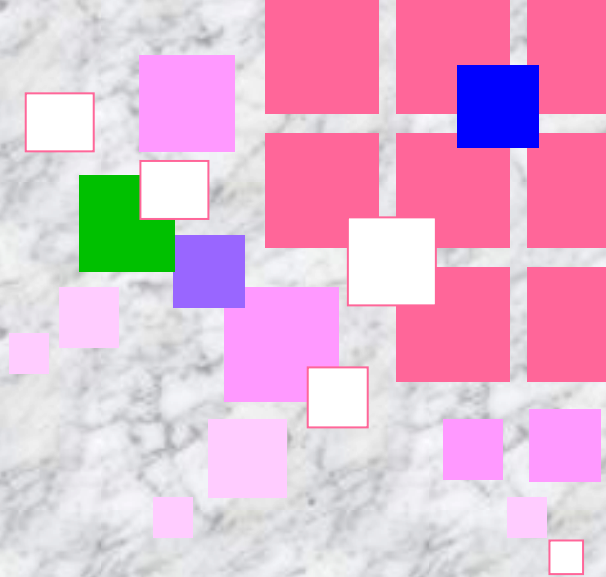


Readers ⇒ Leaders



2017 プレミアムサタデー企画

リーダーズ式☆出題予想テーマ的中プロジェクト①

【リーダーズ式☆出題予想テーマ的中プロジェクト】

01 民法記述式横断整理.....	1
02 行政法☆重要判例予想講義.....	3
03 今年こそ会社法！.....	10

2 解説

1 解答

Aは、Bに対して、

占	有	保	全	の	訴	え	に	よ	り	、	妨	害	の	予
防	又	は	損	害	賠	償	の	担	保	を	請	求	す	る
こ	と	が	で	き	る	。								

2 解説

占有者の占有が妨害されるおそれがあるときは、占有保全の訴えが検討できる(民199条)。その内容としては、妨害の停止又は損害賠償の担保とされており、本問においては、AがCから賃借している土地の隣接地(所有者は、Bである)に堆積されていた大量の土砂が、長雨のため、Aの賃借している土地に流入しそうになっていることから、占有保全の訴えをすることができると判断できる。

3 整理

—図表— 占有訴権のまとめ

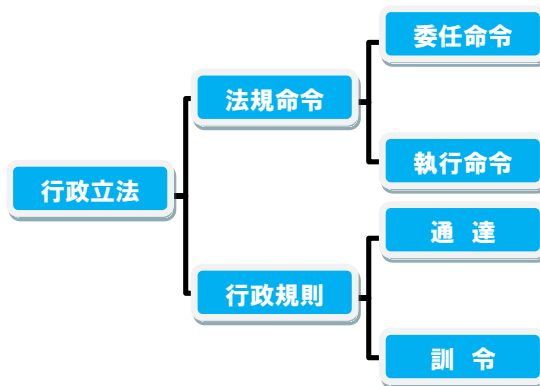
	占有保持の訴え (民198条)	占有保全の訴え (民199条)	占有回収の訴え (民200条)
要件	占有者の占有が 妨害されているとき	占有妨害の おそれがあるとき	占有が奪われたとき
内容	妨害の停止 及び 損害賠償請求	妨害の予防 又は 損害賠償の担保	物の返還 及び 損害賠償請求
その他	<ul style="list-style-type: none"> ・妨害の存する間又は妨害消滅後1年以内(民201条1項) ・工事により損害が生じた場合は、工事着手後1年以内かつ工事完成前(民201条1項但書) ・損害賠償請求は、相手方の故意又は過失を要する。 	<ul style="list-style-type: none"> ・妨害の危険が存する間(民201条2項) 	<ul style="list-style-type: none"> ・占有を奪われた時から1年(民201条3項) ・占有を奪われたとは、占有者の意思に反して所持が奪われること(詐取・遺失による場合は、「奪われた」にはあたらない) ・損害賠償請求は、相手方の故意又は過失を要する。

1 行政作用法

1 行政立法

行政立法とは、行政機関が定立する一般的・抽象的法規をいう。法律の規定は、抽象的であることが多く、法律の規定を受けて、行政機関によって、より具体的な内容の規範が制定されるのが通常である。

行政立法には、国民の権利義務に関わる規範であるか否かによって、①法規命令と、②行政規則がある。



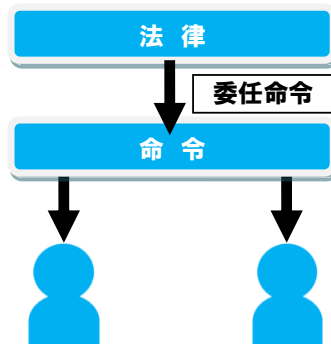
2 法規命令

(1) 意義

法規命令とは、行政機関の定める規範のうち、国民の権利義務に関わる法規としての性質を有する規範をいう。

(2) 法規命令の法的統制

ア 委任の方法-委任する法律側の問題-



(ア) 意義

憲法41条は、国会が、国の唯一の立法機関であると規定することから、この規定に抵触するような委任は、憲法に反する。したがって、委任の目的・内容・範囲等を明確にしない包括的委任(白紙委任)は許されない。

