

論文えんしゅう講義100 ガイダンス

# 論文は突き詰めると 規範定立で合否が決まる

【商法編】

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 一 目 次 一

- NEWえんしゅう本4民事系商法  
「1 発起人の設立中の行為」…………… 1
  
- 平成29年司法試験論文式試験問題  
民事系科目 第2問（商法）…………… 13

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、会社の代表取締役役に就任した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。

【旧司平成7年度・第1問】

■答案構成例

第1 小問(1)

1 前段について

- (1) Bの会社に対する代金支払請求が認められるには、Bと会社との間に原材料を目的物とする当該契約が有効に成立している必要がある。

↓たしかに

AがBとの間で契約を締結した時点では、会社は設立中であり権利能力を有しないため（民法33条1項、会社法（以下、略）3条、49条参照）、会社に当該契約の効力が帰属する余地はないとも思える。

↓しかし

会社は登記によって一挙に成立するのではなく、設立登記がなされるまでに漸次的にその実体が整備されていくものであるから（25条以下参照）、設立中の会社と成立後の会社は、実質的には同一のものであるといえる。

↓そして

発起人は設立中の機関として活動するから、設立中の会社の実質的権利能力と発起人の権限の範囲は一致し、発起人がその権限内で行った取引の効力は、形式的には発起人に帰属するものの、実質的には会社に帰属し、会社成立後は特段の措置（契約上の地位の移転等）なく会社にその効果が帰属すると考える。

- (2) そこで、次に、発起人の権限の範囲が問題となる。

↓

発起人は、会社設立が目的であるから、会社設立のために法律上・経済上必要な行為までが権限に含まれ、開業準備行為については含まれないと考える。

↓なぜなら

財産引受を除き（28条2号）、開業準備行為と事業行為を明確に区別することは實際上困難であるからである。

↓したがって

発起人は会社設立のために法律上・経済上必要な行為のみしかなしえず、開業準備行為を行うことは本来許されな

同一性説

発起人の権限の範囲を問題にする問題の所在——論点間のつながりを明確にすることが大切

いが、法は、会社成立後の事業活動の迅速な開始という実際上の必要性から、該当性判断が容易な財産引受についてのみ例外的に、一定の要件下で、発起人の権限として認めていると考える。

(3) ↓本問で

Bが発起人Aと締結した契約は原材料を会社の成立後に譲り渡すものであって、「株式会社の成立後に譲り受けることを約した」ものとして28条2号の財産引受にあたるため、定款に必要事項を記載・記録する限りにおいて発起人Aの権限に含まれるものである。

↓したがって

定款に記載・記録がある場合には、有効に会社に当該契約は帰属し、Bは本件請求をすることができる。

↓一方

定款に記載・記録がない場合、発起人は財産引受をなすことは許されず、契約は「効力を生じない」こととなる(28条柱書)から、Bは本件請求をすることはできない。

2 後段について

(1) 会社のBに対する原材料の引渡請求が認められるためにも、会社とBとの間に原材料についての売買契約が有効に成立している必要がある。

↓まず

前述のように、発起人AとBでなされた本件売買契約は財産引受にあたるため(28条2号)、同条の要件を満たせば、Aの行為は会社に有効に帰属するため、会社はBに対して請求することができる。

(2) ↓一方で

28条2号の要件を満たさない場合に、会社側から追認(民法116条本文類推適用)することは認められないか。

↓

前述のように、発起人の権限は、会社設立のために法律上・経済上必要な行為までが権限に含まれ、開業準備行為については含まれない。

↓そうであるとすれば

会社法所定の要件を満たさない場合、発起人は財産引受

会社からの追認の可否

をする権限をそもそも有しないため、会社がこれを追認する余地はない。

↓また

28条2号の趣旨は、財産引受には目的財産の過大評価による会社資産の減少や現物出資規制の潜脱行為となるおそれがあるためこれを防止する点にあるから、「その効力を生じない」とは、適式な手続を経ない財産引受が会社に効果帰属する余地を認めないと考えるのが相当である。

↓したがって

定款記載・記録を欠く場合、会社は追認をすることは許されず、当該財産引受は無効であるから、会社はBに対して請求することはできない。

↓もともと

会社成立後に事後設立（467条1項5号）として新たに原材料についての売買契約を締結することは許される。

↓

本件では、成立後の会社の代表取締役Aが原材料の引き渡しを受けた事実から新たな売買契約の申込みがあったものと解する余地があるものの、株主総会の特別決議（309条2項11号）を経ていないため、当該売買契約は結局無効であると考えられる。

