

無料ガイダンス

2018司法試験絶対合格！
全国模試を基軸に，
すべらないラスト3か月の過ごし方

辰巳専任講師 新62期・弁護士

福田 俊彦 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

全国模試を基軸に，すべらないラスト3か月の過ごし方

□ 目 次 □

第1 福田俊彦先生作成「総論レジュメ」より抜粋

日々（特に，直前期）の過ごし方で大切なこと…………… P. 1

第2 2017辰巳全国公開模試（民事系第2問）より抜粋

1 問題文…………… P. 4

2 配点表…………… P. 7

3 答案…………… P. 10

第1 福田俊彦先生作成「総論レジュメ」より抜粋

□ 日々（特に、直前期）の過ごし方で大切なこと

1 最も大切なことは、心身の健康を維持することです。

睡眠時間を削ったり、夜型の生活を続けたりすることは、やめましょう。私は、司法試験本番までのスケジュールを決定する際、まず夜の睡眠時間を確保し、睡眠時間以外の時間で勉強しました。心身の健康に留意した生活を送ったことが司法試験合格に直結したと、今でも信じています。

2 次に大切なことは、拡散型の勉強ではなく、集約型の勉強をすることです。

拡散型の勉強とは、やるべき勉強内容が徐々に増えてしまう勉強です。

それに対して、集約型の勉強とは、やるべき勉強内容が徐々に絞られていく勉強です。

集約型の勉強をするためには、「これからやるべき勉強内容」を決めて、決めたとおりに実行することも大切です。しかし、それ以上に、「これからやらないこと」を明確に決めて、決めたとおりに実行することのほうが、はるかに大切です。また、「やるべき内容」と「やりたい内容」を明確に峻別し、やるべき内容に専念する態勢を整えることも、大切です。現時点でやるべきであると思う勉強内容を挙げたら、おそらく切りがないくらいに出てくることでしょう。また、やりたい内容も、いろいろあるでしょう。しかし、残された時間は有限であり、決して長くありません。したがって、あれもやりたいこれもやりたいというのは、実現不可能ですし、何も決めていないのと同じです。

したがって、自分が司法試験に合格するために必要な課題を絞りこみ、その課題を克服することに注力する態勢を整えることこそ大切です。捨てる勇気を持ち、実践してください。

3 短答及び論文のいずれも、自分の手で問題を解く勉強を本番直前まで続けることです。

司法試験直前になりますと、論文の答案を書く勉強は時間がかかる上に、インプットに不安があるという理由で、答案を書かず、本や資料を読む勉強ばかりしてしまう受験生が多く出てきます。しかし、そのやり方では、答案を書く能力及び問題を確実に素早く解く能力という司法試験に絶対にすべらないために必須である能力が、本試験までに確実に落ちてしまいます。やるべき勉強内容を決める際には、十分に注意してください。

4 自分の勉強方法が司法試験にすべらないという観点から誤っていると分かったら、自分のやり方に拘らず、勇気をもって改めることです。

人間は、自分が正しいと思いこんでいる生き物だと思います。そうであるからこそ、あなたは、現在の自分の方法で勉強しているのでしょう。しかし、司法試験の受験生は、「司法試験に合格する」という目的に適合した勉強をしなければなりません。「自分のやり方は正しい」、「自分は頭が良い」というプライドを守ることと司法試験に合格することとは、二者択一及び二律背反であることが多いです。この問題について一度きちんと考えて、あなたなりの結論を出してください。

5 勉強をする気が起こらない、やる気が出ない時には、どうしたらよいでしょうか？

長い期間受験勉強をしていますと、勉強をする気が全く起きなくなる時があるはずですが。そういう時には、無理して勉強せず、いったん休むことをお勧めします。少しの間、自分が好きなことのみを

全国模試を基軸に、すべらないラスト3か月の過ごし方

してみましょう。その後、少し気分が落ち着いたら、まず、「自分はなぜ司法試験の勉強をしているのか?」、「法律実務家になって何をしたいのか?」を虚心坦懐に自分に尋ねてみてください。なぜなら、それに対する回答こそ、最後の原動力及び司法試験合格への執念になるからです。そして、少し勉強をする気が起こりましたら、次に、「新しい内容の学習・勉強」ではなく、「これまでやってきた内容の確認(=復習)」から始めてみてください。そうしますと、これまでやってきた勉強の積み重ねを実感することができ、自信が戻ってくるはずです。そうしたら、徐々に勉強を再開してください。

6 答案練習において重視しなければならない事項は何でしょうか?