(イ) 判例

① 堀越事件



堀越事件 (最判平 24.12.7)

(事案)

社会保険庁の年金審査官として勤務していた被告人Xは、衆議院議員選挙に際し、日本共産党を支持する目的で同党の機関誌である「しんぶん赤旗」の号外を配布した。これにより、Xは国家公務員法110条1項19号、102条1項、人事院規則14-7、6項7号、13号によって起訴された。

(判旨)

本法102条1項が人事院規則に委任しているのは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為の行為類型を規制の対象として具体的に定めることであるから、同項が懲戒処分の対象と刑罰の対象とで殊更に区別することなく規制の対象となる政治的行為の定めを人事院規則に委任しているからといって、憲法上禁止される白紙委任に当たらないことは明らかである。

イ 委任命令の内容-委任された命令側の問題

(ア) 意義

委任命令を制定する行政機関は、委任の範囲を超えて、委任命令を制定することは許されない。

(イ) 判例

① 児童扶養手当不支給事件



児童扶養手当不支給事件 (最判平 14.1.31)

(事案)

Xは、婚姻によらないで子を懐胎、出産して、これを監護しており、児童扶養手当法施行令第1条の2第3号に該当する児童を監護する母として児童扶養手当の支給を受けていたが、子がその父から認知されたため、被上告人は、これにより児童扶養手当の受給資格が消滅したとして、児童扶養手当受給資格喪失処分をした。

(判旨)

法は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的としている(法1条)が、父と生計を同じくしていない児童すべてを児童扶養手当の支給対象児童とする旨を規定することなく、その4条1項1号ないし4号において一定の類型の児童を掲げて支給

対象児童とし、同項5号で「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」を支給対象児童としている。同号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の種類の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである。法は、いわゆる死別母子世帯を対象として国民年金法による母子福祉年金が支給されていたこととの均衡上、いわゆる生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずべきであるとの議論を契機として制定されたものであるが、法が4条1項各号で規定する種類の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。

一方で、施行令1条の2第3号は、本件括弧書を設けて、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外することとしている。確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。

したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いているものというべきである。そうすると、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。

過去問

児童扶養手当法施行令が、父から認知された婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは、社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したものとは認められないので、児童扶養手当法の委任の範囲を逸脱した違法な規定と解することはできない。(H26-9 ×)

② 医薬品ネット販売事件



医薬品ネット販売事件（最判平 25.1.11）

（事案）

新薬事法の施行に伴って改正された薬事法施行規則において、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売又は授与は一定の医薬品に限って行うことができる旨の規定及びそれ以外の医薬品の販売若しくは授与又は情報提供はいずれも店舗において薬剤師等の専門家との対面により行わなければならない旨の規定が設けられた。インターネットを通じた郵便等販売を行う事業者であるXらは、新施行規則の上記各規定は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものであって無効であるなどと主張して出訴した。

(判旨)

新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、①当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならないものとし、②当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならないものとし、③郵便等販売をしてはならないものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。

(4) 委任命令の判例のまとめ

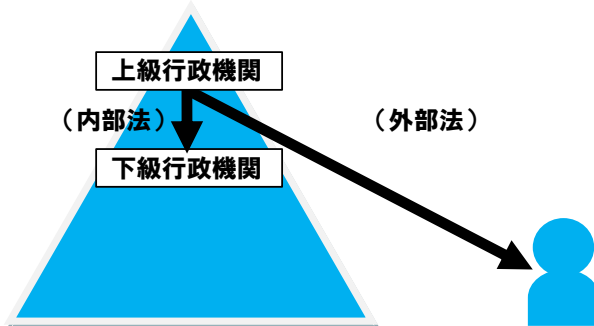
—図表— 委任命令の判例のまとめ

事件名	判旨
旧銃砲刀剣類登録規則事件 (最判平2.2.1)	法の委任の趣旨を逸脱しない
旧監獄法施行規則事件 (最判平3.7.9)	法の委任の範囲を逸脱し無効
児童扶養手当法施行令事件 (最判平14.1.31)	法の委任の範囲を逸脱し無効
東洋町解職請求署名事件 (最大判平21.11.18)	地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超え無効
医薬品ネット販売事件 (最判平25.1.11)	法の委任の範囲を逸脱し無効