↓なぜなら

事後設立は財産引受規制の潜脱として会社財産を減少させるおそれがあり、利害関係人に対する影響が大きい一方で、取引の安全については467条1項5号但書の除外事由によって図られているといえるからである。

↓よって

定款記載がない場合には、会社は請求できない。

28条2号の趣旨からの解釈

## 第2 小問(2)

### 1 前段について

- (1) Cが会社に対して報酬請求するには、会社との間に宣伝広告委託についての契約が有効に成立している必要がある。しかし、本問でCは発起人Aと契約を締結しているため、Aの行為が成立後の会社に帰属するか問題となる。

↓まず

会社は一挙に成立するのではなく、漸次発展して成立するものであるから、設立中の会社と設立後の会社は実質的に同一であるといえる。

↓そうであるとすれば

設立中の会社の機関として発起人がなした行為は、形式的には発起人に帰属するものの実質的には設立中の会社に帰属しており、会社成立後は、特段の手続を経ることなく会社に帰属する。

↓そこで

発起人が設立中の会社の機関としてなしうる権限の範囲が問題となるも、前述の通り、発起人は会社設立が目的であるから、会社設立のために法律上・経済上必要な行為までが権限に含まれ、いわゆる開業準備行為については含まれず、ただ、原始定款に記載されその他法定要件を充足した財産引受のみが例外的に許されるにすぎない。

↓

このように考える以上、財産引受以外の開業準備行為について 28 条 2 号を類推適用することは、妥当ではない。

(2) ↓本問で

会社の宣伝広告は会社成立後の事業活動を円滑に遂行するためのものであり、設立のために法律上・経済上必要な行為にあたらなため、発起人の権限外の行為である。

↓したがって

発起人がなした会社の宣伝広告の委託契約については、成立後の会社に帰属しない。よって、会社に対してCは報酬請求することができない。

本問事案の評価

2 後段について

(1) Aに対して

まず、CとしてはAに対して民法 117 条 1 項の類推適用により損害賠償請求することが考えられる。

↓すなわち

確かに、設立中の会社は権利能力がなく本人たる「他人」が存在しないため、同条を直接適用することはできない。

↓しかし

民法 117 条 1 項の趣旨は、代理行為を有効であると信じ

た第三者の信頼を保護することで代理制度の信用を確保する点にあるところ、設立中の会社と発起人の関係は本人と代理人の關係に類似し、発起人の行為を有効と信頼した第三者を保護する点においては同条の趣旨が妥当する。

↓したがって

民法 117 条 1 項を類推適用しうる。

↓本問で

確かに、Aは会社の発起人としてCと宣伝広告の委託契約を締結している。

↓しかし

Cは契約内容から、Aが設立中の会社の発起人であること及び当該契約締結が会社設立に関係しない権限の範囲外の行為であることを「知っていた」といえる。

↓したがって

117 条 2 項により、Cは 117 条 1 項類推適用に基づいて損害賠償請求することはできない。

↓もともと

Aは自らの行為が発起人の権限外の行為であることを認識又は少なくとも過失があったといえ、これによりCの財産上の利益を害しているから、不法行為責任として損害賠償請求が認められうる（民法 709 条）。また、C側の過失は過失相殺として考慮されうる（民法 722 条 2 項）。

↓また

Aは「発起人」として、権限逸脱という任務懈怠によって「第三者」たるCに損害を生じさせているから、任務懈怠責任として損害賠償請求が認められうる（53 条 2 項）。

## (2) 会社に対して

Cは、前述のように、会社とは契約関係になく、会社はなんら「法律上の原因」なくしてCの「損失」の下に宣伝広告の「利益」を受けているから、宣伝広告のための実費分について不当利得返還請求が認められうる。

以上



## ●本問における重要ポイント●

### 1 小問(1)——定款に記載のない財産引受の効力

本問では、設立中の会社をめぐる法律関係のうち、主として定款に記載のない財産引受の効力が問われていると思われる。

本問では、前段と後段があるが、前段では会社の相手方からの請求の可否が問題となっていることから、ここでは主に会社との売買契約の効力について論じれば足り、追認の可否等については後段で述べれば足りると思われる（もちろん、事情が曖昧であるため、事実認定次第では、いずれで書いてもよいであろう）。

