける場合とを比較して論ぜよ。

基礎点 19点 各論点 2点

【論点】戻裏書の法的性質

A	B	C	B
		善	

【論点】戻裏書の被裏書人は人的抗弁の対抗されるか

A B C B  
抗弁発生 悪意

【論点】戻裏書と手形法 16条 2項との関係

解答例

一 小問 1、2 について

1 本問事例において、B は人的抗弁の切断の効果を  
受けうるか（17条本文）。

この問題を、戻裏書の法的性質を、従前の法的地位が回復されるものであると解した上で検討する説がある。

しかし、戻裏書も裏書には違いがないから、手形法上の特則もないのに、特に効果を別異に解すべきではない。

したがって、戻裏書は手形上の権利を移転させる効果を有するに過ぎない。再度手形を取得した者は、そこで新たに権利を取得したと同様であると解する。

【論点】戻裏書の法的性質

2 その上で、各小問を検討する。

(1)まず、小問 1 について、手形が裏書譲渡された場合、17条によって人的抗弁が切断される。かつ、善意者は完全な権利を他人に交付できなければ保護されたことにならない。したがって、善意者が現れた後、後の悪意者は保護されるのが原則である。

しかし、本問事情においては B に人的抗弁切断の恩恵を受けさせるのは不当である。これを肯定すれば、善意の者を利用して、抗弁切断の制度が悪用されるおそれがある。

A に人的抗弁を主張させるための法的構成としても、人的抗弁は抗弁の対抗を受ける人に付着したものであると解することができる。

したがって、この場合の A は人的抗弁が切断され

【論点】戻裏書の被裏書人は人的抗弁をもって対抗されるか

\* なお、B は C に権利行使できるかについて、C は B の権利者でもある。したがって、C はその地位に基づいて B の権利行使を拒める

ず、抗弁をもってBに対抗できる。

(2)次に小問2について、本問事例において、AはBに対し、AのCへの抗弁をもって対抗できるか。

思うに、抗弁の発生を知って戻裏書を受けている者を保護する必要がないのは、通常の裏書譲渡を受けた者と変わりはない。

したがって、AはBに対しAのCへの抗弁を対抗でき、BはAに手形金の請求をすることができない。

二 小問3について

1 満期前に支払をなす者は無権利者に支払った場合も免責されない(40条2項)。一方、法文上は戻裏書を受ける場合、16条2項で善意取得できる可能性がある。

2 しかし、いずれも経済的には、手形金の支払をなしていると評価できる。にもかかわらずこのような結論をとることは不均衡である。

とすると、結論を各場合で一致させる必要がある。いずれに一致させるかについて、40条2項の潜脱を認めるわけにはいかない。

したがって、戻裏書の場合には上記の趣旨から16条2項は適用を排除すべきである。

3 以上より、満期前に支払をした場合も、戻裏書により手形を取得した場合も、同様に保護の対象にはならないと解する。

以上

というべきである。結局Bは誰にも手形金の請求はできない。

戻裏書後悪意になった場合

こちらは原則通りの処理

【論点】戻裏書と手形法16条2項との関係

## 第58問 B

BはAが振出人、自分が受取人となっている手形を、Cに取立委任の趣旨で裏書譲渡した。次の各場合について答えよ。

1 Aが手形金の支払を拒んだ場合、CはBに遡求できるか。また、Cから裏書譲渡を受けたDはどうか。

2 AがBに人的抗弁を対抗できる場合、事情に善意のCに対しても人的抗弁を対抗し、手形金の支払いを拒めるか。

基礎点 19点

小問 1 2点 2点

小問 2 2点

【論点】隠れた取立委任裏書の法的性質

解答例

一 1 本問のように取立委任の趣旨で、通常の裏書譲渡がなされる場合を隠れた取立委任裏書と呼ぶ。

各小問の帰結の説明のため、その法的性質をいかに解するかについて争いある。

2 この点、実質関係を重視し、権利移転の効力は発生しないとする説がある。しかし、手形法は当事者が任意に新たな効力を有する手形行為を創設することを許していない。

3 通常の裏書譲渡の形式でなされた以上、あくまで、手形上の権利移転の効力があると解するべきである。

ただし、取立委任契約が受任者と委任者の間にみられるから、人的抗弁として扱われると解する。

二 1 一を前提にして、小問 1 を検討する。

まず、被裏書人は裏書人に遡求できない。人的抗弁があるからである。すなわち、C は B に遡求できない。

一方で、被裏書人からの善意の被裏書人は裏書人に担保責任を追及できる。17 条によって人的抗弁の切断を主張できるからである。

したがって、D は B に対し遡求できる。

2 次に小問 2 について、振出人は受任者が善意の場合、人的抗弁を主張できるか（17 条本文）。

思うに、17 条の趣旨は、抗弁切断によって手形取引の安全を図る点にある。しかし、受任者にはその取引の安全を守るべき独立の経済的利益がなく、17 条による保護を与えるに値しない。ここで、17 条の適用を認めるならば、人的抗弁を對抗されないよう隠れた取立委任裏書の形式を悪用することを認めることになる。