(1) 短答式答練→**正答率(全問復習するのは、時間の無駄ですから、やめてください。正答率の高い問題・肢のうち、自分が誤った問題・肢を徹底的に復習してください。)**

(2) 論文式答練→**①配点表**

まず、答練を受験している時には、配点表を意識してください。自分が書いている記述に点数が入っているという意識を強く持って、答案を書いてください。

次に、答練を受験し終わりましたら、採点された答案が返ってくる前に、必ず自分で配点表に従って採点して、どこをどのように改善することができるかを具体的に検討してください。

最後に、自分の答案が返ってきた後には、採点者の採点と自己採点とを比較して、客観と主観のずれがどこにあるのか、なぜそのようなずれが起こってしまったのかを検証し、次回の課題としてください。

要するに、「①具体的な課題を設定して答練を受験する。→②受験後に、設定した課題を克服できたかを自ら検証する。→③次回の答練に向けて、具体的な課題を新たに又は再び設定する。」という努力を繰り返すことこそ、司法試験に絶対にすべらない王道です。

②優秀答案

優秀答案と自分の答案を比較して、自分が現在抱えている問題点を具体的に認識してください。

また、答案の形式面、問題提起の仕方、あてはめの仕方など優秀答案の真似することができる点が1つでもないかを徹底的に探し出し、優秀答案の良い点を積極的に真似するようにして(=パクって)、自分の答案をより良い答案に改善するよう努めてください。

(3) 全国公開模試→**成績及び事前準備**

司法試験本番であると思って事前に行うことができる全ての準備をした上で良い成績を取ることをめざして受験することが、大切です。

また、本番当日と同じように行動することで本番のシミュレーションをすることも、大切です。

7 6(2)で述べた配点表を活用した復習のポイントは何でしょうか?

(1) 配点表を見て、配点が高い論点は何か、配点が高い事実認定(あてはめ)がどこかを確認し、

自分が、配点が高い論点及び事実認定に気が付けたか否かを確認します。

ア 気が付けなかった場合

気が付けなかった原因を考え、その点に関する学習をします。たとえば、問題文の読み方のポイントを確認し、その問題における必須の論点・知識を学習します。

また、配点があることは分かっても、配点が高いとまでは気が付けなかった場合には、問題文で注意すべきポイントや気が付くべきであった誘導などを確認し、復習します。

イ 気が付けた場合

その論点や事実認定を答案にきちんと書けたか否かを確認します。もし、気が付けたにもかかわらず、きちんと書けなかったのであれば、それがなぜかを検討します。そして、論点を復習するとともに、時間配分を改めることを検討してください。

- (2) 自分なりに配点が高い論点及び事実認定についてきちんと書いたつもりであるにもかかわらず、採点者から自分が思っているような点数をもらえていないことがないかを検討します。

そのような場合には、自分の答案の該当箇所とA評価答案やB・C評価答案の該当箇所を比較しながら、点数が付く書き方を検討し、自分の答案で足りない部分を自覚し、どのように改めたらよいかを検討してください。また、基本的な知識に誤りがないかを検討してください。

第2 2017辰巳全国公開模試 民事系第2問より抜粋

◆ 問題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問4〕までの配点の割合は、2：3：1.5：1.5)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問4〕までに答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、不動産売買を業とし、取締役会を置いている。甲社の取締役は、A、B、C、D、E及びFの6名であり、代表取締役は、Aである。甲社の定款において、取締役の員数は、5名以上であると定められている。また、甲社の監査役には、Cの息子であるGが選任されている。

甲社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には譲渡による甲社の株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがある。平成27年2月1日当時の甲社の発行済株式の総数は4000株であり、甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれについても、10%はAが、20%はBが、それぞれ保有している。

C、D及びE（以下「Cら」という。）は、Aが最近になって専断的に事業を展開し始めたと感じていた。そこで、平成27年2月1日、Cらは、Aを甲社の代表取締役から解職し、新たにCをこれに選定することを目的とする取締役会決議（以下「本件取締役会決議」という。）を行うことにした。なお、甲社の定款上、取締役会の招集権者は、特定されていない。

2. B及びFは、Aの経営方針に強く賛成していたため、Cらは、B及びFが、本件取締役会決議に参加すれば、反対の意思を表明し、その結果、本件取締役会決議が否決されることを懸念した。そこで、Cらは、Bが取締役会決議に参加することができない時期に本件取締役会決議を行うことを考えた。

Cらは、Bが甲社の事業の海外展開を目指して南米に赴くタイミングを見計らい、平成27年2月20日に本件取締役会決議を行うことにした。そこで、同月17日、Cは、A、D、E、F及びGに対し、書面で甲社の取締役会の招集通知を發した。また、同日、Cは、南米にいるBに対し、電子メールで甲社の取締役会の招集通知を發し、同日、この通知は、Bに到達した。なお、甲社の定款上、取締役会の招集通知は、その開催日の2日前までに發することを求める規定がある。

3. Bは、取締役会の招集通知の内容を電子メールで読んで慌てたが、南米から帰国するまでに要する移動時間を考慮すると、もはや取締役会の開催日までに間に合わないことから、自ら取締役会に出席して議決権を行使することを断念した。

もともと、Bは、このままでは本件取締役会決議が可決されてしまうと思い、上記電子メールが到達したその日のうちに、Aに対し、本件取締役会決議に関し、自己に代わって、Aを甲社の代表取締役から解職する議案に反対することを依頼する旨の電子メールを送信した。

4. 平成27年2月20日、本件取締役会決議が行われた。

Cらは、Aを甲社の代表取締役から解職する議案について賛成票を投じた。Aは、Bから受信した上記電子メールを、あらかじめ紙に印刷してきて、その紙を、Cらに閲覧させた。そして、Aは、自らの議決権を行使するとともに、Bの代理人として議決権を行使し、同議

