

司法試験 予備試験

新・論文の森

商法 補訂版

補訂版では内容の理解がより深められるよう
「参考答案」・「論点解説」をさらに充実!

全50問で商法のあらゆる
出題パターンに対応できる能力を養成

合格答案作成のすじ道(「思考のプロセス」・
「学習のポイント」等)の明示により答案の自己分析が可能



LEC 東京リーガルマインド 著

補訂版 はしがき

本書初版が発行されてから早いもので1年以上が経過いたしました。その間に実施された司法試験及び予備試験の状況は以下の通りです。

予備試験の最終合格者数は第1回（平成23年実施）の116名から第2回（平成24年実施）の219名へと大きく増加しています。また、平成24年司法試験では、予備試験合格者58名が最終合格を果たしています（合格率7割以上）。このような状況から考察するに、今後は更に予備試験の需要が増し、受験生が増加することが予想され、予備試験合格のためにはより一層の努力が必要になると考えられます。

予備試験は短答式試験、論文式試験、口述試験で構成されますが、特に論文式試験対策が重要です。第2回予備試験において、1643名の受験者のうち、論文式試験の合格点である230点以上の成績を修めたのは233名と、その割合は約15%です。論文式試験の突破が予備試験の最難関といえるでしょう。

このような状況を踏まえ、弊社では皆様の学習の一助となるよう、本書の補訂版を急遽刊行することにいたしました。

本書はあくまで既刊初版の補訂版であり、掲載問題の加除、修正は行っておりません。しかし、各問題における参考答案や解説部分を見直し、より分かりやすい表現、適切な内容へと改善いたしました。

本書をご活用いただくことにより、読者の皆様が予備試験の合格を勝ち取られることを祈念いたします。

2013年4月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

はしがき

平成23年7月17日（日）及び18日（月）の両日にわたり、第1回予備試験の論文式試験が実施されました。

予備試験は、法科大学院課程の修了者と同等の学識・応用能力等を有することを判定することを目的としています。論文式試験の出題は、多くの法科大学院で講義がされているであろう条文解釈上の基本的論点及び重要判例の理解を問うものであったといえましょう。

そこで、本書は、予備試験の論文式試験へ万全の対策をしていただくため、今後の予備試験論文式試験での出題が予想される、条文解釈上の基本的論点を多く含む論文式問題を厳選し、掲載いたしました。そして、それぞれの問題について、論点を指摘するとともに、参考答案をご提示し、より具体的に合格レベルの答案をイメージすることができるよう編集いたしました。

本書をご活用いただくことにより、論点に対する着実な理解と合格答案作成のノウハウを身に付けていただけるものと確信いたしております。

2011年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

20 会社法総合①

マスター問題

設立登記を終えたA株式会社には、設立にあたり以下のような事情が存在した。この場合の設立の効力につきどのような問題が生ずるか。また、甲及び乙はどのような責任を負うか。

設立中のA株式会社の発起人甲は、丙銀行から払込資金1000万円を借り入れたうえで、これを払込取扱機関である乙銀行に払い込んだ。その後、A株式会社の代表取締役就任した甲は、設立登記直後に乙銀行から1000万円の払戻しを受けて、これを丙銀行に返済した。これにより、A株式会社は経営資金を欠けに及び、A株式会社に対して売掛代金債権を有するBは、その回収をすることができなくなった。

なお、A株式会社の定款では、設立に際して出資される財産の最低額は1000万円とされているものとする。

▶▶ 出題の意図 ◀◀

会社法の成立により、従来あまり多くの改正がなされてこなかった設立分野においても大きな改正がなされました。従来からの実務上の問題点への対処という観点から、最低資本金の廃止、定款記載事項の変更、発起人及び会社設立当時の取締役の資本充実責任、払込取扱機関の責任等について重要な改正がなされました。

そこで、従来から資本制度と関係し、設立分野の重要な問題とされていた、見せ金に関する論点について、改正を踏まえて知識を整理していただきたく、事例問題という形で本問を出題しました。

出題の意図を、
論点及び
答案作成の両面
から指摘

本問の論点を
見やすく表示

★ 論点一覧 ★

- 1 見せ金による払込みの効力
- 2 見せ金にあたるか否かの判断基準
- 3 払込無効と設立無効の関係
- 4 仮装払込と保管証明責任

思考のプロセス

全体の注意点

- 1 本問は見せ金について問う典型問題ですので、誰でも一通りのことは書けるでしょう。したがって、答案戦略としては、他の人に差を付けられないよう分かり易い充実した論証をすることが重要といえます。また、多論点型の事例問題でもありますので、全体を通してコンパクトに論証し、問題文の事情を自分なりに評価したうえで丁寧にあてはめを行うことも要求されています。
- 2 平成16年の商法の改正は非常に大きなもので、会社法という新法制定を