したがって、本問振出人と受任者との関係では 17 条の適用はない。A は C に B への抗弁をそのまま主

【論点】隠れた取立委任裏書の法的性質

\* なお、振出人が受任者に人的抗弁を持つ場合、人的抗弁を主張できる。前述の法的性質論からの帰結である。

張することができる。

以上

### 第 59 問 A

手形の振出人 A は、最終の被裏書人 B の代理人と称する C が満期に達した手形を所持して現れ、手形の支払提示をしたので、手形金を支払った。支払時、A は C の支払受領権限には疑問があったが、その証明が難しいと考えていたが、はたして C には手形金の支払受領権限はなかった。この場合、A の支払は有効か。

基礎点 21 点 各論点 2 点

【論点】手形法 40 条 3 項の適用範囲

【論点】手形法 40 条 3 項の悪意・重過失の内容

### 解答例

一 1 本来支払受領権限のない者への弁済は無効である。しかし、満期後の支払について、一定の場合支払免責がなされる（40 条 3 項）。

しかし、本事例では、C は所持人たる地位ではなく、代理人としての地位を偽っているのも支払免責の対象となるか。その適用範囲が問題となる。

2 思うに、振出人は支払強制された者である。従って、免責の適用範囲を広く捉えないと振出人を十分保護することはできない。

したがって、被裏書人の無権利に止まらず、広く制限能力、代理権の瑕疵など一切の瑕疵を治癒すると解するのが妥当である。

3 本件 C は代理権限を偽る者であるから、その場合も支払免責の対象になる。

二 1 次に、A は、C の手形金の受け取り権限について疑問を持っている。

かような A が 40 条 3 項の悪意・無重過失の要件を満たすか。悪意・重過失の対象をどのように解すべきかが問題となる。

【論点】手形法 40 条 3 項の適用範囲

【論点】手形法 40 条 3 項の悪意・重過失の内容

2 思うに、裏書の連続ある手形の最終の被裏書人は権利推定がなされる（16条1項）から、手形訴訟に移行した後、手形行為者が敗訴する可能性が大きい。

にもかかわらず単に無権利であることに悪意・重過失であるのみで免責が認められないとするのは酷な結果を生じる。

したがって、40条3項の悪意・重過失の対象は、無権利であることに加えて、証明が容易であることというべきである。

ただし、権利推定が及ばない事項については、上記のような敗訴の危険はない。したがって、そのような事項については、通常通り、無権利についての悪意・重過失と解するのが妥当である。

3 本問Aは支払受領権限がないことの証明を難しいと考えている。したがって、その点について重過失がない限り、Aは支払免責なされると解する。故に、Aの支払は有効である。