案について、反対票を投じた。Fも、同議案について、反対票を投じた。もっとも、賛成票が反対票を上回ったとして、同議案の可決が宣言された。

また、その直後に、Cを甲社の代表取締役を選定する議案の採決に移り、Cらが賛成票を投じ、同議案の可決が宣言された。

〔設問1〕 上記1から4までを前提として、本件取締役会決議の有効性について論じなさい。

5. 平成27年6月16日に甲社の定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）の開催が予定されており、本件株主総会の終結の時点でCの甲社取締役の任期が満了することになっていた。また、本件株主総会では、Cの上記任期満了を区切りとして、Cのこれまでの業績を高く評価し、Cに対して退職慰労金を支給する決議をすることが予定されていた。なお、甲社の定款には、甲社は、任期満了に至った取締役に対し、株主総会の特別決議をもって、当該取締役の業績を評価して、退職慰労金を支給することが定められていた。もっとも、甲社の定款には、任期満了前に解任された取締役には退職慰労金の受給資格がない旨も、併せて定められていた。

Cは、取締役会決議によって、本件株主総会の日時等、必要な事項を決定した上で、平成27年6月8日、甲社の株主全員に対し、開催日を同月16日とする本件株主総会の招集通知を発した。

6. 甲社の株主Pは、平成27年4月20日、Cに対し、取締役の解任を本件株主総会の議題とする旨を請求するとともに、Cを甲社の取締役から解任する議案の要領を本件株主総会の招集通知の書面に記載すべき旨を請求していた。Pが当該提案をすることに至った理由は、114個にわたり、その内容は、Cが甲社の取締役としていかに不行跡であったかを詳細に示すものであった。具体的には、Cが海外展開の計画を実行する際に、甲社の取締役会に諮らずに、多額の金員をつぎ込んだことを中心とするものであった。なお、上記理由の内容は、全て真実の出来事に基づいて記載されており、Pは、当該提案をする法定の要件を満たしていた。

7. 上記5の取締役会決議において、Pの当該提案の理由が114個にもわたること、本件株主総会の終結時にCの甲社取締役の任期が満了することを考慮し、上記6の議題を本件株主総会の目的としないことにした。

8. 上記7のとおり、本件株主総会においては、Cの甲社取締役解任の件については決議されず、Cへの退職慰労金の支給について決議が行われた。この決議においては、A、Bを含む40%の株主が反対したが、60%の株主が賛成したため、可決された。

〔設問2〕 上記1から8までを前提として、Pは、本件株主総会の決議の取消しの訴えを提起することができるか、また、これを提起することができるとした場合に、当該取消しの請求が認められるかについて論じなさい。なお、現在は、平成27年6月25日である。

9. 甲社の取締役会は、Dを甲社の新たな代表取締役に選定した。平成27年6月下旬頃から、甲社の内部では、Dの経営方針に対して反対の声が強まってきた。そこで、Dは、自己

に友好的な株主を多く獲得しようと考え、Dの両親、叔父、叔母らを引受人とする募集株式の発行（以下「本件株式発行」という。）を計画した。本件株式発行の内容は、払込期日を同年7月10日として、2000株を発行するというものであった。なお、同年2月から同年7月に至るまで、甲社の発行済株式の総数には変化がなく、本件株式発行に係る発行価額は公正な価額であった。

Dは、本件株式発行に係る募集事項などを決定するため、平成27年7月1日、甲社の臨時株主総会を開催することにした。もっとも、本件株式発行については、Dの専断に反発するAら甲社株主の反対が強く予想されたため、Dは、Aを含む、総株主の議決権の42%の割合に係る一部の甲社株主に対し、甲社の株主総会の招集通知を発しなかった。

本件株式発行に係るその他の手続については、適法に完了された。

〔設問3〕 上記1から9までを前提として、Aが本件株式発行の効力を争うために会社法に基づき採ることができる手段について、論じなさい。なお、現在は、平成28年6月10日である。

10. 平成28年10月18日、本件株式発行について、新たな事実が判明した。すなわち、Dは、本件株式発行について登記を完了していたが、実際には、Dの両親を始めとする募集株式の引受人は、本件株式発行に係る払込金を一切支払っておらず、Dが、払込金保管証明書を偽造して法務局に提出していたのであった。もっとも、Dは、秘密裏にかつ単独でこの払込金保管証明書を偽造していたため、この事実について、現に判明した時点より前に判明する可能性はなかった。
11. 上記10の事実が新たに判明したことから、Aら甲社株主は、この事実に基づき、本件株式発行の効力について争う準備を整えている。

〔設問4〕 上記1から11までを前提として、Aが本件株式発行の効力を争うために会社法に基づき採ることができる手段について、論じなさい。なお、現在は、平成28年10月20日である。