3 行政規則

(1) 意義

行政規則とは、行政機関が定める規範のうち、国民の権利義務に関わる法規としての性質を有しないものをいう。法規としての性格を有しないため、法律の根拠は不要である。



法規命令は、行政の外側に存在する国民に関わるという意味で外部法、行政規則は、行政内部において通用するという意味で内部法といわれている。もっとも、最近では、行政規則が事実上国民の権利義務に与えている、内部法の外部化という現象が起きており、法規命令と行政規則の区別は、相対的なものになっている。

過去問

通達は、法律の根拠なく発令・改廃することができるが、それ
 際には、官報による公示や関係機関の事務所における備付け
 その他適当な方法により国民に対して公にしなければならない。
 (H22-9 ×)

(2) 判例

① 教職員国歌国旗訴訟

判例

教職員国歌国旗訴訟（最判平 24.2.9）

(事案)

東京都教育委員会が都立学校の校長宛に式典の際の国歌の起立斉唱を求め
 る通達を出し、その命令に違反した教職員を懲戒処分にした。この懲戒処分は、
 1 回目戒告、2 回目～3 回目減給、4 回目以降停職が規定され、免職処分は規
 定されていなかった。これを不服とする教職員らが、国に対し、①国旗に向か
 い起立斉唱する義務のないことの確認、②この義務違反による懲戒処分の差止
 め、③国家賠償請求を求めて出訴した。

(判旨)

本件通達は、地方教育行政の組織及び運営に関する法律 23 条 5 号所定の学
 校の教育課程、学習指導等に関する管理及び執行の権限に基づき、学習指導要
 領を踏まえ、上級行政機関である都教委が関係下級行政機関である都立学校の
 各校長を名宛人としてその職務権限の行使を指揮するために発出したもので
 あって、個々の教職員を名宛人とするものではなく、本件職務命令の発出を待
 たずに当該通達自体によって個々の教職員に具体的な義務を課すものではない。

したがって、本件通達をもって、本件職務命令と不可分一体のものとしてこ
 れと同視することはできず、本件職務命令を受ける教職員に条件付きで懲戒処
 分を受けるという法的効果を生じさせるものとみることもできない。

そうすると、個々の教職員との関係では、本件通達を踏まえた校長の裁量に
 より本件職務命令が発せられ、さらに、その違反に対して都教委の裁量により
 懲戒処分がされた場合に、その時点で初めて教職員個人の身分や勤務条件に係
 る権利義務に直接影響を及ぼす行政処分がされるに至るものというべきであ
 って、本件通達は、行政組織の内部における上級行政機関である都教委から関
 係下級行政機関である都立学校の各校長に対する示達ないし命令にとどまり、
 それ自体によって教職員個人の権利義務を直接形成し又はその範囲を確定す
 ることが法律上認められているものとはいえないから、抗告訴訟の対象となる
 行政処分には当たらないというべきである。また、本件職務命令も、教科とと
 もに教育課程を構成する特別活動である都立学校の儀式的行事における教育
 公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指
 示を内容とするものであって、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に
 直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当た
 らないと解される。

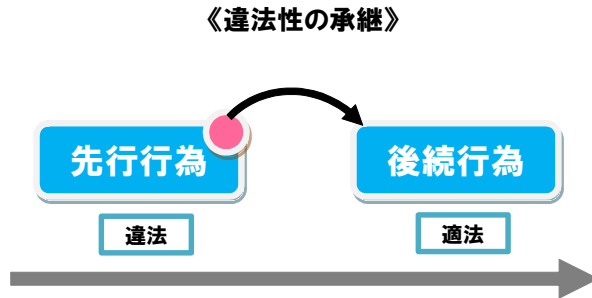
(3) 種類

行政規則は、通達、訓令、告示という形式で定められる。通達とは、上級
 行政機関が下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指
 揮し、職務に関して命令するために発するものをいう(国家行政組織法 14
 条 2 項)。

4 違法性の承継

(1) 意義

違法性の承継とは、先行する行政行為に対する出訴期間が経過したにもかかわらず、後行する行政行為に対する取消訴訟において、先行する行政行為の瑕疵を理由として、後行する行政行為も違法であると主張することができるかという問題をいう。



(2) 具体例

ア 違法性が承継されない場合

先行行為と後行行為が、それぞれ別個の目的を有し、相互に目的・手段の関係がない場合、違法性は承継されない。

たとえば、課税処分と滞納処分は、それぞれ別個の目的を有するため、先行する行政行為の瑕疵を理由として、後行する行政行為も違法であると主張することはできない。

イ 違法性が承継される場合

先行行為と後行行為が、相互に連続した一つの手続をなし、全体として一つの目的、一定の法律効果の発生を目指している場合、違法性は承継される。

たとえば、農地の買収計画と買収処分は、全体として一つの目的、一定の法律効果の発生を目指しているため、先行する行政行為の瑕疵を理由として、後行する行政行為も違法であると主張することができる。