答案作成に必要な
思考過程を紹介
論点間の軽重・関
連性もチェック可
能

本書の効果的活用法

参考 答 案

第1 設立の効力について

- 1 本問では、発起人甲が乙銀行に払い込みだ1000万円が、A会社の設立登記直後に全額引き出されて借入金の返済にあてられている。そこで、このような払込みは無効であり、その結果出資された財産が「設立に際して出資される財産の……最低額」（27条4号）に達しないとして、A会社の設立は無効とならないか。
- 2 まず、本問のような払込みの効力が問題となる。
- (1) この点、本問払込みは、払込取扱機関たる乙とは別の丙銀行から借り入れたうえで行われており、払込取扱機関と通謀して帳簿操作により払込みを仮装する、預払い（965条）にはあたらない。
- (2) そうであるとしても、本問の払込みは、発起人が払込取扱機関以外の者から金銭を借り入れて株式の払込みにあて、会社の成立後にこれを引き出してその借入金を返済する、いわゆる見せ金にあたり、無効とならないか。
- 確かに、見せ金は、預払いと異なり、形式的には払込みは行われている。しかし、借入れ・払込み・引出し・返済を全体として考察すると、実質的には、払込みを仮装するために当初から仕組まれた一連のからくりすぎない。かかる実質を重視すれば、見せ金も、払込みに関して財産が現実に出資されることを要求することにより資本充

実を図る法の趣旨に反する点で、預払いと異ならない。

そこで、見せ金による払込みは無効であると解する。

- (3) ただ、かかる見せ金にあたるかどうかは発起人の内心に関わるものであり、外部から判別し難いことから、これを客観的に判断する基準が必要である。

そこで、①会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、②払戻金が会社資金として運用された事実の有無、③借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響等を総合的に考慮して判断すべきと解する。

本問では、借入金も設立登記直後に返済されているから、①返済までの期間は短く、②払戻金は会社資金としては全く運用されていないといえる。また、A会社は1000万円の借入金の返済により経営資金を欠くに至っているため、③会社の資金関係に及ぼす影響も大きいといえる。したがって、本問甲の行った払込みは見せ金にあたり、無効である。

- 3 このように、甲の行った払込みが無効であるとすれば、出資された財産が「設立に際して出資される財産の……最低額」に達しない場合には、設立無効原因が存在することになる（828条1項1号参照）。では、これによってA会社の設立自体も直ちに無効となるか。

- (1) この点、改正前商法と異なり、会社法においては、発

論点間のバランス
に配慮した
参考 答 案 を 掲 載

←見せ金による払込み
の効力

←見せ金にあたるか否
かの判断基準

←払込無効と設立無効
の関係

サイドコメントで
論点名を明記

合格ライン

- 1 設立の効力について
 - ・ 見せ金による払込みの効力、見せ金にあたるか否かの判断基準について、矛盾なく自説を論じていること
 - ・ (払込みを無効とした場合) 払込無効と設立の効力の関係について、改正点に留意しつつ、自分なりに論じていること
- 2 甲の責任について
 - ・ 引受・払込担保責任の不存在及び任務懈怠責任の存在について言及していること
 - ・ 必要な条文を指摘して、結論を明示していること
- 3 乙の責任について

合格レベルが
すぐわかる

★ 論点解説 ★

① 株主の経理検査権の意義・内容

一 問題の所在

株主たるXが、甲株式会社の粉飾決算の有無を調査するためには、会社の経理内容について情報を獲得する必要がある。そこで、株主の経理検査権の意義・内容が問題となる。

二 経理検査権の意義・内容

経理検査権とは、株主が会社の経理内容について情報を獲得するため計算書類等の情報開示を求める権利のことをいう。

株主は、株主総会における議決権行使を通じて会社の基本的事項を決定し、また種々の監督是正権(847、854、360等)を行使することにより、会社については自らの利益を守ることができる。しかし、株主がこれらの権限を適正に行使するためには、会社の業務・財産の状況、特に経理の状況について正確に把握している必要がある。

そこで、法は一定の範囲で株主に経理検査権を与えている。すなわち、(

問題の所在で、なぜ本論点が問題となるのかを明示

論点ごとに、学説・判例を解説
各論点の深い理解につながる

三 検討

会社は、株主及び取締役に対して弁済請求(462)ができます。無意識的に取締役と会社を同視してしまい、請求の主体として会社を落としてしまうというミスがよく見受けられます。十分注意しましょう。

なお、返還義務を負う株主の範囲についても論じられれば加点事由となります。

■参考文献

神田・248頁以下、江頭・頁以下

基本書への
スピードアクセスが可能

オプション問題

公開会社であるP株式会社の代表取締役Aは、第三者割当ての方法で、取引先Q株式会社に対し、払込金額50円で大量に募集株式を発行した。P株式株式の株価は、過去1年間1000円前後で推移していたが、この募集株式発行により、大幅に下落するに至った。ところで、この募集株式発行は、取締役会の決議を経てはいたが、株主総会の決議を経ないままされたものであった。P社の株主Bは、会社法上どのような手段をとることができるか。募集株式発行事項の公示（会社法201条3項、4項）がされていない場合とはどうか。

（平成16年度旧司 第1問）

オプション問題を解くことで、当該分野を完全に習得

学習のポイント

設問前段の構成としては、まず、有利発行にあたることの認定をした上で、間では株主総会特別決議を欠いていることから、この瑕疵が新株発行の無原因にあたるかを検討することになります。ここでは、最高裁の判例（最判46.7.16）にそって無効原因あたらないと解した上で、取締役らに対する責任にまで言及する必要があります。取締役の対第三者責任、取締役の解任、不正価格で引き受けた者に対する責任に触れればよいでしょう。