【配点表】

			配点		
第1	設問1				
	1	Bが取締役会決議に事実上参加することができない時期を狙い、招集通知がなされたこと			
		(1)	上記の点が問題となることの指摘	1	
		(2)	規範定立	1	
		(3)	当てはめ		
		ア	CがBに対して当該取締役会の招集通知を電子メールで送付したことの指摘及びその評価	1	
		イ	電子メールが当該取締役会の開催日の2日前までにBの下へ到達したことの指摘及びその評価	1	
			【加点事項】 ※ 株主総会決議との比較をするなど、論述の説得度に応じて、加点する	加点点評価 A・B・C	
	2	Aの代表取締役解職決議の瑕疵			
		(1)	Aの特別利害関係取締役（会社法（以下、省略する。）369条2項）の該当性		
		ア	規範定立		
			(ア)	取締役として善管注意義務及び忠実義務を負うことの指摘	1
			(イ)	自説の展開	1
		イ	当てはめ		
			(ア)	当該議案はAの自らの代表者の地位の喪失に関するものであることの指摘	1
			(イ)	(ア)の指摘についての評価	1
		(2)	BがAに対して当該取締役会の議決権の代理行使を依頼し、Aがこの代理行使をしたことの指摘及びその評価		1
		(3)	上記の瑕疵が本件取締役会決議の無効事由となるか		
		ア	規範定立		
			(ア)	取締役会決議については、株主総会決議と異なり、瑕疵がある場合に関する規定がないことの指摘	1
		(イ)	(ア)の指摘を踏まえて、取締役会決議に瑕疵がある場合には、法の一般原則に従い、無効となることの指摘	1	
		(ウ)	当該瑕疵の影響によって当該取締役会決議の結果が変わらない場合には、有効とする旨の解釈の指摘	2	
	イ	当てはめ			
		(ア)	取締役のうちC、D、E及びFが出席していることの指摘	1	
		(イ)	C、D及びEが賛成し、369条1項の要件を充足することの指摘及び評価	2	
			★(3)については、本件取締役会決議の瑕疵をすべて検討した後に論じている場合にも、同様に配点する		
3	Cの代表取締役選定決議の瑕疵				
	(1)	Cが特別利害関係取締役に該当しないことの指摘		1	
	(2)	A、C、D、E及びFの5名の取締役が出席し、C、D及びEの3名が賛成したことの指摘及び評価		2	
4	結論			1	
第2	設問2				
	1	本件株主総会の決議の取消訴訟の訴訟要件			
	(1)	出訴期間の摘示（831条1項柱書）		1	
	(2)	出訴期間を充たすことの指摘		1	

2	取消事由の検討① 議題提案権の侵害—前提として議題提案権の行使が適法であるかの検討				
	(1)	ア	提案理由が114個にも及びことの指摘	2	
		イ	提案理由は全て真実であったことの指摘	2	
		ウ	本件株主総会の終結時に任期が満了となる取締役を解任対象とする旨の議題提案であったことの指摘	2	
	(2)	(1)の指摘についての評価		3	
		【加点事項】 ※ 株主総会の終結時に任期満了となる取締役も、取締役権利義務者（346条1項）となることを、条文とともに指摘することができる場合には、加点する		加点点評価 A・B・C	
	3	取消事由の検討② 提案を取り上げなかったことが適法であるかの検討			
		(1)	問題提起		
			ア	本件株主総会の決議は、本件株主総会の終結時に甲社取締役の任期が満了するCに対する退職慰労金の支給を対象とし、Pが行使した議題提案権に係るC解任の件は、同決議の対象とされなかったことの指摘	1
			イ	アを踏まえて、Pの提案に係る議題が本件株主総会において決議されなかった点が、本件株主総会の決議に係る瑕疵であるとは認められないのではないかとの問題提起	3
(2)		規範定立			
ア		議題提案権の行使に係る議題の内容が決議の対象とならなかった場合には、提案された議題に対応する決議が存在しないとして、原則として決議を取り消すべき瑕疵が認められないことの指摘	4		
イ		議題提案権の行使に係る議題が株主総会決議の対象とならなかった場合でも、例外的に議題提案権の侵害として、当該決議の取消しが認められる場合があることの指摘	4		
(3)		本件の事案に即した具体的検討			
ア		本件株主総会決議の内容と提案内容の密接関連性の有無の検討	1		
イ		取締役会決議において、Pの提案を取り上げなかったことの評価	2		
	【加点事項】 ※ (2)イについて、決議事項と提案権に係る議題の内容が密接に関連する場合などのように、例外要件を自分なりに定立することができる場合には、加点する		加点点評価 A・B・C		
4	上記瑕疵との関係で取消し請求が裁量棄却（831条2項）されないかの検討				
	(1)	瑕疵の重大性	1		
	(2)	決議への影響	1		
	(3)	当てはめ	1		
5	結論		1		
第3	設問3				
	1	本件株式発行の無効の訴え（828条1項2号）の摘示		1	
	2	出訴期間			
	(1)	出訴期間の指摘	1		
	(2)	出訴期間を充足する旨の指摘	1		
	3	無効事由の検討			
	(1)	株主総会決議取消事由と株式発行無効事由の関係			
	ア	本件株式発行に係る株主総会の開催に当たって、Dが一部の株主に招集通知を発しなかったことの指摘	1		
	イ	アが、招集手続（299条1項）の法令違反を充たし、株主総会決議取消事由となることの指摘	1		
	ウ	株主総会決議の取消しが認められると、決議が遡及的に無効となる（839条かっこ書、834条17号）ことの指摘	1		