—図表— 違法性の承継の具体例

肯定例	否定例
① 農地の買収計画と買収処分（最判昭25.9.15） ② 土地収用の事業認定と収用委員会の収用裁決 ③ 知事の安全認定と建築主事の建築確認（最判平21.12.17）	① 課税処分と滞納処分（最判昭51.4.27）

(3) 判例

判例 東京都建築安全条例事件（最判平21.12.17）

（事案）

Aは、Y区長から、安全認定処分、同区建築主事から建築確認を受けた。これに対して、マンション建設予定地の周辺住民Xは、Y区を相手に、安全認定・建築確認等の取消しを求めて出訴した。

（判旨）

建築確認における接道要件充足の有無の判断と、安全認定における安全上の支障の有無の判断は、異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが、もともとは一体的に行われていたものであり、避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるものである。そして、安全認定は、建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり、建築確認と結合して初めてその効果を発揮するのである。

他方、安全認定があっても、これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず、建築確認があるまでは工事が行われることもないから、周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない（これに対し、建築確認については、工事の施工者は、法89条1項に従い建築確認があった旨の表示を工事現場にしなければならない。）。そうすると、安全認定について、その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難である。仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても、その者において、安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく、建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない。

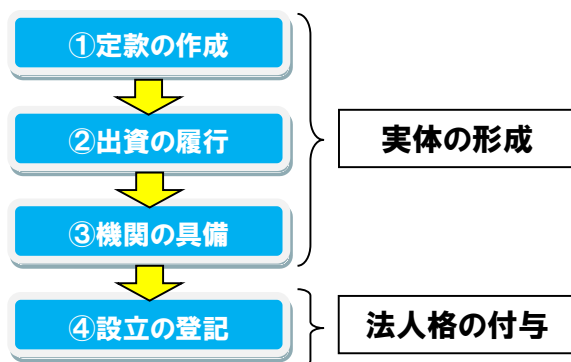
以上の事情を考慮すると、安全認定が行われた上で建築確認がされている場合、安全認定が取り消されていなくても、建築確認の取消訴訟において、安全認定が違法であるために本件条例4条1項所定の接道義務の違反があると主張することは許されると解するのが相当である。

1 設立①—総則

1 意義

株式会社の設立とは、営利目的を有する社団を作成して法人格を取得し、これにより法律上の法人となることをいう。

株式会社は、実体の形成と法人格の付与(設立登記)によって成立する。



(1) 実体の形成

会社は、①定款の作成、②出資の履行、③機関の具備によって形成される。

(2) 法人格の取得

会社は、設立登記によって法人格を取得する(会社法911条、49条、商業登記法47条)。会社法では、その規定に従って手続きを進めさえすれば、当然に、法人格を取得できるとする、準則主義が採用されている。

2 種類

(1) 発起設立

発起設立とは、設立の立案者である発起人が、設立時発行株式のすべてを引き受けて、会社成立後の当初株主になる形態の設立方法をいう(会社法25条1項1号)。

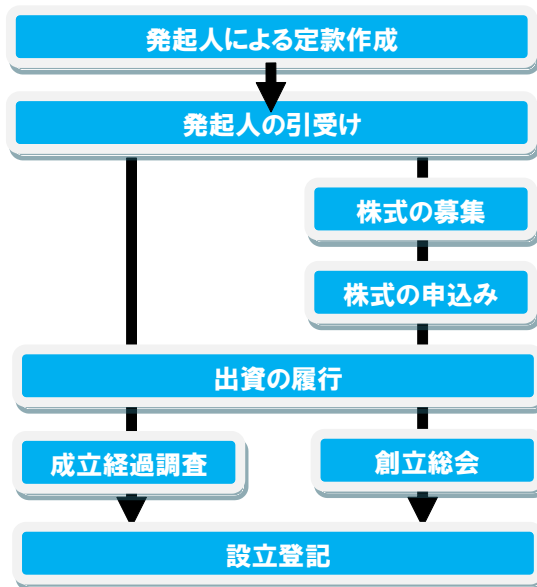
(2) 募集設立

募集設立とは、設立時に発起人が設立時発行株式の一部を引き受け、残りを発起人以外の者に募集を行い、これらの者が発起人と共に成立後の当初株主となる設立方法をいう(会社法25条1項2号)。

いずれの場合であっても、発起人は設立時発行株式を1株以上引き受けなければならない(会社法25条2項)。

過去問

複数の発起人がいる場合において、発起設立の各発起人は、設立時発行株式を1株以上引き受けなければならないが、募集設立の発起人は、そのうち少なくとも1名が設立時発行株式を1株以上引き受ければよい。(H27-37 ×)