設問後段については、新株発行事項の通知・公告を欠く発行について最高裁判例が出されているので（最判9.1.28）、それを意識した論述が望まれます。

（法務省発表の出題趣旨）

本問は、株式会社において違法な新株発行が行われた場合に、不利益を受ける旧株主には、商法上どのような救済手段が存在するかを問う問題である。具体的には、株主総会の特別決議を経ることなく、株主以外の者に対し特に有利な価額で新株が発行された場合に、旧株主は、当該新株発行の効力を争うことができるか、関係者の民事責任を追及することができるか、当該新株発行事項の公示がされていない場合とはどうかについて、判例・学説の状況を理解した上で、総合的に論述することが求められる。

オプション問題から学ぶべきポイント・出題の意図等をコンパクトに紹介

★ 論点一覧 ★

- 1 有利発行
- 2 株式発行の無効の訴えの可否
- 3 株主総会の特別決議を欠く株式の有利発行の効力
- 4 株式発行事項の公示を

参考 答 案

- 第1 合併契約書の承認前について
B社の株主であるXは、合併比率が不当だと考えている。このような場合、自己の有する株式の価値が下落するという経済的不利益を被る。
1 そこで、Xは株式買取請求権を行使するという手段を採ることができる（785条）。
すなわち、Xが本問の承認株主総会において議決権を行使することができない株主ならば直ちに、議決権を行使することができる株主ならば、総会に先立って書面でも合併に反対の意思を通知し、かつ、株主総会の場で当該吸収合併に反対していれば、会社に対し承認決議がなければ有したであろう公正な価格での株式の買取りを請求する。
これは、多数決の原則を承認しつつ、反対する少数株主にその投下資本回収の途を確保して経済的救済を図るためのものである。
2 もっとも、**このような手段を採る前提として**、合併比率等の合併に関する情報を得る必要がある。
そこで法は、合併承認株主総会の会日の2週間前から、各当事会社の吸収合併契約の内容を記載した書面もしくは電磁的記録等を当事会社の本店に備え置かなければならず、株主はその閲覧・謄写を求めることができるものとした（782条）。

←合併承認前の手続

参考答案の検討により、合格レベルの答案を具体的にイメージ

新・論文の森 商法 補訂版

目次

はしがき

本書の効果的活用法

1	設立	2
2	株主の権利義務・株主平等原則	18
3	株式譲渡・株主名簿①	34
4	株式譲渡・株主名簿②	52
5	株式譲渡・株主名簿③	74
6	株主総会①	88
7	株主総会②	100
8	代表取締役①	118
9	代表取締役②	138
10	取締役・取締役会①	156
11	取締役・取締役会②	174
12	取締役・取締役会③	192
13	取締役・取締役会④	220
14	取締役・取締役会⑤	240
15	機関総説（機関総合）・監査役	256
16	募集株式・新株予約権①	278
17	募集株式・新株予約権②	296
18	組織再編①	312
19	組織再編②	326
20	会社法総合①	344
21	会社法総合②	362
22	商法総則・商行為①	380
23	商法総則・商行為②	396
24	商法総則・商行為③	410
25	商法総合	424

参 考 文 献

[会社法]

- 神田秀樹「会社法」[第15版] 弘文堂 …………… 神田
江頭憲治郎「株式会社法」[第4版] 有斐閣…………… 江頭
江頭憲治郎・岩原紳作・神作裕之・藤田友敬編「会社法判例百選」[第2版]
有斐閣別冊ジュリスト…………… 百選

[手形・小切手法]

- 弥永真生「リーガルマインド手形法・小切手法」[第2版補訂2版] 有斐閣 …… 弥永・手形小切手
大塚龍児・林嶋・福瀧博之「商法Ⅲ 手形・小切手」[第4版] 有斐閣Sシリーズ …… SⅢ
落合誠一・神田秀樹編「手形小切手判例百選」[第6版] 有斐閣別冊ジュリスト …… 手形百選

[商法総則・商行為]

- 弥永真生「リーガルマインド商法総則・商行為」[第2版] 有斐閣…………… 弥永・総則商行為
落合誠一・大塚龍児・山下友信「商法Ⅰ 総則・商行為」[第4版] 有斐閣Sシリーズ …… SⅠ
江頭憲治郎・山下友信編「商法（総則・商行為）判例百選」[第5版]
有斐閣別冊ジュリスト…………… 総則商行為百選

[共通]

- 「平成〇〇年度 重要判例解説」 有斐閣ジュリスト臨時増刊…………… H〇〇重判

司法試験 予備試験

新・論文の森

商法 補訂版

1 設立

マスター問題

BがA株式会社の発起人として会社設立中に定款に何ら記載をせずに行った以下の行為に関して、次の問いに答えよ。

- (1) Bは、不動産業者甲との間で、会社成立を条件に営業所に使用する土地を購入する契約を締結した。本件土地を引き渡した甲は、A会社の成立後、どのような場合に、誰に対して土地の代金を請求することができるか。
- (2) Bは、広告代理店乙に、A社を紹介するためのパンフレットの制作を依頼した。これを制作し納品した乙は、A会社の成立後、どのような場合に、誰に対して制作にかかった費用を請求することができるか。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問で問題となる各論点はいずれも重要かつ基本的な論点ですが、しっかりとした理解ができていないと意外と書きにくく、他の方と差がつきやすい論点といえます。そこで、当該論点についての理解を正確なものにしていただきたく、本問を出題しました。