	エ	非公開会社において、株主総会決議がない株式発行については、無効とする旨の解釈	2
		【加点事項】 ※ 不公正発行について論じている場合には、加点する	加点点評価 A・B・C
	(2)	株主総会決議取消訴訟の出訴期間を徒過している点の検討	
	ア	株式発行無効事由が認められるとしても、本件では既に株主総会決議取消訴訟の出訴期間を徒過していることの指摘	1
	イ	株主総会決議取消訴訟の出訴期間を徒過しても、株式発行無効の訴えの中で、株主総会決議に取り消すべき瑕疵があり、遡及的無効となる旨の主張が許されるかという問題点の指摘	2
	ウ	株主総会決議取消しの訴えに出訴期間が設定されている趣旨から、イの主張が許されないことの指摘	3
	4	結論	1
第4	設問4		
	1	問題提起	
	(1)	株式発行無効の訴えの出訴期間が徒過していることの指摘	2
	(2)	新株発行不存在確認の訴え（829条1号）を提起することができないかとの問題提起	2
	2	新株発行の不存在事由の解釈、摘示	
	(1)	解釈	3
	(2)	当てはめ	
	ア	差止め的手段、株式発行無効の訴えを提起することができる状態であったかの検討（手続保障）	2
	イ	形式的には株式発行の登記が完了していることの指摘	1
	ウ	募集株式の引受人による払込みが一切行われていなかったことの指摘	2
	エ	本件株式発行に係る瑕疵について、現に判明した時点より前に判明する可能性はなかったことの指摘	2
		【加点事項】 ※ 仮装払込みと其の場合の効力（213条の2第1項、213条の3第1項、208条5項、209条2項）について言及している場合には、加点する ※ 不公正発行について論じている場合には、加点する	加点点評価 A・B・C A・B・C
	3	結論	1
第5	【その他の加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問の事案解決につき特記すべき点がある場合には、加点する。		加点点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

2017 司法試験全国模試 民事系第2問

■ 合格スタンダード答案

(司法試験合格者が検討した、「良好」と「一応の水準」の境界上の本試験順位 500 番相当の解答例)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1(1) 本件取締役会決議は、取締役Bが事実上参加できない時期を
3 狙って取締役Cが招集通知を発して行われたものである。そこ
4 で、この点に瑕疵が認められないかが問題となる。

5 (2) 取締役会決議の方法について定める規定はないが、取締役会
6 決議は、取締役で構成される合議体による審議を経た慎重な意
7 思決定を実現するという意義がある。そこで、一部の取締役の
8 議決権行使の機会を専ら奪う方法は、決議の方法として不適法
9 である。

10 (3) 本件では、Cは、電子メールを用いて、南米にいるBに対し
11 て取締役会の招集通知を発しており、このメールは、定款に規
12 定された発送期間内に、Bの下へ到達した。しかし、南米から
13 帰国するまでの移動時間を考慮すると、取締役会の開催日に間
14 に合わない。したがって、Bには、本件取締役会決議で議決権
15 を行使する機会が付与されたとはいえない。

16 よって、本件取締役会決議の招集手続には瑕疵がある。

17 (4) 本件取締役会決議において、Aは、自らAの代表取締役解職
18 議案に反対票を投じたが、この議決権行使に瑕疵が認められる
19 か。

20 「特別の利害関係を有する取締役」(会社法、以下略、36
21 9条2項)とは、取締役が会社に対して負う善管注意義務(3
22 30条、民法644条)及び忠実義務(355条)違反を生じ
23 させるような個人的利害関係を有する取締役を指す。

P.2 当該議案について、Aは、代表取締役であったから、私心を
2 捨てて、自らの代表者の地位の喪失について公正な議決権行使
3 を期待することができないので、「特別の利害関係を有する取
4 締役」に当たる。

5 よって、A自らが議決権を行使した本件取締役会決議には瑕
6 疵がある。

7 (5) AによるBの議決権の代理行使について、取締役会は、各人
8 の個人的な信頼に基づき選任された取締役が相互の協議を通じ
9 て意思決定を行う場であるから、取締役会への代理出席は認め
10 られないので、AによるBの議決権代理行使は、認められず、
11 本件取締役会決議には瑕疵がある。

12 2(1) 特別利害関係人として、取締役Aが参加し、議決権を行使し
13 た瑕疵がある以上、本件取締役会決議は、違法であり、法の一般
14 原則により、無効となるようにも思える。

15 もっとも、例外的に、取締役会決議にある内容・手続の瑕疵
16 が決議の結果に影響を及ぼさないと認められる特段の事情があ
17 る場合には、決議が有効となる。そして、特別利害関係者は、
18 そもそも議決権を行使できないから、その者を除いて賛否を算
19 定し、可否を決すべきである。

20 (2) 本件では、解職議案について、議決に加わることのできる取
21 締役の過半数であるC、D、E及びFが出席し、C、D及びE
22 が賛成したから、369条1項の要件を充足し、可決された。
23 これは、適正な招集手続がされ、Bが本件取締役会決議に参加