—図表—

発起設立と募集設立の比較

	発起設立	募集設立
意義	設立の立案者である発起人が、設立時発行株式のすべてを引き受けて、会社成立後の当初株主になる形態の設立方法をいう。	設立時に発起人が設立時発行株式の一部を引き受け、残りを発起人以外の者に募集を行い、これらの者が発起人と共に成立後の当初株主となる設立方法をいう。
株式引受人	発起人のみ	発起人と引受人
創立総会の開催	不要	必要
発行可能株式総数の変更手続	発起人全員の同意	発起人全員の同意 または、創立総会の決議
払込金融機関による保管証明責任	なし	あり
疑似発起人の責任	なし	あり

過去問

会社の設立に際しては、発起設立または募集設立のいずれの方法による場合も、創立総会を開催しなければならない。(H19-36 ×)

2 設立②—定款の作成

1 定款の作成

発起人は定款を作成し、その全員がこれに署名し、または、記名押印をする(会社法26条1項)。

(1) 発起人

発起人とは、会社の設立の企画者として、定款に署名または記名押印した者をいう。発起人の資格には制限がないため、制限行為能力者や法人であってもなることができる。また、発起人は1人でもよく、その員数に制限はない。

(2) 方式

定款は、会社の根本原則である。設立時に作成される定款を原始定款といい、この原始定款を公証人に認証してもらう必要がある(会社法30条1項)。原始定款認証後、定款変更をする場合には、再度の認証は不要である。

2 記載事項

(1) 絶対的記載事項

絶対的記載事項とは、定款に必ず記載しなければならない事項のことをいう。これを欠く定款は、無効となる。

- ① 目的
- ② 商号
- ③ 本店所在地
- ④ 設立に際して出資される財産の価額またはその最低額
- ⑤ 発起人の氏名または名称と住所
- ⑥ 発行可能株式総数

過去問

株式会社の定款には、株式会社の設立に際して出資される財産の額またはその最低額を記載または記録しなければならない。(H28-37 ○)

これらの記載は、設立登記までに必要となる。

もっとも、発行可能株式総数は、定款の認証時には不要であるが、会社の成立の時までに、発起人全員の同意で定めておく必要がある。また、公開会社においては、設立時の発行株式総数は、発行可能株式総数の4分の1以上でなければならない(会社法37条3項)。

過去問

会社設立時に株式会社が発行する株式数は、会社法上の公開会社の場合には、発行可能株式総数の4分の1を下回ることができないため、定款作成時に発行可能株式総数を定めておか

なければならないが、会社法上の公開会社でない会社の場合には、発行株式数について制限がなく、発行可能株式総数の定めを置かなくてよい。(H21-37 ×)

なお、①公開会社が定款を変更して発行可能株式総数を増加する場合、②公開会社でない株式会社が定款を変更して公開会社となる場合には、定款の変更後の発行可能株式総数は、発行済株式の総数の4倍を超えることができない(会社法113条3項)。

(2) 相対的記載事項

相対的記載事項とは、記載を欠いても定款は無効とならないが、定款に定めないと効力が発生しない事項のことをいう(会社法29条参照)。変態設立事項等がある。

変態設立事項については、①原始定款に規定するとともに、②原則として裁判所が選任した調査役の調査を受け、③調査の結果に基づき定款の変更がなされ得る。

① 現物出資(会社法28条1号)

現物出資とは、金銭以外による出資のことをいう。現物の価額を評価する際、目的物を多額に評価することにより不当に多くの株式を与えることを防止するために設けられた。なお、現物出資は、発起人のみがないうる。

過去問

発起人以外の設立時募集株式の引受人が金銭以外の財産を出資の目的とする場合には、その者の氏名または名称、目的となる財産およびその価額等を定款に記載または記録しなければ、その効力を生じない。(H24-37 ×)

② 財産引受け(会社法28条2号)

財産引受けとは、発起人が会社の成立を条件として、特定の財産を譲り受ける旨の契約をいう。これは、通常の売買契約となるが、設立時には現物出資の場合と同様、目的物価額を過大に評価するおそれがあるために設けられた。

過去問

発起人が会社のために会社の成立を条件として特定の財産を譲り受ける契約をする場合には、目的となる財産、その価額および譲渡人の氏名または名称を定款に記載または記録しなければ、その効力を生じない。(H24-37 ○)

③ 発起人の報酬・特別利益(会社法28条3号)

発起人の報酬及び特別利益は、発起人が、恣意的に過大に評価する危険があるために設けられた。

過去問

会社の成立により発起人が報酬その他の特別の利益を受ける場合には、報酬の額、特別の利益の内容および当該発起人の氏名または名称を定款に記載または記録しなければ、その効力を生じない。(H24-37 ○)

④ 設立費用(会社法28条4号)

設立費用とは、発起人が会社のために支出した費用をいう。発起人がその評価を過大に見積もるおそれがあるために設けられた。そのため、費用が明らかな場合(たとえば、登録免許税等)や、算定の客観的基準が明らかな場合には、定款の定めがなくても成立後の会社の債務とすることができる。

