

重要判例&採点実感準拠

# 理解が 伝わる

論 証 講 義

商法編

■担当講師■

令和3年予備試験合格  
令和4年司法試験合格

清武宗一郎

辰巳法律研究所



# 商法論証集

清武宗一郎

## 目次

はじめに .....	7
☆論証集の方針 .....	7
☆条文に関する注意 .....	8
☆本論証集の表記の説明 .....	8
・ 出題実績 .....	8
・ 採点実感等の引用 .....	8
総則・商行為 .....	9
・ 法人格否認の法理 .....	9
・ 不実の登記(予 R3) .....	9
・ 名板貸責任(旧 H15) .....	11
・ 事業譲渡 .....	12
一意義(予 H27、旧 H20、新 H18、H27) .....	12
― 「事業の重要な一部」の判断基準(新 H18、H27) .....	13
― 特別決議の欠缺と効力(新 H18、H27) .....	14
… 譲受会社への主張の可否 .....	14
… 譲受会社からの主張の可否 .....	14
・ 商号続用責任(予 H27、旧 H15、H20、新 R4) .....	15
― 「商号」；名称使用への類推適用 .....	16
― 「引き続き使用」；同一性の基準 .....	16
・ 表見支配人(旧 H17) .....	17
・ 商人の検査通知義務(予 H24) .....	18

設立 .....	20
・ 発起人の権限 .....	20
一 範囲(旧 H7-1) .....	20
一 逸脱(旧 H7-1) .....	20
・ 定款に記載なき変態設立事項の効力 .....	21
一 設立費用の帰属(新 H29) .....	21
一 財産引受け(新 H29、旧 H7-1) .....	22
株主と株式 .....	24
・ 共有株式 .....	24
一 権利行使者の指定方法(新 H25) .....	24
一 会社の同意の効果(予 H28、新 R5) .....	24
一 権利行使者の定めのないと原告適格(予 H28、新 R5) .....	25
・ 株主平等原則 .....	26
一 株主優待制度(旧 H12-1) .....	26
一 差別的行使条件付新株予約権の無償割当て(新 R1) .....	26
・ 利益の供与(旧 H13、新 H30、予 R4) .....	28
・ 株式買取請求権 .....	29
一 議決権を行使できない株主(新 H29) .....	29
・ 名義書換えの不当拒絶 .....	30
一 対会社(予 H23、旧 S61) .....	30
一 対第三者(予 H23) .....	31
・ 株式の譲渡 .....	31
一 基準日後株主の権利行使の承認(旧 H22) .....	31
一 譲渡制限 .....	32
… 譲渡制限株式の承認なき譲渡の効力(旧 H22、新 H25) .....	32
… 一人会社の株主による譲渡制限株式の譲渡(予 R2) .....	33
・ 契約による譲渡制限の限界 .....	34
・ 自己株式の取得 .....	35

— 違法な取得の効力(新 H23) .....	35
— 無効主張権者 .....	35
• 株式の引受け .....	36
— 他人名義(新 R3) .....	36
— 会社からの相殺の可否(予 H29) .....	36
• 有利発行 .....	37
— 上場会社(予 H26、旧 H16、H20、H21、新 H19、H23) .....	37
— 非上場会社(新 R2) .....	38
• 仮装払込み .....	39
— 意義(予 H29、旧 S57、新 H22) .....	39
— 払込みの効力(予 H29、旧 S57、新 H22) .....	39
— 発行株式の有効性(予 H29、旧 S57、新 H22) .....	40
• 新株発行の差止事由(旧 H20、新 H19、H25、R1) .....	41
• 新株予約権 .....	43
— 行使条件決定の委任の可否(新 H27) .....	43
— 無償割当ての差止めの可否(新 R1) .....	44
株主総会 .....	45
• 株主総会の決議事項の限界(予 R3、新 R1) .....	45
• 招集手続の瑕疵 .....	45
— 代表取締役の独断による招集 .....	45
— 全員出席総会(新 R2) .....	46
• 決議方法の瑕疵 .....	47
— 基準日の不備 .....	47
— 説明義務違反(予 H25、新 H23) .....	48
— 一定款による代理人の制限(新 H29、R3) .....	50
• 特別利害株主の議決権行使(予 H25、旧 H14、新 H18、H20、H25) .	51
取締役会 .....	53
• 取締役会決議の無効事由(予 H23、H26、R1、旧 H19、新 H28) .....	53