★ 論点一覧 ★

- 1 設立中の会社の法的性質
- 2 設立中の会社の実質的権利能力と発起人の権限
- 3 定款に記載のない財産引受けの効果

思考のプロセス

本問は設立の分野における基本的かつ重要な論点が問われています。設立中の会社の実質的権利能力の範囲・発起人の権限の範囲を論じたうえで、財産引受け、財産引受けにあたらぬ開業準備行為について矛盾なく丁寧に論述する必要があります。そして、設立段階における会社の財産的基盤の確立をどの程度重視するのかを意識した具体的な論述をすることも重要です。

さらに、本問では「どのような場合に」、「誰に」請求ができるかが問われています。このような問い方の場合、請求者が誰に請求をしたいかを考え、書く順番を決めるとよいでしょう。そのうえ、「どのような場合に」とあるので「～の場合に～に対して請求をすることができる」というように、問いに答える姿勢を答案上に示すとさらによいと思われます。

論点間のバランスについては、同一性説は、発起人の行為が成立後の会社に効果帰属するための説明概念にすぎないので、あまり厚く論じすぎないように注意して下さい。

参 考 答 案

第1 設問(1)について

I(1) まず、甲は、A会社に対して未払代金の請求をすることができるか。甲の請求が認められるためには、Bの行為の効果が成立後のA会社に帰属する必要がある。そこで、会社成立前に発起人の行った行為の効果が、いかなる場合に成立後の会社に帰属するかが問題となる。

会社は成立前にも権利能力なき社団として存在し、設立中の会社と成立後の会社は実質的には同一といえる。そこで、①設立中の会社の実質的権利能力の範囲内にあり、かつ②発起人の権限の範囲内でなされた行為の効果は、成立後の会社に帰属すると解する。

ア では、本問で①、②は認められるか。設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲が問題となる。

設立中の会社の目的は会社成立後直ちに営業を開始しうる状態にすることにあるから、開業準備行為も実質的権利能力の範囲内にあるといえる。

そうであれば、設立中の会社の実質的権利能力の範囲で発起人の権限を認めるべきだから、発起人の権限の範囲も、開業準備行為にまで及ぶと解する。ただし、財産引受けについては、健全な設立を目的として規制される現物出資の厳格な規定を潜脱するおそれがあるため、発起人の権限を制限し、定款に記載しない限り、

←設立中の会社の法的性質

←設立中の会社の実質的権利能力と発起人の権限

成立後の会社に効果帰属しないと解する（28条2号）。

本問の土地売買契約は、開業準備行為であり、①、②は認められる。しかし、当該契約は、会社の成立を条件とする財産譲受契約であるから財産引受け（28条2号）にあたる。

したがって、定款に記載がない本問では、成立後の会社に当該契約の効果が帰属せず、甲はA会社に対して代金の請求をすることはできないのが原則である。

イ もっとも、成立後のA会社が追認した場合、甲はA会社に対して代金請求をすることができないか。成立後の会社が、定款に記載なき財産引受けを追認できるかが問題となる。

定款に記載なき財産引受けは、設立中の会社の実質的権利能力の範囲を超える絶対的な無効行為ではなく、発起人の権限の範囲を超える無権代理行為であり、これを追認する余地がある。また、会社に有利な財産引受けであれば、追認を認めた方が会社財産の確保という28条の趣旨に合致する。

したがって、成立後の会社は、定款に記載のない財産引受けを追認することができる と解する（民法116条類推適用）。

←定款に記載のない財産引受けの効果

もっとも、会社利益保護の観点から、成立後の会社が新たにその行為をする際に要求される要件をみたす場合のみ追認は認められると解する。

本問では具体的な事情が明らかでないが、たとえば、甲の請求がA会社成立後2年以内になされ、かつ代金がA会社の純資産の5分の1以上にあたる場合には、事後設立の要件をみたすことが必要となる（467条1項5号本文、309条2項11号等参照）。

- (2) 以上より、A会社が要件をみたしたうえで追認をすれば、甲はA会社に対して代金の請求をすることができる。
2(1) では、A会社の追認がなく、甲がA会社に対し代金の請求ができない場合、Bに対して代金の請求をすることができないか。

前述したように、発起人は無権代理人と同視しうるので、発起人は無権代理人に準じた責任を負うと解する（民法117条類推適用）。

もっとも、同条にいう善意無過失が認められるには、発起人がすでに会社が成立しているかのように代表取締役名義で取引したなどの特段の事情が必要であると解する。なぜなら、通常の場合には、相手方は発起人に財産引受けの代表権限がないことを知りえたといえるからである。

- (2) よって、上記特段の事情のない限り、甲はBに対して

代金の請求をすることができない。

第2 設問(2)について

- 1 乙はA会社に対して費用の請求をすることができるか。
(1) この点、パンフレットの制作は開業準備行為にあたり、明文上定款記載事項ではないので、財産引受けの場合と異なり、成立後の会社に行為の効果が帰属するはずである。そうであれば、乙は成立後のA会社に対して費用を請求することができると思える。
しかし、財産引受け以外の開業準備行為であっても財産引受けと同様、会社の財産的基盤が害されるおそれはある。
そこで、28条2号を類推適用し、検査役の検査（33条）を通り、定款に記載した限度で会社に効果が帰属すると解する。
よって、定款に記載のない本問において、乙は原則としてA会社に対して費用の請求をすることができない。
(2) もっとも、財産引受け同様、発起人の行為は無権代理行為と同視しうるので、A会社が追認した場合、乙はA会社に対して費用の請求をすることができる。
2 また、A会社の追認なき場合、Bに対して無権代理人の責任に基づいて費用の請求をすることが考えられるが、設問(1)と同様に、特段の事情のない限り、認められない。以上