### 2 小問(1), 設問前段について

会社への請求が認められるには、当然本件売買契約が有効にBと会社との間で成立している必要があるものの、契約締結時には会社はまだ成立しておらず権利能力を有していないため、いかなる法的構成でこれを説明するかが問題となる。

通説はこれを「**設立中の会社**」という概念を用いて説明を試みている。すなわち、会社の実体は、設立登記がなされるまでに段階的に整備されていくものであるから、「設立中の会社」と成立後の会社が同一であるとする（同一性説）。そして、成立後の会社同様、「設立中の会社」にも機関が必要でありそれが発起人とされ、発起人がその権限内で行為を行えば、それによって生じた権利義務は形式的には発起人に帰属するものの、実質的には「設立中の会社」に帰属し、成立後の会社と同一である以上は、会社成立後は当然にその効果が移転すると説明する。

かかる通説によった場合、**発起人の権限の範囲**が問題となる。

会社設立を直接の目的とする行為（定款の作成（会社法（以下、略）26条）、株式の引受け・払込みに関する行為（36条参照）など）が含まれることは争いがない。また、設立のために必要な行為（定款認証手数料・印紙税、払込取扱機関に支払う手数料・報酬、検査役の報酬、設立登記の登録免許税）についても会社法28条括弧書、会社法施行規則5条などに照らして含まれると解されている。更に、事業行為が権限に含まれないことについて争いはない。

争いがあるのは**開業準備行為**についてである。含まれるとする見解（肯定説）は、会社成立時に直ちに事業活動を開始できるようにするという実際上の必要性を理由として挙げる。一方、含まれないとする見解（否定説）は開業準備行為と事業行為を区別することは外形上困難である場合が多く、取引の安全を害することを理由としている。いずれの見解に立つのか、自らの見解の理由付けをしっかりと記載して、論述をすすめることが求められる。

肯定説にたった場合、28条2号の規定は、単に濫用の危険から権限が制限されていると解することになろう。否定説にたった場合は、28条2号は実際上の必要性から、嚴重な法定要件を満たした財産引受についてのみ例外的に發起人の権限として成立後の会社への効果帰属を認めると解することになろう。

この点に関して判例（最判昭38.12.24）は、

「商法は、資本充実の要請から、同法168条1項6号に規定する財産引受をもつていわゆる変態設立事項の一として嚴重な制限を課しているが、……。商法168条1項6号（現会社法28条2号に相当）の立法趣旨からすれば、会社設立自体に必要な行為のほかは、發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充たした財産引受のみが例外的に許されるものと解される」

と判示している。

なお、28条2号の趣旨については一般に、財産引受が会社設立自体に必要とされる行為ではなく、目的財産の過大評価によって会社の財産的基礎を危うくさせ会社債権者を害するおそれがあるのみならず、現物出資規制を潜脱する手段として用いられるおそれも大きい（特定の財産の所有者が、現物出資して株主になることと、財産引受の譲渡人となって実質的にその対価を金銭出資して株主になることは、結果として異なる）ため、これを防止する点にあるとされる。

本問で、AがBと締結した契約は、原材料を会社の成立後に譲り受けるものであるから、「株式会社の成立後に譲り受けることを約した」として財産引受に該当し（28条2号）、相対的記載事項（変態設立事項）としての定款への記載や検査役による調査等の手続を経る必要がある。財産引受も開業準備行為の一種であるが、所定の手続を経ていれば、肯定説・否定説に関わらず成立後の会社に有効に契約の効果が帰属することについては、問題ない。

上記見解の対立が生じるのは定款記載のない場合である。肯定説に立てば、發起人の権限に本来含まれるのに、法律によって制限されていると捉えることになろうから、いわば一種の無権代理（無効というわけではなく、少なくとも本人（成立後の会社）に効果帰属はしないという不安定な法的状態）のような形と構成することになろう。この場合には、成立後の会社が追認を拒絶すれば、無効が確定するとの解釈をとることができよう（民法113条2項類推適用になろう）。一方で、否定説に立てば、本来發起人は権限外の行為をなしえないから、28条2号所定の手続を経ない限り無効となると構成することになろう。