以上

## 第60問 B

Aは満期日に資金繰りがつかなかったため、手形所持人の協力を得て、支払の延期をなすつもりである。そこで、手形金の支払猶予の方法とその問題点について論ぜよ。

基礎点 20点

【論点】支払の猶予の方法

- ・支払延期契約 1点
- ・満期の書換 1点
- ・手形書替 3点

解答例

一 支払猶予の方法としては、まず、延期契約をなすことが考えられる。しかし、このような契約は人的抗弁に過ぎない。

したがって、手形が流通したときには、原則手形所持人に振出人は支払の猶予をもって対抗できない(17

支払延期契約の指摘

条本文 )。

二 次に、満期の書換をなす方法がある。

しかし、契約当事者との関係では変造と扱われるから、所持人は旧満期日に遡求権確保の呈示をなさざるを得ない。

したがって、単名手形である場合か、義務者全員に書き直しについて同意を得た場合でないときあまり効果はない。

三 1 最後に、延期された満期を記載した新しい手形を発行する方法がある。これを手形の書替と呼ぶ。

手形書替の効果として、人的抗弁・保証契約・担保権など従前の手形関係が新手形に引き継がれるとされる。

2 ところが、手形書替の方式としては、支払の手段としてなし、旧手形は回収しない場合と、支払に代えてなし、旧手形は回収する場合がある。

支払手段として新たに手形が振り出された場合、旧手形関係は残存するので、抗弁はそのまま主張できる。

一方、代物弁済の場合、上記効果をどのように説明するか。代物弁済とすれば、旧手形の関係が消滅するので問題となる。

まず、人的抗弁については、新手形の原因関係は旧手形の原因関係でもあるから主張できる。

また、担保権については、新手形の発行に際し、同一の担保関係を生じしめる意思が当事者間にあるというべきである。

四 ただ、特に支払手段として手形を振り出した場合、回収されなかった旧手形が流通することがある。ここで、旧手形の満期に手形の支払い呈示がされた場合、手形の振出人は手形上の責任を負うか。

この場合、支払い延期のため新手形を振り出した等の事情は、旧手形については人的抗弁に過ぎない。

したがって、事情について悪意の者に限り、手形金を支払う必要がないことになる(17条但書)。

また、期限後裏書を受けた者には、指名債権譲渡の規定によって、支払済みの抗弁を主張できることになる(民法468条2項)。

以上

満期の書換

手形の書替

手形を  
回収しない 支払いのために手形  
を振出し

回収する 支払いに代えて振出し

代物弁済の場合の法的効果の説明

旧手形により請求された場合

\* 有因論からは無権利の抗弁の話となる)

第 61 問 B

手形保証の従属性と独立性について説明した上で、振出人と受取人間の原因関係が解除された場合、手形の受取人による手形金の支払請求を保証人が拒めるか否かについて論ぜよ。

