

2017 司法書士オープン【総合編】第5回 記述式(商業登記)

採点講評

第1欄 (平成29年3月24日申請分)

1 発行可能種類株式総数及び発行する各種類の株式の内容

単一株式発行会社が種類株式発行会社に移行する事案でした。この設定ないし変更の登記は、多くの答案で正しく解答されていました。併せて、発行済株式の総数並びに種類及び数に関する変更の登記を解答されている答案もありましたが、そのような登記の申請は受理されるとしても、本問のような事案では必須とまではいえないと考えられています。

2 取締役及び代表取締役の変更

(1) 破産手続開始の決定

破産手続開始の決定を受けた取締役伊東孝について、決定の日付をもって「資格喪失」と記載している答案が多数ありました。「破産者であつて復権を得ない者」は、身近なところでは、たとえば司法書士の欠格事由であり（司法書士法5条3号）、他にもその例は多いですが（税理士、公認会計士等）、株式会社の取締役、監査役や執行役の欠格事由とされてはいないことに注意してください。とはいえ、取締役が破産手続開始の決定を受けた場合、その地位に何の影響も受けないわけではありません。なぜなら、取締役と株式会社の関係は委任に関する規定に従うところ（会社法330条）、受任者である取締役が破産手続開始の決定を受けた場合、委任は終了してしまうからです（民法653条2号）。この場合における取締役の退任は、欠格事由に該当したことによるもの（「資格喪失」）及び任期の満了によるもののいずれでもなく、登記原因は単に「退任」と表現することになっています（よって、取締役の任期満了による退任と破産手続開始の決定による退任は、登記記録の上では見分けがつかません）。

(2) 選定方法の変更

本問は、代表取締役をする方法が2回変更された事案ということが出来ます。1回目は、非取締役会設置会社における定款の定めに基づく互選から株主総会の決議による選定への変更、2回目は、取締役会設置会社の定めの設定に伴い、取締役会の決議による選定への変更です。ここでは、1回目の変更前後について述べます。

まず、1回目の変更前、平成29年3月10日に取締役の互選により代表取締役小田が選定されていました。これは定款の定めがなければできないことですが、後の定款変更でこれが廃止されることから、互選規定の存在を確かめることが出来ます。また、既に麻生が代表取締役として選定され、登記されていますが、小田の就任は単なる増員とみてよさそうです。

次に、互選規定が廃止され、株主総会の決議によって、従前代表取締役とされていた麻生と小田を再び定めていました。ここで両名に取締役としての就退任の登記がない場合であれば、代表取締役に関する登記は何ら要しないこととなりますが、麻生については、取締役重任の登記を申請することから、併せて代表取締役重任の登記を申請しなければなりません。他方、代表取締役小田については、何も登記申請する必要はありません。にもかかわらず、双方について重任の登記を申請してしまっている答案が多数見受けられました。しかし、変更後の選定方法によっても再選されただけの者には、特に退任の事由（資格喪失、代表権喪失）が起きているわけではないので、「重任」（つまり、退任と即日就任）ということはないのです。

(3) 就任承諾書／印鑑証明書／本人確認証明書

就任承諾書は、取締役の就任・重任の登記について2通、互選で選定された代表取締役について1通が正解でしたが、2通と2通や合計4通など過剰に添付されている答案が散見されました。非取締役会設置会社で代表取締役の就任承諾書を添付しなければならないのは、定款の定めに基づく互選によって定められた代表取締役だけであることを押さえてください。株主総会の決議で定めた、あるいは株主総会の決議により定款で定めた代表取締役（本問の麻生）については、代表取締役としての就任承諾書の添付が不要であることと区別して覚えるべきです。

印鑑証明書の通数は、平取締役岡本の就任承諾書に関する1通のみが必要でしたが、ここも通数過多の答案が散見されました。非取締役会設置会社にあつては、選定方法のいかんにかかわらず、代表取締役の就任承諾書についての印鑑証明書を要しないことを押さえておいてください。特に、上記で述べた、互選で選定された代表取締役の就任承諾書について印鑑証明書の添付が不要であることは、よく勘違いされがちなので注意を要します。

本人確認証明書の添付は全く不要であるところ、その添付がある答案が意外にたくさんありました。本人確認証明書を添付する可能性がある登記は、①麻生、②岡本の就任による変更の登記だけでしたが、①については「重任」という登記原因から明らかであるように再任のため、②については、印鑑証明書が添付されるため、いずれも、本人確認証明書の添付を要しませんでした。一般的に言って、非取締役会設置会社の取締役の就任による変更の登記では、再任でない平取締役の印鑑証明書を添付しなければならないので、取締役の本人確認証明書は出番がありません。