### 3 小問(1), 設問後段について

問題文後段では、逆に、会社側からの請求の可否が問われている。かかる場合、会社が本件売買契約(財産引受)を積極的に是認していることが前提となるから、追認の可否が問題となろう。検討する条文としては民法 116 条本文である。これは「その効力を生じない」(28 条柱書)という意味について、絶対的無効なのか、追認が可能なのか(民法 116 条本文類推適用)という論点といえよう。

この追認の可否については、設立中の会社の実質的権利能力の広狭をどのように捉えるのか、発起人の権限の範囲についてどこまで含めるのか(28 条 2 号の規定された趣旨についてどのように考えるのか)によって立場が異なってくると思われる。

従来は追認否定説が有力であったが、現在は、会社に有利な取引であれば会社成立後の追認を認めた方が会社利益に資するとの理由から、追認肯定説が有力となっているとされる。

判例は、一貫して追認否定説(絶対的無効説)に立つ(最判昭 28.12.3, 最判昭 42.9.26, 最判昭 61.9.11(会社百選 6 事件))。

いずれの結論をとるにせよ、判例の見解に触れ、自らの立場を説得的に論証することが求められる。例えば、追認否定説の見解としては、前述の通り、発起人は会社の設立のために必要な行為までしかなしえず、法定の手續を満した財産引受のみが唯一例外的に発起人の権限となるから(28 条 2 号)、定款記載を欠く場合には会社は拘束されず、追認の余地もないとすることが考えられる。一方で、追認肯定説の見解としては、①同一性説を徹底すれば、設立中の会社と設立後の会社が同一である以上、発起人の目的には設立後すぐに会社が営業(事業)活動をすることができるようにすることも含まれると捉え、発起人の権限を、財産引受を含む開業準備行為にまで及ぶと解して 28 条 2 号を権限濫用の危険防止のために要求されたとすることで、定款記載のない場合には一種の無権代理行為となるから、会社は追認可能となるとするもの、②会社の実質的権利能力の範囲と発起人の権限の範囲は必ずしも一致しないとの前提から、会社の実質的権利能力が開業準備行為にまで及ぶとした上で、発起人の権限には開業準備行為は含まれないとすることで無権代理同様の状況が生じているとするもの、などがそれぞれ存在する。

仮に追認肯定説の立場をとる場合には、追認は、事後設立(467 条 1 項 5 号)に該当する場合には、同条の類推適用により株主総会の特別決議、重要な業務執行の決定(362 条 4 項)に該当する場合には、取締役会決議によることになる、などの論述まで求められよう。

追認否定説に立ったとしても、会社成立後に改めて契約を締結することで、事後設立として(467 条 1 項 5 号)、事実上追認肯定説と近い結論を導くことは可

能である(前掲最判昭28.12.3参照)。そこで、会社の追認を否定したとしても、事後設立としての構成を検討すべきであろう。事後設立は、財産引受規制の潜脱として行われるおそれが高いため、これを防止するために株主総会の特別決議による承認が要求される(309条2項11号)。

本問では、具体的な事情がないため、会社成立後に新たな契約の締結という事実の有無と、それに対応する株主総会特別決議による承認の事実の有無についてそれぞれ場合分けないし事実認定をして論述を進めればよいと思われる(ちなみに、上記判例の事案では、株主総会の特別決議による承認はあったものの、それをもってしても追認は許されず、また、会社成立後の新たな契約締結の事実が認められないとの理由から事後設立としても有効にはならないとして、上告が棄却されている)。

なお、株主総会の特別決議を欠く事後設立の効力については、直接の判例はないが、事後設立は財産引受規制の潜脱防止を目的としているところ、財産引受の手続違反の効力は絶対的無効と解されていることや、事業譲渡において株主総会の特別決議を欠く場合の効力についても株主(及び債権者等の利害関係人)の利益に重大な影響を及ぼす点に注目して同じく絶対的無効とされていることが参考になろう(前掲最判昭61.9.11)。

#### 4 小問(2), 設問前段について——明文規定のない開業準備行為の効力

本問では、明文規定のない開業準備行為に該当する契約の効力が問われている。設問の解決としては、小問(1)と同様、**発起人の権限**がどこまで認められるのかという考え方が有用であると思われる。