合格ライン

1 設問(1)について

- ・ 設立中の会社の法的性質について触れたうえで、設立中の会社の実質的権利能力の範囲・発起人の権限の範囲について、自説から矛盾なく論じていること
- ・ 営業所用の土地売買契約が定款に記載のない財産引受けにあたり、原則としてA会社に効果帰属しないことを認定していること
- ・ 成立後の会社による追認の可否について論じていること
- ・ 発起人Bに対する無権代理人の責任追及の可否について論じていること

2 設問(2)について

- ・ パンフレットの制作依頼が財産引受け以外の開業準備行為であることに気付いたうえで、論述をしていること
- ・ A会社への請求が原則としてできないとした場合、追認の可否、発起人Bの無権代理人としての責任について論じていること

★ 論点解説 ★

① 設立中の会社の法的性質

一 問題の所在

本問において、甲としては、まずA会社に対して営業所用の土地の代金を請求することが考えられる。もっとも、甲の請求が認められるためには、Bの行為の効果が成立後のA会社に帰属する必要がある。そこで、成立後の会社と設立中の会社の同一性を論じる必要がある。

また、乙の場合も、A会社に対してパンフレットの制作費用を請求するためには、Bの行為の効果が成立後のA会社に帰属する必要がある。そこで、甲の場合と同様に、成立後の会社と設立中の会社の同一性が問題となる。

二 学説

通説(同一性説)は、設立中の会社という概念を認め、それが成長発展して法人格を取得することによって完全な会社となるのであり、したがって、設立中の会社と成立後の会社とは実質的には同一のものであるとして、発起人のなした行為の効果が成立した会社に帰属すると説明している。

また、この設立中の会社の性質は権利能力のない社団であるとしている。
(理由)

- ・ 会社成立後の株主、取締役、監査役、株主総会に相応する株式引受人、執行機関たる発起人、監督機関たる取締役・監査役・議決機関たる創立総会が既に備わっている。

- ・ 設立中の会社は、株式会社としてまだ成立せず（49）、法の明文ない限り、権利能力のないものであるし、また、成立後の会社が社団である以上、それと実質的に同一の存在である設立中の会社も、はじめから社団であるというべきである。

三 判例

判例（最判昭 42.9.26）も同一性説を採ったものと考えられている。

四 検討

本論点については、同一性説が判例・通説であるため、同一性説を採るとよいでしょう。もっとも、この論点はあくまで前提論点にすぎないため、コンパクトに論述し、バランスを崩さないように注意して下さい。

同一性説に立つと、発起人Bが設立中の会社の機関としてなした行為の効果は、会社成立前は設立中のA会社に帰属し、会社の成立とともに当然に成立後のA会社に帰属することになります。

■参考文献

神田・55頁以下、江頭・105頁

② 設立中の会社の実質的権利能力と発起人の権限

一 問題の所在

設立中の会社を観念するのであれば、発起人Bは設立中の会社の機関であり、発起人Bがその権限の範囲内で行った行為の効果は設立中の会社に帰属し、さらに成立後のA会社に当然に帰属する（同一性説）。

もっとも、甲及び乙がA会社に代金・費用を請求するためには、Bが土地を買い受けた行為及びパンフレットの制作を依頼した行為が①設立中の会社の実質的権利能力の範囲内であり、かつ②発起人の権限の範囲内であればならない。

そこで、①設立中の会社の実質的権利能力の範囲及び②発起人の権限の範囲が問題となる。

二 学説

1 設立中の会社の実質的権利能力の範囲

- (1) 設立の目的の範囲内、すなわち設立に必要な行為に限られるとする見解（加美、松田ほか）

(理由)

- ・ およそ団体はその目的の範囲内において権利能力を有するところ、設立中の会社は会社の設立を目的とする。
- ・ 清算中の会社の権利能力が清算の目的の範囲内に限定されること（476, 645 参照）に対応させるべきである。

(2) 開業準備行為にまで及ぶとする見解（弥永，平出ほか）

(理由)

- ・ 設立中の会社は、単に会社の設立のみを目的とするものでなく、会社として営業を行うことをも目的としている。
- ・ 実質的権利能力の範囲を広く認めることが会社の便宜にも適うし、広く認めても発起人の権限を制限すれば資本の充実は害されない。

2 発起人の権限の範囲

(1) 会社の形成・設立それ自体を直接の目的とする行為に限られるとする見解（加美）

(理由)

発起人の権限濫用により、設立されるべき会社に負担がかかることを極力防ぐことが株式会社設立法規の立法目的の主要目的である。

(批判)

設立中の会社を認める以上、その機関たる発起人の権限をこのように狭く解する必要はない。

(2) 会社の設立に法律上・経済上必要な行為も含まれるとする見解（北沢）

(理由)

- ・ (1)説・(3)説に対する批判参照。
- ・ 設立段階で開業準備行為の一つである財産引受け行為が認められていることは、設立に必要な取引行為までは少なくとも認める趣旨と解される。

(3) 開業準備行為も含まれるとする見解（鈴木）

(理由)

株式会社の目的が一定の営業をなすことにある以上、営業をなしえる状態にある会社を創設することが会社の設立であるから、(1)説、(2)説の認める権限の他に開業準備行為も発起人の権限に含まれると考えるべきである。