基礎 19 点 各論点 2 点

【論点】手形保証独立の原則と手形保証の従属性の関係

【論点】主債務者の原因関係に人的抗弁がある場合

保証人は被保証人とは独立して債務負担 人的抗弁の援用ができないのが原則

【論点】主債務者の原因関係が解除された場合

解答例

一 前段について

1 手形保証は、従属性を有し、有効に成立した主債務者以上の債務を負わない。主債務が弁済・時効などの原因によって消滅した場合、従属性によって保証債務も消滅する。

2 一方、手形保証は他の手形行為とは関係ない独立の行為である。したがって、独立性を有し、主債務の無効・取消などの事由によって影響を受けない。

したがって、保証債務は被保証債務の方式の瑕疵を除き、その他の事由による他の債務の有効・無効によって影響を受けない。

3 以上より、支払・時効等によって消滅した場合、保証債務も消滅するというのは独立性の例外に過ぎないと解することになる。

したがって、保証人は被保証人が手形所持人に対して手形金の支払を拒みうる人的抗弁を有していても、保証人は上記の抗弁を援用できないことになる。

二 後段について

1 主債務者の原因関係が解除された場合、主債務者は人的抗弁によって、手形の所持人に手形金を支払う必要はない。本件のように原因関係が解除された場合も同様である。

それでは、その一方で、保証人は手形保証独立の原則によって、債務を負うことになるか。

【論点】手形保証独立の原則と手形保証の従属性の関係

【論点】主債務者の原因関係に人的抗弁がある場合

2 形式的に解すれば、前段で述べたように、保証人は手形金を支払わなければならない。

しかし、請求を認めたとところで、不当利得の請求関係が発生し、結局資金が無意味に循環するに過ぎない。また、手残り手形を用いて権利行使を認める必要もない。

3 そこで、手形金請求を認めない法律構成が問題となる。

まず、原因関係上保証契約が存在すると認められる場合については、保証人は直接の人的抗弁を有する。したがって、保証人は当然支払いを拒める。

それに対して、そのような原因関係の存在が認められない場合どのように解すべきか。

この場合は、権利濫用の抗弁によって、保証人は支払を拒めるというべきである。

以上

【論点】主債務者の原因関係が解除された場合

\* 有因論

思うに、手形保証の独立性を規定する 32 条 2 項は債務負担の規定であり、債務負担面以外は従属性が支配するというべきである。

したがって保証人は無権利の抗弁を主張することで、請求を拒めると解する。

## 第 62 問 B

A が支払のために B に手形を振り出し、B は支払に代えて C に当該手形を裏書譲渡した。次の各場合に C は利得償還請求権を行使できるか。

- 1 C が B への遡求権のみを失った場合
- 2 C が当該手形を時効にかけてしまった場合

基礎 19 点 各論点 2 点

【論点】利得償還請求権の法的性質

法的性質のいかんにより、の要件の認定の方法

利得償還請求権の取扱い（行使には手形が必要か、時効期間など）が変わる

【論点】手形上の権利が消滅したときは

【論点】利得の意義

## 解答例

一 小問 1 について

1 利得償還請求権取得のためには、手形上の権利が消滅する必要がある。しかし、その意味をいかに解すべきか。手形上の権利が一部でも消滅すれば権

利行使できるのか否か問題となる。

2 思うに、手形は経済生活上の便宜の制度に過ぎないから、遡求条件・時効の厳格性によって得た利益はその者に保有させるべきでない。

すなわち本請求権は公平の見地から認められたものというべきである。

このように、利得償還請求権が、公平上与えられる最後の救済手段であることを重視すべきである。

したがって、民法上の権利まですべての者に対する権利が消滅したことを要するというべきである。

本小問では、Cは遡求権を失ったのみである。また、Cは未だAに手形金を請求できるから、利得償還請求権を行使させる必要はない。

したがって、Cは利得償還請求権を行使できない。

二 小問2について

1 本小問では、Cは支払に代えて手形債権の譲渡を受けている上、手形債権自体を時効消滅させている。

したがって、手形上の権利の消滅の要件は満たす。またCが手形上の権利者であったことも間違いない。

2 次に、利得償還請求の対象となる利得とは、手形の原因関係上得た利益のことをさす。

(ただ、手形の転売・譲渡による差益は償還請求の対象ではない。このような利益は取得するに正当な利益であるからである。)

その上で、本問では誰が利得を得ているか。

思うに、BはAに原因関係上の債権を有していた。しかし、Bは手形を処分し、Cの所持する手形債権は時効消滅によって確定的に利益を得ている。Bの合理的意思からして、手形金の支払を受けたときと同様に、Bの原因関係上の債権は消滅していると解するべきである。

したがって、誰にも債務を履行する必要がなくなったAに利得があると解することが妥当である。

以上から、CはAに利得償還請求をなしうるとすべきである。

以上

【論点】利得償還請求権の法的性質

【論点】手形上の権利が消滅したときとは

【論点】利得の意義

\* 言い換えると、利得とは手形の授受に伴い受け取った対価のことをさす

利得の所在の認定

\* 同旨の判例がある

\*一について、不当利得説からの帰結

したがって、本請求権は単なる指名債権であるから、権利行使のためには除権判決を取得することや、手形の所持は不要である。

また、時効は手形の時効に従わない。さらに、裏書譲渡はできないし、白地補充もできないというべきである。

\*変形物説への批判

この点、利得償還請求権を手形に結合した権利であり、手形上の権利が縮減したものとする説もある。

しかし、手形上の権利なら、文言性から額面金額を当然に請求できるはずである。にもかかわらず、利得償還請求権の請求金額は手形の額面金額ではない。

この点からして、本請求権を手形上の権利の変形物と解するのは妥当でない。

\*二について、利得がBにあるとする説もある

この点、Aは手形を支払に代えて振り出して確定的に利益を得たから、A B間の原因関係は消滅している。したがって、Aに利得があり、Bに利得がないとする見解がある。

しかし、債権は民法上の規定にある以外では、契約当事者の意思とは関係なく消滅しない。すなわち、BはAに未だ債権を持っているというべきである。

思うに、Bは手形を譲渡した際の対価とAへの債権とを二重取りしているから、Aに利得がなくBに利得があると解する。

なお、Bは確定的に利益を得た以上、原因債権の支払を請求する必要がなく、Aは原因債務の支払いを要しないから利得があるとする見解もある。

しかし、BがAに債権の履行を請求しないというのは単なる希望的観測に過ぎない。また、遅延損害金等を考慮に入れるならば、Cに不当利得として金銭を返還してもAに請求した方が有利である。

したがって、法律上債務があるか否かという点については、未だAはBに債務を負っているというべきである。Aに利得はない。

おまけ 各種の会社（過去問からの出題例）

第 63 問 C

合名会社と 株式会社における 社員の地位の違いは、 投下資本の回収の方法にどのように反映しているか（平成2年度第1問）。

合名会社 組合に法人格が与えられたもの、人的会社の典型

・ 出資者 = 経営者 出資者の個性が重要

株式会社 物的会社の典型

出資者 経営者（所有と経営の分離）

社員の地位の違い 単なる出資者が経営者でもあるか

・ 合名会社と株式会社における社員の地位の違い これは説明した方がよい

一として書こう

投下資本回収の方法への現れを書く

- ・個性が重要 退社を認める（払戻を認めても構成員が無限責任を負い、問題なし）
- ・個性が重要でない 株式譲渡自由の原則（間接有限責任も理由）

## 解答例

一 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・代表権があり、（70条、76条）、会社の営業に関する一切の行為を行うことができる（78条）。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。