開業準備行為まで発起人の権限に含まれるとする見解によれば、その利益状況は28条2号が規定している財産引受と同様であるから(発起人による権限濫用の防止の要請は異ならない)、同条を類推適用して、定款記載があれば有効となしえ、定款記載を欠いても、会社の追認を肯定する余地が出てこよう。

逆に、発起人の権限に開業準備行為を含めない見解によれば、28条2号は財産引受の有用性とその該当判断の明確性から特別に法が定款記載を条件に発起人の権限に含めていると解するため、それ以外の開業準備行為については、同条の類推適用の余地もなく、原則通り絶対的に無効であると考えることになろう(前掲最判昭38.12.24参照)。

#### 5 小問(2), 設問後段について

小問後段については、Cが「誰に」対し「どのような請求」ができるかが問われているため、本問で想定しうる全ての者に対する請求権を検討することが求められている。「誰に」については、本問ではCの他にはA及び会社しかいないた

め、この二者を検討することになる。

まず、Aに対する請求を考える。AはCと直接に宣伝広告の委託契約を締結した者であるが、Aは契約の当事者として契約したのではなく、設立中の会社のためにいわば代理人的地位に立って契約をしているから、民法117条1項による損害賠償請求が考えられる。

この点に関して判例（最判昭33.10.24、会社百選5事件）は、

「本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれはなく、結局、右契約は上告人（被告）が無権代理人としてなした行為に類似するものというべきである。尤も、民法117条は、元来は実在する他人の代理人として契約した場合の規定であって、本件の如く未だ存在しない会社の代表者として契約した上告人は、本来の無権代理人には当たらないけれども、同条はもっぱら、代理人であると信じてこれと契約した相手方を保護する趣旨に出たものであるから、これと類似の関係にある本件契約についても、同条の類推適用により、前記会社の代表者として契約した上告人がその責に任ずべきものと解するを相当とする」

と判示した。この点について学説もおおむね支持していることから、理論的な問題としては、判例の立場に従った方が無難であろう。その上で、具体的な適用にあたり、Cが保護されるかについて本問では、有過失が認められるとする結論もありうると思われる。

また、不法行為責任の追及（民法709条）も考えられよう。更に、Aは発起人としての任務懈怠責任も負う余地もあろう（53条2項）。すなわち、判例・通説によれば、発起人は第三者に対しては直接の法律関係には立たないが、53条2項は、第三者保護のために法が特別に定めた法定責任としての法的性格を有すると解されており、不法行為責任と競合すると解されている（大判昭15.3.6）。

次に、会社に対する請求を考える。会社とCとの間にも、問題文を前提とする限り、契約関係がないと考えられる。そこで、不当利得返還請求が考えられよう（民法703条、704条）。また、構成によっては、事務管理による有益費償還請求をする余地もあろう（697条1項、702条1項）。このように、複数の請求が考えられるため、できるだけ多くの法的手段を発見することができれば、その分評価につながるとと思われる。



論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

〔民事系科目〕

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、35：40：25）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

1. A及びBは、Cから、加工食品の製造業及び卸売業を営む甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立するので、協力してほしいと頼まれた。そこで、甲社の設立に際し、Aは、唯一の発起人となるとともに、甲社の設立に際して発行される株式の一部を引き受け、出資の履行として1200万円を払い込み、Bは、発起人とならなかったが、残りの株式を引き受け、出資の履行として1800万円を払い込んだ。
2. Aは、甲社の設立手続を進める上で、当初の1か月間は、設立事務を行う事務所と設立事務を補助する事務員が必要であると考えた。そこで、Aは、Dから、平成23年5月9日、「甲社発起人A」の名義で、事務所用建物を、賃貸期間を1か月に限り、賃料を後払いで60万円とする約定により賃借した。また、Aは、同月12日、「甲社発起人A」の名義で、Eを、設立事務を補助する事務員として、期間を1か月に限り、報酬を後払いで40万円とする約定により雇用した。なお、当該賃料及び当該報酬は、相場に照らし、いずれも適正な金額であった。
3. Aは、Fとの間で、平成23年5月13日、「甲社発起人A」の名義で、成立後の甲社の事業に用いる目的で、食品加工用の機械（以下「本件機械」という。）を、甲社の成立を条件として、本件機械の引渡し及び代金の支払の期日をいずれも同年7月29日とし、代金を800万円とする約定により、甲社がFから購入する契約（以下「本件購入契約」という。）を締結した。
4. 平成23年6月14日、甲社の設立登記がされた。公証人の認証を受けた甲社の定款には、設立費用については「設立費用は80万円以内とする。」との記載のみがあり、また、甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けることを約する契約については記載がなかった。なお、当該設立費用については、裁判所の選任した検査役の調査等の必要な手続を経ていた。