(批判)

開業準備行為が無制限に発起人の権限に属するとすれば、その行

為の効果はすべて成立後の会社に帰属し、会社にとって危険であり、設立に関する厳格な規定の趣旨に反する。

この説も、財産引受けに関しては濫用防止のため特に法定の要件をみたす必要があるとする。また、財産引受けに関する会社法の規定（28②）を開業準備行為一般に類推適用する見解もある（弥永）。

三 判例

1 設立中の会社の実質的権利能力の範囲についての判例

見当たらない。

2 発起人の権限の範囲についての判例（最判昭 38.12.24）

判例は、発起人の権限につき「商法 168 条 1 項 6 号（現会社法 28 ②）の立法趣旨からすれば、会社設立自体に必要な行為の他は、発起人において開業準備行為といえどもこれをなしえず、ただ原始定款に記載されその他嚴重な法定要件をみたした財産引受けのみが例外的に許されるものと解される」としており、(3)説を排しているが、(1)説、(2)説のいずれを採用かは明らかでない。

四 検討

設立中の会社の実質的権利能力の範囲・発起人の権限の範囲については、どの説も有力であるので、いずれの説を採用しても構わないでしょう。

設立中の会社の実質的権利能力の範囲について、設立の目的の範囲内、すなわち設立に必要な行為に限られるとする見解を採用すると、甲及び乙のいずれの請求も認められないことになり、A 会社による追認の可否が問題になります。また、設立中の会社の実質的権利能力の範囲について、開業準備行為にまで及ぶとする見解を採り、発起人の権限の範囲について、会社の形成・設立それ自体を直接の目的とする行為に限られるとする見解、又は会社の設立に法律上・経済上必要な行為も含まれるとする見解を採った場合も、同様の結論になります。

これに対し、設立中の会社の実質的権利能力の範囲について、開業準備行為にまで及ぶとする見解を採り、発起人の権限の範囲について、開業準備行為も含まれるとする見解を採用すると、甲及び乙は成立後の A 会社に代金・費用の請求をすることができることになります。ただし、この説を採用しても、土地については定款に記載がありませんし、財産引受け以外の開業準備行為に 28 条 2 号を類推するのであれば、パンフレットの制作依頼についても定款に記載がない以上、成立後の A 会社への代金・費用の請求は否定されます。

③ 定款に記載のない財産引受けの効果

一 問題の所在

前述②において、Bの行為が、設立中の会社の実質的権利能力の範囲外であるとした場合、又は設立中の会社の実質的権利能力の範囲内ではあるが、発起人の権限の範囲外であるとした場合、その効果は成立後のA会社には帰属せず、甲の請求は認められないのが原則である。

もっとも、A会社がBの行為を追認できるのであれば、A会社が追認すれば、甲の請求が認められることになる。

そこで、無効な財産引受けを成立後の会社が追認できるか検討する必要がある。

さらに、成立後の会社による追認を認めない立場に立った場合のみならず、追認を認める立場に立った場合でも会社が追認しない場合に、行為の相手方は、発起人に対して責任を追及できないかが問題となる。

二 学説

1 成立後の会社による追認の可否

(1) 肯定説（鈴木、前田ほか）

（理由）

- ・ 成立後の会社がその財産の取得を望む場合に相手方の同意を得て新規に契約をし直さなければならないとすれば、かえって会社の利益にならない。
- ・ 理論的にも、設立の目的によって制限されるのは設立中の会社の権利能力ではなく発起人の権限であると解すれば、要件不備の財産引受けを一種の無権代理行為としてとらえ、民法113条以下の規定に従って追認を認めることは可能である。

（批判）

追認を肯定すると、財産引受けを厳格な規制に服させている法の趣旨が没却される。

肯定説を採用した場合、具体的にいかなる方法により追認すべきかが問題となるが、①成立後の会社が新たにその行為をする場合に要求される要件が必要であるとする見解や、②事後設立につき株主総会の特別決議が要求される（467 I ⑤、309 II ⑪）ことから原則としてこれらの要件

が必要であるとする見解がある。

(2) 否定説（加美ほか）

（理由）

開業準備行為は、設立中の会社の実質的権利能力もしくは行為力の範囲外であるから、追認の概念を入れる余地はない。

（批判）

追認を否定しても、新規の契約の締結や発起人個人に帰属した権利義務を債権譲渡・債務引受け等の特別の移転行為によって会社に移転することを認めるのであるから、追認のみを否定する理由は乏しい。

2 発起人の相手方に対する責任

(1) 発起人は原則として無権代理人の責任を負わないとする説（北沢）

（理由）

開業準備行為の相手方は、行為の当時、会社がまだ成立していないことを知りまたは知りうべきものであり、したがって発起人に代表権限がないことを知りまたは過失によって知らなかった（民 117 II）といえるからである。

(2) 無権代理の場合に準じ、相手方は発起人に対し民法 117 条による責任を追及できるとする説

（理由）

財産引受け契約を定款に記載し一連の法定手続を履践すれば、その効果は成立後の会社に帰属するのであるから、相手方が設立中の会社の開業準備行為であることを知っていても、民法 117 条 2 項の悪意にあたり解しえない。また、未登記の定款の閲覧を義務付けることは酷であり、特別の事情がない限り、相手方の過失は軽過失として不問にされてもよい。