3 募集株式の発行（消極）

募集株式の発行による変更の登記は申請をすることができない事項でしたが、多くの答案でこれが解答されてしまっていました。申請会社においては、株主割当ての方法による場合とよく似た形で、募集事項や申込期日が決定されていました。この決定は、定款の定めに基づき取締役が行っていました。ところが、割当てを受ける既存の株主は全員が普通株式（という名の種類株式）を有する株主であるにもかかわらず、割り当てる

株式は、優先株式とされていました。種類株式発行会社の場合、既存の株主に対し、その有する種類株式と同一の種類株式の割当てを受ける権利を与えなければ、株主割当てとはいえませんから、まず株主割当てとしては不適法と判断することになります。また、第三者割当てとして適法な手続を踏んでいないかについても検討する必要があります。本問の申請会社は非公開会社・非取締役会設置会社でしたが、このような会社で取締役の決定（過半数の一致）によって募集事項を決定することができるのは、あらかじめ範囲（数の上限・額の下限）を定めて株主総会決議による委任を受けていた場合だけです。そのような委任決議があった旨の事実はどこからも読み取れませんから、本件の募集株式の発行は、登記を申請することができない事項に確定することになります。

第2欄（平成29年6月20日申請分）

1 公開会社への移行

株式の譲渡制限に関する規定を廃止し、公開会社に移行する事案でした。併せて必要になる定款の変更（機関設計に関し、取締役会及び監査役を新たに設置すること、及び発行可能株式総数を4倍規制に抵触しない数に減少すること）がされている事案でしたが、これらの定款変更の内容が別紙上では伏せられ、解答者において判断することが求められる出題になっていました。ここの出来は総じて良かったのですが、第3欄において、取締役会を設置していないことを理由にして株式の譲渡制限に関する規定の廃止の登記を申請することができない事項として解答する等、題意を捉えきれていない答案も散見されました。

2 募集株式の発行

公開会社における第三者割当てであって、有利発行に当たらないことから取締役会限りで募集事項を定めている事案でした。この場合、2週間前までにする募集事項の公告の手続が問題になるところ、その期間が不足しており、総株主の同意によって瑕疵を治癒すべきであり、かつ、当該同意がありました。全体的に募集株式の発行による変更の登記については出来がよかったのですが、この総株主の同意を証する書面（商登法46条1項）が欠けている答案、また、この書面が解答されていても、これについての株主リスト（商登規61条2項1号）を通数に入れていないと思われる答案が目立ちました。株主全員の同意についての株主リストは、会社法が明文で要求している同意（会社法111条1項等）に限らず、期間短縮等に関するもののように、先例（昭41.10.5民甲287等）を根拠に株主全員の同意が求められている場合にも添付を要することに留意してください。

3 役員に関する登記

2回目の選定方法の変更は、取締役会設置会社の定めの設定に伴うものでした。取締役会設置会社では、取締役会の決議という方法で代表取締役を定めることが強制されます。もっとも、公開会社となることにより従前の取締役はことごとく任期満了退任し、十分な員数の後任者が就任していたことから、選定方法の変更に特有の問題点は、ここ

では特にありません。

取締役会設置会社における商業登記規則61条4項から6項までの印鑑証明書の添付は、もっぱら代表取締役の就任による変更の登記について検討することになります。本問2回目の申請分は、代表取締役の就任承諾書については再任であること、取締役会議事録への押印については変更前の代表取締役の登記所届出印が押されていることから、印鑑証明書は1通も要らない事案でしたが、就任する平取締役について印鑑証明書を添付したのだらうと思われる答案が散見されました。非取締役会設置会社から取締役会設置会社に（商業登記規則61条4項後段から5項による読み替えに）頭を切り換える必要があったといえます。

印鑑証明書の添付がないことから、新任の取締役・監査役について本人確認証明書の添付が必要になります。8通添付してしまっている答案が結構ありましたが、うち2名は重任が原因であり、6通の添付で足りる事案でした。

選任された監査役2名、取締役1名が社外性を有している事実が出ている事案でした。まず取締役について、この者が社外取締役の要件に該当することは、別に登記には関係ない事実でした。申請会社には、監査等委員会、指名委員会等及び特別取締役の議決についてのいずれの定めもないからです。社外取締役である旨の登記をしてしまっている（就任の登記に括弧書きしてしまっている）答案が意外に多数あったので、これらの定めがない場合、社外取締役である旨の登記は必要でなく、かつ、登記できないことを再確認しておいてください。次に、社外監査役の要件を満たす監査役は2名とも今回就任の登記を申請すべき者でした。この場合、社外監査役である旨の登記は、就任の登記に括弧書きしてすれば足ります。「監査役何某は社外監査役である」の要領で登記すべき事項を記載し、社外監査役である旨の登記のみを申請すべきなのは、既に登記がされた在任中の監査役についてであることに注意してください。