過去問

会社の設立に要する費用を会社が負担する場合には、定款の認証手数料その他会社に損害を与えるおそれがないものを除いて、定款に記載または記録しなければ、その効力を生じない。
(H24-37 ○)

(3) 任意的記載事項

任意的記載事項とは、定款以外に定めても効力が発生する事項をいう(会社法29条参照)。これを定款に定めることにより、信頼性が担保されることとなるが、変更する場合には、定款変更手続きが必要となる。

3 設立③—設立手続

1 出資の履行

発起人は、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る金銭の全額を払い込み、または、その出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない(会社法34条1項本文)。

この払込みは、募集設立、発起設立を問わず、発起人の不正行為を防止し、かつ、払込みの確実性を担保するため、発起人が定めた銀行等の払込取扱場所においてしなければならない(会社法34条2項)。

募集設立の場合には、払込取扱機関に対し払い込まれた金額に相当する金銭の保管に関する証明書の交付を請求することができる(会社法64条1項)。発起設立の場合には、募集設立の場合と異なり、払込取扱機関は、払込金の保管証明義務を負わない(会社法34条2項、63条1項、64条1項)。

過去問

発起設立または募集設立のいずれの場合においても、発起人は、払込みの取扱いをした銀行等に対して、払い込まれた金額に相当する金銭の保管に関する証明書の交付を請求することができ、この証明書を交付した銀行等は、当該証明書の記載が事実と異なること、または当該金銭の返還に関して制限があることをもって、成立後の株式会社に対抗することはできない。(H28-37 ×)

2 失権手続

発起人につき、出資の履行をしていないものがある場合には、発起人は、当該出資の履行をしていない発起人に対して、期日を定め、その期日までに当該出資の履行をしなければならない旨を通知しなければならない(会社法36条1項)。

発起人が、期日までに出資の履行をしないときは、当該出資の履行をすることにより設立時発行株式の株主となる権利を失う(会社法36条3項)。

これに対し、発起人以外の者については、払込みをしない場合には、株主となる権利を失う(会社法63条3項)。

過去問

設立時発行株式を引き受けた発起人が出資の履行をしない場合には、当該発起人は当然に設立時発行株式の株主となる権利を失う。(H26-37 ×)

3 変態設立事項の調査

(1) 原則

変態設立事項がある場合、原則として、発起人の申立てに基づき裁判所によって選任された検査役の調査を受けなければならない(会社法33条1項、2項)。

(2) 例外

- ① 現物出資財産等について定款に規定された価額の総額が500万円を超えない場合(会社法33条10項1号)
- ② 現物出資財産等のうち、市場価格のある有価証券について定款に規定された価額が当該有価証券の市場価格として法務省令で定める方法により算定されるものを超えない場合(会社法33条10項2号)
- ③ 現物出資財産等について定款に規定された価額が相当であることについて弁護士、弁護士法人、公認会計士、監査法人、税理士または税理士法人の証明(現物出資財産等が不動産である場合にあっては、当該証明及び不動産鑑定士の鑑定評価)を受けた場合(会社法33条10項3号)

4 機関の具備

定款で、設立時役員等を定めた場合には、出資の履行が完了した時に、それぞれ設立時役員等に選任されたものとみなされる(会社法38条4項)。

定款に定めがない場合で、発起設立の場合には、出資の履行が完了した後遅滞なく、その過半数をもって設立時取締役を選任する(会社法40条1項)。このとき、発起人は1株につき1議決権を有する。募集設立の場合には、創立総会の決議によって、設立時役員等を選任する(会社法88条)。

5 設立時取締役等による調査

発起設立の場合、設立時取締役(設立しようとする株式会社が監査役設置会社である場合にあっては、設立時取締役及び設立時監査役)は、その選任後遅滞なく、次に掲げる事項を調査しなければならない。

- ① 現物出資財産等の定款に規定された価額が相当であること
- ② 現物出資財産等の定款に規定された価額についての弁護士等の証明が相当であること
- ③ 出資の履行が完了していること
- ④ ①ないし③の事項のほか、株式会社の設立の手續が法令または定款に違反していないこと。

このように、設立時取締役(監査役設置会社である場合にあっては、設立時取締役及び設立時監査役)は、発起人による設立に関する事務の執行の監督機関となる。

過去問

設立時取締役その他の設立時役員等が選任されたときは、当該設立時役員等が会社設立の業務を執行し、またはその監査を行う。(H27-37 ×)

6 設立登記

株式会社は、その本店の所在地において設立の登記をすることによって成立する(会社法49条)。

4 設立④—設立に関する責任及び訴え

1 設立に関する責任

(1) 現物出資財産等の価額が不足する場合の責任

ア 原則

株式会社の成立時における現物出資財産等の価額が、定款に記載された価額に著しく不足するときは、発起人及び設立時取締役は、当該株式会社に対し、連帯して、当該不足額を支払う義務を負う(会社法52条1項)。