三 判例

1 成立後の会社による追認の可否についての判例（最判昭 28.12.3）

判例は、「財産引受けが定款上無効なる場合と雖も、会社成立後に新たに商法 246 条（現会社法 467 I ⑤, 309 II ⑪）の特別決議の手續をふんで財産取得の契約を有効に結ぶことは可能であるが、原判決はかかる新たな売買契約の成立を認めていない。単に会社側だけで無効な財産引受け契約を承認する特別決議をしても、所論のごとくこれによって瑕疵が治癒され無効な財産引受け契約が有効となるものと認めることができない」としており、否定説に立つ。その後も、判例（最判昭 42.9.26・最判昭 61.9.11）は、

追認を否定する立場を踏襲している。

2 発起人の相手方に対する責任についての判例（最判昭 42.9.26）

判例は、定款に記載のない財産引受に関し、「財産引受は……設立中の会社の名において締結されるものであり、会社の成立を条件として契約上の権利義務が直接会社に帰属することを内容とする契約である。したがって、当事者間に特約の存する場合、民法 117 条の類推適用により発起人が履行の責に任ずべき場合等の特別の事情が認められないかぎり、原始定款の記載等の法定の要件を充たさないため成立後の会社に対し効力を有しない財産引受に基づき、発起人、あるいは、発起人組合が、当然に、財産引受の契約上の権利……を取得し、義務……を負うにいたることはないものと解するのが相当である」とし、発起人は原則として無権代理人の責任を負わないとする 2(1)説に立っている。

四 検討

追認の可否については、前述②で採った説により採るべき説が変わりますので、矛盾なく論じられるよう気を付けて下さい。

また、発起人に対する無権代理人の責任追及については、いずれの説も有力なので説得的に論じられていれば、どの説を採ってもかまわないでしょう。

B が土地を買い受けた行為、及びパンフレットの制作を依頼した行為は、開業準備行為にあたります。そこで、前述②で、設立中の会社の実質的権利能力の範囲について、設立の目的の範囲内、すなわち設立に必要な行為に限られるとする見解を採れば、B の行為は絶対的無効になります。したがって、否定説を採ることになり、追認は認められないことになります。

一方、設立中の会社の実質的権利能力の範囲について、開業準備行為にまで及ぶとする見解を採った場合、発起人の権限の範囲についてどの説を採っても、B が土地を買い受けた行為は財産引受けなので、定款への記載が必要ですが、本問では記載されていないため、理論的には追認が可能になります。また、B のパンフレットの制作を依頼した行為の場合は、発起人の権限の範囲について開業準備行為も含まれるとする見解を採り、かつ財産引受け以外の開業準備行為に 28 条 2 号を類推するという説を採れば、財産引受けと同様の結論になります。ただし、会社の財産的基盤確保のため法律が厳格な要件の下、財産引受けを認めている趣旨から追認を否定することも可能です。

成立後の会社による追認の可否について肯定説に立った場合、A 株式会社が追認すれば、甲は A 会社に対して土地の代金を、乙はパンフレットの制作費用を請求をすることができることになります。もっとも、追認の方法につき、①成立後の会社が新たにその行為をする場合に要求される要件が必要である

とする見解や、②事後設立につき株主総会の特別決議が要求されること（467 I ⑤, 309 II ⑪）から原則としてこれらの要件が必要であるとする見解に立つ場合は、これらの要件をみたす必要があります。

成立後の会社による追認の可否について否定説に立った場合やA株式会社が追認しなかった場合には、甲はA株式会社に対して土地の代金を、乙はパンフレットの制作費用の請求をすることができず、発起人の責任が問題となります。ここで、発起人の責任を原則として否定する説に立つと、甲及び乙はBに対して無権代理人に準じた責任を追及することができなくなります。その場合、契約責任では解決できないので、不法行為責任（民法709条）に基づきBに対して賠償請求することになります。これに対し、発起人の責任を肯定する説に立つと、Bは無権代理人に準じた責任を負うため、甲及び乙はBに対して土地の代金、乙は費用の請求をすることができます。

■参考文献

神田・46頁、江頭・71頁以下

オプション問題

Aが株式会社の発起人として会社の設立中にした行為に関して、次の問に答えよ。

- (1) Aは、Bとの間で、原材料を会社の成立後に譲り受ける契約を締結した。会社の成立後、会社の代表取締役になされたAに当該原材料を引き渡したBは、会社に対しその代金の支払を請求することができるか。逆に、会社は、Bに対し当該原材料の引渡しを請求することができるか。
- (2) Aは、Cに対し会社の宣伝広告をすることを依頼し、これを承諾したCは、近く会社が成立し営業活動を開始する旨の広告を行った。Cは、会社の成立後、会社に対しその報酬を請求することができるか。この請求ができないとした場合には、Cは、だれに対しどのような請求をすることができるか。

(平成7年度旧司 第1問)

学習のポイント

本問は、株式会社の発起人が、会社の設立中にした行為に関して、設立中の会社と成立後の会社との関係、定款に記載なき財産引受けの効力、発起人の責任等を問うものです。解答に際しては、各説からの帰結を整合的に論述することが求められます。

★ 論点一覧 ★

- 1 設立中の会社と成立後の会社との関係
- 2 設立中の会社の実質的権利能力と発起人の権限の範囲
- 3 定款に記載なき財産引受けの効力
- 4 会社の追認の可否と方法
- 5 財産引受け以外の定款に記載なき開業準備行為の効力
- 6 発起人の責任