P.3 したとしても、「過半数」を充足しているから、内容・手続の
 2 瑕疵が結果に影響を及ぼさないといえる。よって、Aの解職決
 3 議は有効に成立する。
 4 (3) また、Cの代表取締役選定議案については、代表取締役の選
 5 定は、取締役全員に共通する利害であるから、代表取締役の候
 6 補者は、特別利害関係取締役（369条2項）に該当しない。
 7 そこで、「議決に加わることができる取締役の過半数」（36
 8 9条1項）であるA、C、D、E及びFが出席し、その「過半
 9 数」であるC、D及びEが賛成したことにより、Cの代表取締
 10 役選定決議がされているが、Bが出席し、議決権行使をすれば、
 11 「過半数」とならない。したがって、内容・手続の瑕疵が結果
 12 に影響を及ぼす事情があるから、同決議は無効である。

13 第2 設問2

14 1(1) Pは、株主総会決議取消しの訴えを提起する。
 15 現在は、平成27年6月25日であり、株主総会決議の日か
 16 ら3か月以内として、出訴期間（831条1項柱書）を充たす
 17 し、Pは、「株主」（同条項）である。

18 (2) 取消事由の有無

19 ア Pの株主提案に係るCの取締役解任が決議されなかった点
 20 が、株主総会の「決議の方法」の「法令違反」として、株主
 21 総会決議取消しの訴え（831条1項1号前段）を提起する
 22 ことが考えられる。

23 イ Cの解任提案に係る株主総会決議の目的を議題としなかつ
 P.4 た点が、株主提案権の侵害として、招集手続の違法とし
 2 て、取消事由とならないか。

3 株主総会決議取消しの訴えは、決議が有効に成立している
 4 ことを前提に、当該決議に係る招集手続又は決議方法の瑕疵
 5 を理由とするものである。

6 ウ 本件では、P提案に係るC解任が決議の目的となってい
 7 ない以上、P提案に係る議題が有効に成立していない。

8 したがって、株主提案に係る株主総会の目的である事項を
 9 議題としない場合にも、原則として、当該違法が決議自体の
 10 取消事由にはならない。

11 もっとも、成立した決議と提案内容が密接に関連している
 12 などの特段の事情がある場合には、株主提案の不当拒絶が、
 13 決議方法の法令違反（831条1項1号前段、303条1
 14 項）として、成立した株主総会決議の取消事由となる。

15 エ 本件株主総会の決議は、Cのこれまでの業績を評価した
 16 退職慰労金の支給を内容とするものである。上記提案内容
 17 どおり、Cが解任される場合には、甲社の定款によると、
 18 Cは、退職慰労金を受けることができないから、提案内容
 19 と退職慰労金支給の決議は、密接に関連する事由であると
 20 いえる。

21 したがって、この点は、本件株主総会決議の取消事由と認
 22 められる。

23 2 よって、Pは、株主総会決議取消しの訴えを提起することがで
 P.5 きる。

2 3(1) では、Pによる株主総会決議の取消請求が認められるか。

3 (2) 831条2項により、違反事実が重大でなく、かつ、決議に
 4 影響を及ぼさないものであるときでないことが必要である。

5 (3) 本件では、株主提案権が共益権保持のための重要な権利であ

- 6 ることから、株主提案権の侵害は、違反事実が重大といえるの
7 で、裁量棄却の対象とならない。
- 8 4 よって、Pの取消請求が認められる。
- 9 第3 設問3
- 10 1 Aは、本件株式発行について、株主総会決議が行われていない
11 ことを理由として、株式発行無効の訴えを提起することが考えら
12 れる。
- 13 2 この訴えは、非公開会社の場合には「株主」（828条2項2
14 号）が、株式発行の効力発生から1年以内に提起する必要がある
15 （同条項2号かっこ書）。
- 16 現在は、平成28年6月10日であり、本件株式発行の効力が
17 発生したのは平成27年7月10日であるから、株式発行無効確
18 認訴訟の出訴期間内である。
- 19 3 株式発行無効事由として、本件株式発行に係る株主総会決議に
20 招集手続の瑕疵がある。そこで、本件株式発行に係る株主総会決
21 議に取消事由が存することをもって、新株発行無効事由とするこ
22 とが考えられる。
- 23 本件株式発行に係る株主総会を開催するに当たっては、Aを含
P.6 2 む特定の株主に対して招集通知を発していない（299条1項）
3 ため、招集手続に「法令違反」があり、取消事由が認められる。
4 招集通知は、株主が議決権を行使する機会を付与するものであり、
5 共益権という重要な権利を保障するためのものであるから、
6 取消請求は、裁量棄却（831条2項）されない。
- 7 4 もっとも、本件株式発行に係る株主総会決議が平成27年7月
8 1日に行われ、現在は、平成28年6月10日であることから、
9 「三箇月」（831条1項柱書）が経過している。株主総会決議
10 取消訴訟の出訴期間を徒過しているので、本件株式発行の無効の
11 訴えにおいて、本件株式発行に係る株主総会決議取消事由をもっ
12 て、株式発行無効事由を主張できないか。
- 13 このような主張を認めることは、株主総会決議取消訴訟の出訴
14 期間を3か月と定めた趣旨である法律関係の早期安定を没却する
15 ため、許されない。
- 16 よって、株主総会決議取消訴訟の出訴期間を徒過した以上、本
17 件株式発行の無効の訴えにおいて、無効事由の主張は認められな
18 い。
- 18 第4 設問4
- 19 1 本件時点では、設問3と異なり、本件株式発行の無効の訴えの
20 出訴期間を徒過している。そのため、新株発行不存在確認の訴え
21 （829条1号）を提起することが考えられる。
- 22 2 株式発行の不存在事由をどのように考えるか。条文上明らかで
23 ないため、問題となる。
- P.7 3 新株発行不存在確認の訴えについては、無効確認の訴えと異なり、
2 出訴期間が定められていない。そうすると、新株発行の不存在
3 事由は、無効確認の訴えの出訴期間を犠牲にしても救済すべき
4 重大な瑕疵に限るべきである。
- 5 4 本件では、本件株式発行の登記が存在するものの、払込みが一
6 切されていない。また、持株比率が42パーセントにも相当する
7 Aら株主に対し、株主総会の招集通知が発せられなかった。これ
8 らの事実から、本件株式発行は、形式的に適法に手続が整えられ
9 たかのように仮装されたにすぎず、実質的に株式発行が存在した
10 と評価することはできないから、無効確認の訴えの出訴期間を犠