過去問

発起人または設立時募集株式の引受人が払い込む金銭の額および給付する財産の額の合計が、定款に定められた設立に際して出資される財産の価額またはその最低額に満たない場合には、発起人および設立時取締役は、連帯して、その不足額を払い込む義務を負う。(H26-37 ×)

イ 例外

次の場合は、不足額を支払う義務を負わない。ただし、現物出資者と財産の譲渡人は免責されない。

- ① 検査役の調査を経た場合(会社法52条2項1号)
- ② 発起人等がその職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明した場合(会社法52条2項2号)。ただし、募集設立においては、この場合であっても免責されない(会社法103条1項 無過失責任)

(2) 出資の履行を仮装した場合の責任等

① 発起人の責任

発起人は、払込みを仮装した出資に係る金銭の全額の支払をする義務を負う。また、発起人は、給付を仮装した出資に係る金銭以外の財産の全部の給付(株式会社が当該給付に代えて当該財産の価額に相当する金銭の支払を請求した場合にあっては、当該金銭の全額の支払)をする義務を負う(会社法52条の2)。

過去問

発起人は、その引き受けた設立時発行株式について金銭の払込みを仮装した場合には、仮装した出資に係る金銭の全額を会社に対して支払う義務を負い、この義務は、総株主の同意がなければ免除することができない。(H28-37 ○)

② 設立時募集株式の引受人の責任

設立時募集株式の引受人は、株式会社に対し、払込みを仮装した払込金額の全額の支払をする義務を負う(会社法102条の2第1項)。

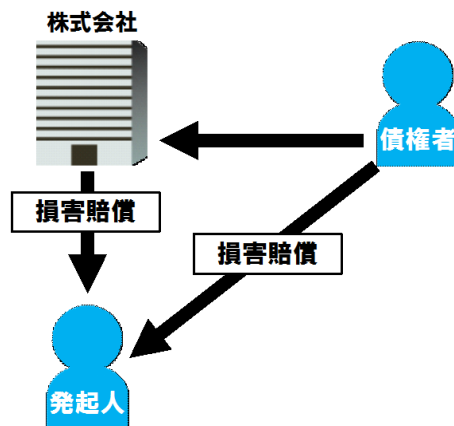
なお、設立時募集株式の引受人の負う義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない(会社法102条の2第2項)。

③ ①②の場合に、出資の履行を仮装することに関与した発起人または設立時取締役として法務省令で定める者の責任

出資の履行を仮装することに関与した発起人または設立時取締役として法務省令で定める者は、株式会社に対し、当該発起人・引受人と連帯して、支払をする義務を負うが、その者(当該出資の履行を仮装したものを除く。)がその職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明した場合は、この限りでない(会社法52条の2第2項3項・103条2項)。

(3) 任務懈怠責任

発起人等が、会社の設立に関し任務を怠ったときは、会社に対して連帯して損害賠償責任を負う(53条1項、54条)。



(4) 第三者に対する責任

発起人等が、その職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、第三者に対しても連帯して損害賠償責任を負う(53条2項)。

(5) 擬似発起人の責任

発起人とは、定款に発起人として署名または記名押印した者をいうが、募集設立の場合においては、募集の広告その他募集に関する書面または電磁的記録に自己の氏名または名称及び株式会社の設立を賛助する旨を記載し、または記録することを承諾した者(発起人を除く。)も、発起人とみなして、発起人と同様の責任を負う(会社法103条4項)。発起人であるかのような外観を信頼した者を保護する趣旨である。

過去問

発起設立または募集設立のいずれの方法による場合であっても、発起人でない者が、会社設立の広告等において、自己の名または名称および会社設立を賛助する旨の記載を承諾したときには、当該発起人でない者は発起人とみなされ、発起人と同一の責任を負う。(H27-37 ×)

2 設立の瑕疵

(1) 設立無効の訴え

会社の設立の無効は、会社の成立の日から2年以内に訴えを提起しなけ

ればならない(会社法828条1項1号)。

提訴権者は、設立する株式会社の株主等(株主、取締役または清算人(監査役設置会社にあつては株主、取締役、監査役または清算人、指名委員会等設置会社にあつては株主、取締役、執行役または清算人))または設立する持分会社の社員等である(会社法828条2項1号)。



無効事由は、重大な瑕疵に限られると解されています。たとえば、定款の絶対的記載事項がない場合や、定款認証がされていない場合、設立登記が無効の場合等に限られます。

設立を無効とする判決が確定すると、設立は、将来に向かってその効力を失う(会社法839条 将来効)。また、設立を無効とする確定判決は、第三者に対してもその効力を有する(会社法838条 対世効)。