— 一般論 .....	53
— 予定されていない事項の決議(予 R1、新 H28) .....	53
— 特別利害取締役(予 H23、R1、旧 H19、新 H28) .....	54
• 重要な業務執行 .....	55
— 有効性(予 H24、旧 S63、H20、新 H20、H26、R3) .....	55
— 無効の主張権者 .....	56
役員 .....	58
• 役員の解任 .....	58
— 正当な理由(新 H28) .....	58
— 賠償額の算定方法(新 H28、R4) .....	58
• 表見代表取締役(予 R3、旧 H16、新 H26) .....	59
— 適用要件 .....	59
— 非取締役による僭称(旧 H19、新 H26) .....	61
• 競業避止義務 .....	62
— 該当性(旧 S56、H15、新 H27) .....	62
— 承認の方法(予 H26、新 H27) .....	63
• 利益相反取引 .....	64
— 直接取引 .....	64
— 間接取引(予 H24、H26、旧 H15-1、新 R3) .....	65
— 承認の欠缺(予 H24、H26、旧 H19、新 H20、R3) .....	65
• 取締役の報酬等 .....	66
— 取締役会への一任 .....	66
— 退職慰労金(旧 H17) .....	67
— 任期中の変更(旧 H17、新 H28) .....	68
— 事後的決議 .....	69
役員等の責任 .....	71
• 対会社責任—成立要件 .....	71
• 対第三者責任 .....	71

一 成立要件 .....	71
一 株主の「第三者」該当性 .....	72
一 登記簿上の取締役 .....	73
… 退任登記の遅延 .....	73
… 選任手続の不存在 .....	74
・ 事実上の取締役(新 H26) .....	75
・ 経営判断原則(新 H19、R4) .....	76
・ 法令遵守義務(新 H21) .....	77
・ 取締役の監視義務(予 H27、旧 S51、H18、H19、新 H22、H26) .....	78
・ 内部統制システム整備運用義務(新 H28) .....	79
計算 .....	81
☆ 基本的視点 .....	81
・ 会計帳簿閲覧請求 .....	81
一 要件(予 H25) .....	81
一 拒絶事由；「実質的に競争関係にある」(予 H25、新 H30) .....	82
・ 規制違反の配当等の効力(新 H23) .....	83
一 有効説 .....	83
一 無効説(新 H23) .....	84
訴え .....	85
・ 組織再編の差止事由(予 H25、H28) .....	85
・ 組織再編の無効事由 .....	86
一 対価の不公正(予 H25、新 H20、H21) .....	86
一 承認決議取消事由(旧 H21、H14、予 H25、H28、新 H20、R2) .....	86
・ 新株発行の無効事由 .....	88
一 公開会社(予 H26、旧 H16、新 H19、H23) .....	88
… 内部的意思決定の欠缺 .....	88
… 差止めの機会欠缺 .....	89
一 非公開会社(新 H25、H27、R2) .....	90

・ 取消訴訟 .....	91
一 取消事由 .....	91
… 追加の可否 .....	91
… 主張適格(旧 S61、新 H29、R3) .....	92
一 訴えの利益(新 R5) .....	93
一 否決決議の取消しの可否(新 H24、H30) .....	94
・ 不存在確認の訴え .....	95
一 新株発行の不存在事由(新 H26) .....	95
一 株主総会決議の不存在事由 .....	95
・ 代表訴訟 .....	96
一 提訴請求の名宛人の誤り .....	96
一 責任の範囲(新 H26) .....	97

# 役員等の責任

## ・ 対会社責任—成立要件

1 甲社取締役 ABC 及び丙は甲社に対し、会社法 423 条 1 項に基づく損害賠償責任を負わないか。

同項の要件は、①「役員等」、②「任務を怠った」、③「損害」、④因果関係であり、⑤善意無過失は抗弁となる(会社法 428 条 1 項反対解釈)。

(1) A について。

ア ②について。「任務を怠った」とは、具体的な法令・定款の規定だけでなく、取締役の一般的な善管注意義務(会社法 330 条・民法 644 条)・忠実義務(会社法 355 条)に反する場合も含む。

※野村証券事件判決＝最二判 H12.7.7＝百選 49[第 3 版]＝47[第 4 版]。

→任務懈怠要件の認定

任務懈怠の論証は、事案に即しある程度抽象的な義務を設定してから、具体的義務を導き、当該具体的義務に違反したことを認定する、という流れで行う(ただし、助長になりすぎないように注意)。これから見ていく取締役の義務に関する論証は、抽象的な義務の設定に際して用いるものである。