- 11 牲にしても救済すべき重大な瑕疵があるといえる。
12 5 よって、本件株式発行不存在確認の訴えは認められる。

13 以 上

2017 司法試験全国模試 民事系第2問 モニター答案

※ 講師との事前検討ゼミに先立ち、受験生が試験時間内に実際に書いた答案

Memo

P.1 第1 設問1について

2 1 本件取締役会決議は、甲社定款上招集権者の特定がなされてい
3 なかったため、甲社取締役Cによって招集され（会社法（以下、
4 略）366条1項）、同定款上取締役会の招集通知は開催の2日
5 前までに発することができており、本件取締役会決議もこれにな
6 らって招集通知同決議日の2日前である平成27年2月17日に
7 なされ（368条1項かつこ書）、招集手続に違法な点はない。

8 2(1) では、甲社代表取締役AによるBの議決権行使、具体的には
9 本件取締役会決議におけるAの解職議案に反対する旨を依頼し
10 た電子メールによる代理行使は有効か。

11 この点は、取締役会決議における代理行使についての制限規
12 定は、株主総会におけるそれと同様の規定（310条）はない。
13 また取締役会決議の迅速かつ効率的運営という性質上、かかる
14 代理行使を認めて差し支えない。よって、かかるAの代理行使
15 は有効である。

16 (2) 次に、本件取締役会決議におけるAの解職議案について

17 ア Aは「特別の利害関係を有する取締役」に当たらないか
18 （369条2項）。

19 イ 特別利害取締役による取締役会決議における議決権行使を
20 禁止した369条2項の趣旨は、かかる取締役によって会社
21 の利益と相反する議決権行使がなされ、会社の利益をき損す
22 るおそれがあり、かような利益を享受しうる取締役が一切の
23 私心を捨て議決権を行使することは期待できないからである。
P.2 したがって、同条の特別利害関係取締役とは、当該決議に係
2 る議案について、会社の犠牲において自己に利益が享受され
3 るような取締役をいうと考える。

4 ウ 本件取締役会決議においてAが議決権を行使した議案は、
5 Aの代表取締役解職決議（362条1項3号参照）であった
6 ところ、かかる議案についてAは甲社代表取締役本人として、
7 甲社の利益と相反する立場にある者である。そうすると、A
8 は上記特別利害関係取締役に該当し、その議決権の行使は許
9 されない。なお、そうであっても、Bの代理行使はA自身が
10 議決に加わったわけではなく許される。

11 エ そうすると、当該議案において議決に加わることができる
12 甲社取締役は、B、C、D、E及びFであり、その過半数で
13 あるC、D及びEの当該議案についての賛成があったのであ
14 るから、かかる決議は有効である。

15 (3) また、Cの代表取締役選任決議においては、Bは何らの意見
16 表明しておらず出席もしておらず、A、C、D、E及びFによ
17 る決議でC、D及びEの賛成があれば決議されるのが明らかで
18 あるから、かかる決議も有効である。