(2) 会社の不存在

会社が不存在の場合には、いつでも、誰でも、主張ができる。たとえば、設立登記を経ずに活動している場合や、設立手続きを全く経ていない場合等である。

(3) 会社の不成立

会社が不成立の場合とは、会社の設立を途中で断念し、設立登記に至らなかったような場合をいう。この場合には、いつでも、誰でも、会社の不成立を主張できる。この場合に発起人が行った設立に必要な行為は、すべて発起人の連帯責任となる(会社法56条前段)。

過去問

会社の設立手続が行われたにもかかわらず会社が成立しなかったときは、発起人は、連帯して、会社の設立に関してした行為についてその責任を負い、会社の設立に関して支出した費用を負担する。(19-36 ○)

—図表— 会社法上の訴え

	主張権者	提訴期間	遡及効
設立無効の訴え	・設立する株式会社の株主等 ・設立する持分会社の社員等	会社の成立の日から2年以内	× 将来効
新株発行無効の訴え	株式会社の株主等	株式の発行の効力が生じた日から6か月以内 非公開会社は株式の発行の効力が生じた日から1年以内	× 将来効
新株発行不存在確認の訴え	制限なし	制限なし	○
株主総会決議取消しの訴え	・株主等 ・決議の取消しにより株主、取締役、監査役若、清算人となる者	株主総会決議の日から3か月以内	○
株主総会決議不存在・無効確認の訴え	制限なし	制限なし	○
資本金減少無効の訴え	株式会社の株主等、破産管財人、資本金の額の減少について承認をしなかった債権者	資本金の額の減少の効力が生じた日から6か月以内	× 将来効
合併無効の訴え	株主等、社員等、破産管財人、合併について承認をしなかった債権者	合併の効力が生じた日から6か月以内	× 将来効

5 問題

問題1 株式会社の設立に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア 募集設立の場合、発起人は、自ら株式を引き受けてはならず、株主の募集を行って申込人に株式を割り当てなければならない。
- イ 設立する会社が会社法上の公開会社である場合には、設立に際して発行可能株式総数の4分の1以上の株式を発行しなければならないが、設立する会社が会社法上の公開会社でない場合には、この限りではない。
- ウ 判例によれば、定款に記載しないで行われた財産引受けは、特段の事情のない限り無効であるが、会社がこれを追認すればさかのぼって有効となる。
- エ 設立時募集株式の引受人は、会社の成立後又は創立総会若しくは種類創立総会において議決権を行使した後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張することはできない。
- オ 会社の設立の登記があっても、定款の絶対的記載又は記録事項が欠けている場合や定款の認証がない場合には、瑕疵が重大であるため、会社は不存在となり、誰でもいつでも会社が存在しないことを主張することができる。

- 1 アウ 2 アエ 3 イエ 4 イオ 5 ウオ

6 解説

ア 誤り

募集設立とは、設立時に発起人が設立時発行株式の一部を引き受け、残りを発起人以外の者に募集を行い、これらの者が発起人と共に成立後の当初株主となる設立方法をいう(会社法25条1項2号)。各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を1株以上引き受けなければならない(会社法25条2項)。

イ 正しい

設立時発行株式の総数は、発行可能株式総数の4分の1を下ることができない(会社法37条3項本文)。もっとも、設立しようとする株式会社が公開会社でない場合は、この限りでない(会社法37条3項ただし書)。

ウ 誤り

判例は、財産引受は、現物出資に関する規定の潜脱行為として利用される弊があるので、商法は、現物出資と同様、これを原始定款に記載し、かつ、厳重な法定の経路を経ることを要するものとし、かかる法定の要件を充たした場合にのみその効力を生ずるものとしたのである。右の法意に徴すれば、成立後の会社が追認したからといって、法定の要件を欠く無効な財産引受が有効となるものと解することはできないとしている(最判昭42.9.26)。

エ 正しい

設立時募集株式の引受人は、株式会社の成立後又は創立総会若しくは種類創立総会においてその議決権を行使した後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張し、又は詐欺若しくは強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができない(会社法102条6項)。

オ 誤り

会社設立の無効は、設立登記から2年以内に、訴えをもってのみ主張することができる(会社法828条1項1号)。会社の設立の登記があっても、定款の絶対的記載又は記録事項が欠けている場合や定款の認証がない場合は、無効原因となる。したがって、誰でも、いつでも、会社が存在しないことを主張することができる訳ではない。

次のとおり、正しいものの組合せは肢3であるから、正解は3となる。

【MEMO】

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371 (代表) ☎ 0120-319059 (受講相談)
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F
TEL045-410-0690 (代表)

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400 (代表)

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066 (代表)

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F
TEL052-588-3941 (代表)

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040 (代表)