参 考 答 案

第1 設立中の会社と成立後の会社との関係

1 B, Cが会社に対し所定の請求をしようするためには, Aが設立中の会社の発起人としてB, Cとの間で締結した契約の効果が成立後の会社に帰属することが必要である。そこで, まず設立中の会社と成立後の会社との関係が問題となる。

会社は設立登記によって成立する(49条)が, それ以前にも権利能力なき社団たる設立中の会社として社会的に実在する。そして, かかる設立中の会社が成長発展し, 権利能力を付与されて完全な会社となるのであるから, 設立中の会社と成立した会社とは実質的には同一である。

2 とすると, 設立中の会社の実質的権利能力の範囲内で, かつ, 発起人の権限の範囲内でなされた行為の効力は成立後の会社に帰属することになる。そこで, いかなる行為が右範囲に含まれるか, が問題となる。

設立中の会社の目的は会社成立後直ちに事業を開始する状態にすることまで含むというべきであるから, 会社として成立すべき過渡的存在である設立中の会社の実質的権利能力の範囲に事業行為は含まれないが, 開業準備行為は含まれると考える。

そして, 発起人は設立中の会社の機関として活動する以上, その権限の範囲も開業準備行為まで含まれるものと解

←設立中の会社と成立後の会社との関係

←設立中の会社の実質的権利能力

←発起人の権限の範囲

する。

第2 小問(1)について

1 A B間の契約は会社の成立を条件として会社成立前から存在する特定の財産を譲り受けるものであるから財産引受けにあたり, 定款に記載(28条2号)されれば有効であり, Bは会社に対し代金支払請求することができ, 会社側はBに対し原材料の引渡請求することができる。

2 これに対して, 定款に記載がないなど法定要件を充足しない場合は無効(28条柱書)であり, Bは会社に対し代金支払請求することができない。それでは, 定款に記載のない財産引受けを成立後の会社が追認することは可能であろうか。

この場合, 追認を否定し新規契約を要求するとの見解は, 相手方に履行拒絶の口実を与えることになり, かえって会社の利益を害することになる。むしろ会社保護の観点からすれば, 自己に効果を帰属させるか否かは会社の自由な判断に委ねられてしかるべきである。

そもそも28条が「効力を生じない」とする趣旨は, 財産引受けは会社の財産的基礎を危うくするおそれがあることから, 発起人の権限濫用をおそれて, 本来自由になしうるはずの行為を政策的に制限したものと解される。

そうであれば, 財産引受けは設立中の会社の実質的権利

←定款に記載なき財産引受けの効力

←会社の追認の可否と方法

能力の範囲内であるが、発起人の濫用防止のため、成立後の会社が自己に有利と評価したときのみ、民法113条以下の規定により追認できると解すべきである。

ただ、財産引受けの記載の潜脱を防ぐために、追認には事後設立の規定（467条1項5号、309条2項11号）を類推して、株主総会の特別決議を要すると解する。

そして、追認により相手方は所期の目的を達する以上、相手方の方から無効を主張し引渡を拒むことはできないと解する。

以上より、会社が追認すればBは会社に対して代金支払請求を、また会社はBに対して当該原材料の引渡請求をすることができる（民法116条参照）。

第3 小問(2)について

- 1 A C間の宣伝広告依頼契約は開業準備行為にあたる。したがって、設立中の会社の実質的権限能力、発起人の権限の範囲に開業準備行為を含むと解することから、右契約は有効となるはずである。

しかし、開業準備行為も発起人の権限濫用により会社の財産的基礎を危うくする点では財産引受けと何ら異なるところはないため、財産引受けに関する規定（28条2号等）が類推適用されると解すべきである。

したがって、定款に記載がある場合には、本件契約は有

◀財産引受け以外の定款に記載なき開業準備行為の効力

効であり、Cは成立後の会社に対して報酬請求することができる。

これに対して、定款に記載がない場合には、小問(1)と同様、Cは成立後の会社が追認したとの事情がない限り、会社に対し報酬請求できない。

- 2 それでは、会社に対して報酬請求できない場合に、Cは誰に対しどのような請求をなしうのであろうか。

本件契約は発起人が設立中の会社の機関として行った行為であるから本来その効果が発起人に帰属することはないが、前述と同様、発起人のなした行為は一種の無権代理と構成できることから民法117条を類推し、Aは無権代理人としての責任を負うと解すべきである。

したがって、Cが当該契約締結が法定要件を欠くために発起人の権限外の行為であることにつき善意・無過失である場合には、Aに対して報酬の全額請求、または損害賠償請求することができる。

また、広告により会社に利得が生じている場合には、法律上の原因を欠くことから、Cは会社に対し不当利得の返還請求をすることができる（民法703条）。

以上

◀発起人の責任

司法試験 予備試験 新・論文の森 商法 補訂版

2011年11月25日 第1版 第1刷発行

2013年4月25日 第1版補訂版 第1刷発行

著者 ● 株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

発行所 ● 株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎ 03(5913)5011 (代表)

☎ 03(5913)6336 (出版部)

☎ 048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec-jp.com/

印刷・製本 ● 倉敷印刷株式会社

© 2013 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-4198-9

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-4198-9

C3332 ¥3800E



9784844941989



1923332038000

定価**3,990円** 本体**3,800円** +税5%
LD04198

司法試験 予備試験
新・論文の森

商法 補訂版