19 3 よって、本件取締役会決議は全体として有効である。

20 第2 設問2について

21 1 株主総会決議取消しの訴え（831条）における訴訟要件

22 (1) まず、Pは甲社株主であるため「株主等」（831条1項柱
23 書）に当たる。

- P.3
- 2 (2) そして、同決議訴えの日は6月25日であり、本件株主総会
3 決議があった6月16日から3か月以内である(同条項柱書)。
4 (3) よって、Pは本件株主総会決議取消しの訴えを提起すること
5 ができる。なお、Pは本件株主総会に出席してはいないものの、
6 上記取消しの訴えが、株主総会の公正性を担保するために株主
7 等に付与された権限であることから、Pは同訴えの原告適格を
8 有する。
- 9 2 取消事由
10 株主提案権(305条1項)をCが無視した点
11 (1) Cは、Pからの株主提案権に基づく請求につき、これを株主
12 総会の目的としなかった(305条)。これは許されるか。
13 (2) 同規定の趣旨は、会社の実質的所有者たる株主において、そ
14 の少数株主の権利を保護するため、株主総会において当該株主
15 が提案した議案を招集通知に記載することを請求できることに
16 よって、他の株主らにおいても当該株主総会において判断すべ
17 き決議内容を事前に知り得るものとして認める点にある。した
18 がって、原則として、かかる請求を受けた取締役は同請求にか
19 かる議案を株主総会の目的としなければならない。もっとも、
20 305条4項における事実があれば許される。
21 (3) 本件では、非公開会社である甲社のPによる305条の請求
22 であり、株式の保有要件はなく(305条2項、1項)、また、
23 Pが総株主の100分の1以上の議決権又は300個以上の議
P.4
2 決権があれば適法になしうる。これにより、Cは原則としてか
3 かる請求に応じなければならず、これに反すれば招集手続の暇
4 疵(831条1項1号前段)が生じうる。
5 また、本件においては305条4項に形式的に該当する事実
6 もない。
7 しかし、本件では、Pが招集通知に記載に当該提案の理由は
8 114個と莫大な量が付されていた。かかる事実は、確かにそ
9 の内容においては真実であっても、通常の招集通知にこれらを
10 全て載せることは処理等に多くの手間がかかり、現実ではない。
11 そうすると、Pによるかような議案提案の招集通知掲載請求権
12 は、一種の権利の濫用(民法1条3項)として、認められない
13 と考える。また、解任決議は通常の決議要件とは異なる(34
14 1条)ため、退職慰労決議との関係でも煩雑になる。
15 (4) よって、かかる点につき取消事由はないといえる。
- 16 第3 設問3について
17 1 (1) Aは、本件株式発行無効の訴え(828条1項2号)を提起
18 する。
19 (2) これは、既に本件株式発行は終了しており事前の差止め(2
20 10条)によることができないからである。
21 (3) また、Aは甲社株主であり(同条2項2号)、同訴えの提起
22 は平成28年10月6日であり、本件株式発行のあった平成2
23 7年7月から1年以内であり(同条1項2号かっこ書)、訴訟
P.5
2 要件を具備する。
3 2 無効事由
4 (1) 株式発行無効の訴えにおける無効事由の明文の規定はないも
5 のの、株式発行の取引の色彩の強さと多数の利害関係人の発生
6 が生じる観点から、取引安全の保護と法的安定性から、無効事
7 由は、重大な法令・定款違反の場合をいう。もっとも、非公開
8 会社においては、必ずしも取引の安全や法的安定という要素が

・設問2では、303条ではな
く305条を根拠としてしま
った。

- 6 あるわけではない。そのため、非公開会社においては、既存の
7 株主の持株比率に重大な影響を及ぼすと認められる場合におい
8 ても無効とすると解する。
- 9 (2) 本件株式発行は、Dによってなされており、甲社代表取締役
10 としてその発行権限はある(200条1項参照)うえ、同発行
11 によって、甲社の発行済株式総数による変化はなく、本件株式
12 発行に係る発行価格も公正価格であったのであるから、非公開
13 会社特有の前記無効事由はない。
- 14 もっとも、株式発行のためには、非公開会社においては特別
15 決議を要するところ(309条2項5号、199条2項、1
16 項)、同総会への招集通知は総株主への議決権の42%の割合
17 に係る一部の甲社株主に対し発しなかったという重大な手続違
18 背があり、これは重大な法令違反であったといえる。
- 19 (3) したがって、本件株式発行には無効事由があり、同訴えは認
20 められる。
- 21 第4 設問4について
- 22 1 Aは新株発行不存在確認の訴え(829条1号)を提起する。
23 これは、本件Aの訴えの提起は既に新株発行無効の訴えの提訴
P.6 期間を過ぎており、同不存在確認の訴えはかような株主を救済す
2 るための訴えであるといえるからである。よって、下記の事情に
3 より訴訟提起自体は認められる。
- 4 2 不存在事由
- 5 同条において不存在とされるのは、当該株式発行はもはや実体
6 そのものがなく、実質的に株式の無償割当てがなされたのと同視
7 できる場合等をいう。
- 8 本件では、本件株式発行については一応、その決議並びに登記
9 はなされたものの、その引受人らは払込金を一切支払っておらず、
10 Dが払込金保管証明書を偽造していた。かかる株式発行はもはや
11 何らの資金調達としての実体はなく、無償割当てと同視できる。
12 加えて、Dは上記偽造を秘密裏に行っており、現に判明した時点
13 より前に判明することは、不可能であったため、Aにより無効の
14 訴えを提起するなどの契機も存在しなかったため、提訴それ自体
15 も適法としてよい。
- 16 したがって、本件株式発行につき不存在事由が存し、Aによる
17 同確認の訴えは認められる。
- 18 以 上

※本モニター答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。今後も答案作成者の協力が得られた場合にはコメントを掲載いたします。

※本モニター答案作成後のモニターゼミおよび監修の結果、本問の問いの一部を削除するなど問題文全体を修正致しました。これに合わせて本答案の当該部分も修正しております。ご了承頂ければ幸いです。