甲社は取締役会設置会社かつ監査役設置会社であり、甲社の代表取締役はCである。甲社の設立時の株主は、A及びBの二人のみであり、甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれも、40％はAが、60％はBが、それぞれ保有している。甲社の純資産額は、設立後、数か月の間、3000万円を超えることがなかった。
5. 甲社は、Fから、平成23年6月16日、本件機械について代金として50万円を追加するように要求されるとともに、この要求に応じないのであれば、本件購入契約の有効性を問題とし、本件機械の引渡しに応じないと主張された。

〔設問1〕

- (1) Aは、Dに対して上記2の賃料60万円を、Eに対して上記2の報酬40万円を、いずれも支払っておらず、甲社は、その成立後、直ちに、D及びEから、これらの支払を求められた。この場合において、甲社がこれらの支払を拒否することができるかどうかについて、判例の立場及びその可否を検討した上で、論じなさい。
  - (2) 甲社の代表取締役Cは、本件機械が甲社の事業活動に不可欠であったことから、上記5のFの要求に応じずともやむを得ないが、できれば代金を追加して支払うことなく本件機械の引渡しを受けたいと考え、平成23年6月20日頃、その旨を弁護士に相談した。当該弁護士の立場に立って、本件購入契約に関する会社法上の問題点について論じた上で、それを踏まえつつ、甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手続について、検討しなさい。
6. 平成27年12月、甲社の取締役会は、甲社と取引関係があった加工食品の小売販売業を営む



乙株式会社（以下「乙社」という。）が経営不振に陥り、乙社から援助を求められたことを受け、乙社の全ての発行済株式を取得して、乙社を完全子会社化した上で、乙社の経営を立て直すことを決定した。乙社を完全子会社化するのには、甲社の経営方針に反対する少数株主を排除するためであった。

乙社は、会社法上の公開会社であるが、金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。乙社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、その発行する株式について株券を発行する定めや単元株式数に関する定めはない。なお、乙社の定款のうち、本間に関する定めは、別紙の1のとおりである。

7. 甲社は、乙社の株式を買い集め、乙社の発行済株式の60%に当たる6000株を取得した。乙社の取締役はいずれも乙社が甲社の完全子会社となることに賛成していたが、乙社の創業者の一族である株主Gは、乙社が甲社の完全子会社となることに強硬に反対し、甲社からの株式売却の勧誘にも一切応じない姿勢を見せていた。
8. 乙社は従業員持株制度を採用しており、乙社の従業員のうち希望者が従業員持株会に加入している。当該従業員持株会（以下「本件持株会」という。）は、平成28年3月31日の時点で、乙社の従業員20人から成る民法上の組合であり、乙社の株式を1200株取得しており、当該1200株については下記9のとおり株主名簿に株主として本件持株会の理事長であるHが記載されている。本件持株会の会員は、積立口数に応じて本件持株会が保有する乙社の株式について持分を有し、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託している。すなわち、当該1200株については、実質的には、本件持株会の会員である従業員20人が、その持分に応じて、保有していることとなる。本件持株会の規約のうち本間に関する定めは別紙の2のとおりである。なお、本件持株会の規約の内容は適法であり、当該規約に基づく株式の信託を無効とする事由はない。
9. 平成28年3月31日の最終の株主名簿に記載された乙社の株主及びその持株数は、次のとおりであった。  
甲社：6000株、G：2000株、乙社従業員持株会（本件持株会）理事長H：1200株、I：800株
10. 甲社と乙社の取締役が話し合った結果、乙社を甲社の完全子会社とするため、乙社は、株式の併合をすることとなった。乙社の代表取締役Jは、取締役会の決議に基づき、平成28年6月1日に定時株主総会の招集通知を発した。当該招集通知には、株主総会の目的の一つが株式の併合であること、株式の併合に係る議案の概要として、①3000株を1株に併合すること、②株式の併合がその効力を生ずる日（以下「効力発生日」という。）を同年7月1日とすること、③効力発生日における発行可能株式総数を効力発生日における発行済株式の総数の4倍に当たる数とすること等が記載されていた。他方で、株主総会に出席しない株主が書面又は電磁的方法によって議決権を行使することができることとする旨は記載されていなかった。  
乙社は、当該招集通知を発した日に、上記①から③までの事項を公告するとともに、上記①から③までの事項を含む株式の併合に関する所定の事項を記載した書面を本店に備え置いた。
11. 上記10の招集通知に基づき平成28年6月20日に開催された乙社の定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、Gのほか、甲社の代表取締役Cが甲社を代表して出席し、また、本件持株会の発足以来その会員であるKが本件持株会理事長Hの代理人として出席した。Kは、その際、本件株主総会において議決権行使の代理人をKとする旨のHが作成した委任状を乙社に提出した。なお、本件持株会の会員でHに対し本件株主総会における議決権行使についての特別の指示をしたものはいなかった。
12. Iは平成27年10月1日に死亡し、Iの唯一の相続人であるLが、Iが保有していた乙社株式800株（以下「本件株式」という。）を相続した。Lは、Iの生前から、乙社の株主名簿上のIの住所においてIと同居しており、Iが死亡した後も、引き続き同所において居住してい