これは合名会社が社員個人による出資によって会社を設立し、自ら事業を行う小規模企業を予定していることの現れである。

また、合名会社の社員は直接無限責任を負う（80条1項）。社員が同時に経営者であり、営業主であることから認める責任である。

2、一方、株式会社においては取締役の資格条件を「株主であること」と定めることができず（254条2項）、所有と経営の分離が原則的体制とされている。

これは、大規模会社の経営のため、経営への関心の有無に関わらず、多数の株主の参加を予定しているからである。

かかる株主は最初の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し、投資による会社への参加を促進するためである。

二 投下資本の回収の方法

1 合名会社では

合名会社の社員は、経営権がある以上、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、他の社員の承諾が必要となる（73条）。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。

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る（84条）。ここで会社財産から払戻がされると、会社財産の減少をきたすかにみえる。しかし、合名会社では先に

\* 1 ページ

述べたように、各社員が無限責任を負うから、会社債権者の保護に欠けるとはいえない。

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。これは社員の個性が重要となる一方で、無限責任を負う点の現れであるといえる。

2 一方、株式会社では前述のように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。それに対応した資本維持の要請から、社員の出資金は払込まれたら返還されないのが原則である。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。 \* 2 ページ

ただし、これも前述の通り、株式会社における株主の存在はもっぱら出資者であるといえ、株主と会社との関係は希薄である。したがって、会社にとって誰が株主であっても構わない。

そこで、唯一の資本回収手段として、株式には自由譲渡性が認められる(204条本文)。

このように株主は株式の譲渡によって資本を回収することになっているが、それは株主が間接有限責任しか負わないが、会社との関係が希薄で個性がない点に求められる。

以上

#### 第64問 D

株式会社の株主総会と有限会社の社員総会とは どのような違いがあるか。そのような違いは どのような理由によるものであるかを論ぜよ。(平成11年度第1問)

いずれも社員による最高の意思決定機関

違い できること、決定権限が違う(社員総会 取締役会に近い)

小規模閉鎖会社か、大規模会社を予定しているかから違いが生ずる。

特に有限会社は、所有と経営が必ずしも分離していない!

#### 解答例

一 株式会社及び有限会社は、いずれも出資者が間接有限責任しか負わず、物的会社に分類されるものである。

しかし、株式会社は広く公衆から資本を募った大規

模経営を予定しているのに対し、有限会社は小規模閉鎖会社が間接有限責任の利益を享受するために作られた制度である。

したがって、有限会社の規定は株式会社の規定を小規模閉鎖会社向きに簡易化し、人的会社性を加味し、閉鎖会社向けに最適化したものであるといえる。

両会社における最高の意思決定機関である株主総会と社員総会の違いにも、右のような制度の目的の違いが反映しているといえることができる。

#### 二 1 両機関の権限について

株主総会は、原則として、会社の基本的事項しか決議できない(230条ノ10)。大規模会社では、株主は大規模経営の能力も意思もないのが通常だからである。

一方社員総会は、有限会社における最高機関であるのみならず、万能の機関であり、決議事項に制限が無い。小規模閉鎖会社の実状は、出資者が経営を望み、かつ能力があるのが通常だからである。

#### 2 召集手続について

株主総会の召集の際、召集の通知は二週間前になすことが必要(232条)である。大規模会社の経営状況の把握は難しいから、用意をする相当の期間が必要だからである。

一方社員総会召集の際には、召集の通知は一週間前で足り、かつ定款で期間を短縮できる(有限会社法36条)。小規模会社であるから、比較的用意に手間はかからないし、社員にとって経営状況は既に把握されているのが通常だからである。

また、召集手続が省略できることを明文で認めている(同法38条)。社員数が50人以下(同法8条)というように小規模会社であるから、事実上召集手続を省略して問題ないことがありうるからである。

#### 3 決議の方法について

株主総会では書面による議決権の行使が認められる。有限会社ではさらに進んで、書面による決議の制度が認められる(同法42条)。これは現実の会議自体を不要とするものであり、手続の簡易化を認めたものといえることができる。

以上