る。Lは、Iの生前から、Iが本件株式を保有していたことを知っていたものの、本件株式を相続により取得した後も、本件株式について株主名簿の名義書換えを請求していなかったが、I宛ての本件株主総会の招集通知を受け取った日の翌日である平成28年6月3日、乙社に対し、相続により本件株式を取得したことを証する書面を提示して株主名簿の名義書換えを請求するとともに、上記10の株式の併合に反対する旨を乙社に通知した。乙社は、同日、Lの請求のとおり株主名簿の名義書換えを行った。

本件株主総会の当日、Lは、本件株主総会の会場に現れ、入場を求めたが、乙社の受付担当者は、乙社の代表取締役Jの指示に基づき、Lが本件株主総会に係る議決権行使の基準日において株主名簿上の株主でなかったことを理由として、Lの入場を認めなかった。

13. 本件株主総会において、乙社の代表取締役Jは、株式の併合をすることを必要とする理由として、①株主への通知や配当金の支払に掛かるコストを削減するために株主の人数を減少させる必要があること、②乙社は、数年後に、会社の事業規模に合わせて資本金の額を減少する予定であり、そのためには、会社法上、発行済株式の総数を減少させる必要があることの2点を説明したが、乙社を甲社の完全子会社とした上で甲社の支援により乙社の経営を立て直すという本来の目的については説明しなかった。
14. 本件株主総会において、上記10の株式の併合の議案については、Gが反対したが、甲社及びHの代理人であるKが賛成したことにより、可決された（以下「本件決議」という。）。

〔設問2〕 Gは、本件決議の瑕疵を主張して、本件決議の効力を否定することを検討している。平成28年7月20日の時点で、本件決議の効力を争うためにGの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

〔設問3〕 上記10の株式の併合により乙社の株式を失うこととなるLの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、論じなさい。ただし、株式の併合をやめることを請求し、株式の併合の効力を否定し、又は損害賠償を請求するという手段については、論じなくてよい。

## 別 紙

### 1 乙株式会社定款（抜粋）

（なお、以下の定めは、設立時から本件株主総会の終結の時までの間、変更されていない。）

（定時株主総会の基準日）

第11条 当社は、毎年3月31日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもって、その事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とする。

（決議）

第15条 株主総会の普通決議は、法令又は定款に別段の定めがある場合のほか、出席した議決権を行使することができる株主の議決権の過半数をもって決する。

2 会社法第309条第2項に定める決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって行う。

（議決権の代理行使）

第16条 株主は、当会社の他の株主1名を代理人として、その議決権を行使することができる。

### 2 乙株式会社従業員持株会規約（抜粋）

（株式の管理及び名義）

第10条 会員は、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託するものとする。

2 前項により理事長が受託する株式は、株主名簿において理事長名義とする。

（議決権の行使）

第11条 理事長名義の株式の議決権は、理事長が行使するものとする。ただし、会員は、各自の持分に相当する株式の議決権の行使について、理事長に対し、株主総会ごとに特別の指示を与えることができる。

## 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）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335