## ・ 対第三者責任

### —成立要件

1 甲社取締役 ABC 及び D 丙は乙社及び E に対し会社法 429 条 1 項に基づく責任を負わないか。

同項の要件は、①「役員等」、②任務懈怠、③「悪意又は重大な過失」、④損害、⑤相当因果関係である。

(1) A について

ウ ③「悪意又は重大な過失」、④「損害」、⑤因果関係は認められるか。

(7) 同項の責任は経済社会で重要な地位を占める株式会社の活動が役員等の職務遂行に依存することから第三者保護のため役員等に課される法定責任である。

とすれば、「悪意又は重過失」は任務懈怠についてあれば足り、「損害」は任務懈怠と相当因果関係にある限り直接間接を問わないと解する。

※最大判 S44.11.26 = 百選[第3版]70 = [第4版]66

→補足

具体的な当てはめまではめる場合は要件解釈の必要があるので、必ずこの論証は書く。任務懈怠の解釈は会社法 423 条と同じ。また、悪意重過失の認定は任務の存在を容易に認識できたことを指摘する。

※※計算関係書類の虚偽記載責任の要件の補足(会社法 429 条 2 項)

・因果関係

虚偽記載がなければ取引しなかったことを立証すればよく、虚偽記載と債権の回収不能との因果関係の立証は不要である(百選[第3版]73 = [第4版]69 解説 4)。

・「虚偽の記載をした」

虚偽記載のある計算書類の作成をいう(同解説 3)。

## —株主の「第三者」該当性

1 甲社株主 E は「第三者」(会社法 429 条 1 項)として、本件株式の価値の減少について、甲社取締役 ABC 及び D 丙に対し会社法 429 条 1 項に基づく損害賠償を請求できるか。

(1) 株式価値の減少に対しては、株主は代表訴訟(会社法 847 条以

下)により会社の損害の回復を図るべきだから、「第三者」に当たらないと解する。ただし、会社の損害が閉鎖型会社の支配株主でもある役員等による任務懈怠によって生じた場合は、会社への直接請求を認めても株主間の公平や会社債権者の利益を害するおそれは小さい一方、直接請求を認めないと被害株主は会社財産の回復によっても実質的に救済されず、株式譲渡による離脱もできないこととなるから、例外的に、被害株主は「第三者」に当たると解する。

※東京高判 H17.1.18 = 百選[第3版]A22

→問題となる局面

会社に損害が生じた結果、株式価値が減少するという、間接損害の場面で問題となる。株主に直接損害が生じた場合は「第三者」に当たることには争いはないので、本論点のように論じる必要はない。

## —登記簿上の取締役

### …退任登記の遅延

1 (「対第三者要件—成立要件」)

(4) D について。

ア たしかに、D は本件取引時に取締役を退任しているため、①「役員等」に当たらないのが原則である。しかし、退任登記未了により就任登記が「不実の登記」となり、会社法 908 条 2 項により取締役たる地位を否定できない結果、「役員等」に当たらないか。「不実の事項を登記した者」とは登記の申請主体である会社を指すから、同項の類推適用の可否が問題となる。

(ア) 取締役が不実登記の残存につき明示的に許諾を与えていたなどの特段の事情があれば、不実登記の作出に加功した帰責性が

あるから、同項の類推適用により、「善意の第三者」に対し取締役でないことを対抗できないと解する。

※最一判 S62.4.16 = 百選[第 3 版]72 = [第 4 版]68。

→問題となる局面

主に監視義務の事例が想定される(次の「選任手続の不存在」の注 2 も参照)。本論証のあと「善意の第三者」該当性と会社法 429 条 1 項の要件充足性を検討する。なお、就任登記は不実ではないとの批判があるが、明示的に承諾を与えていた場合、(D は)不実登記加功者としての責任は(甲社と)同様という反論がある(同[第 4 版]解説 3)。

※※他の法律構成

取締役(D)が「辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的又は対内的な行為をあえてした場合」にも責任を負う(S62 判決判旨)。これは会社法 908 条 1 項前段類推適用か(同[第 3 版]解説 3)、事実上の取締役理論か(商百選 8 解説 3 第 2 段落)で争いがある(両者は必ずしも排斥し合う関係ではないだろう。責任を最終的に肯定する場合は、後者の方が論じやすいか)。

### …選任手続の不存在

1 (「対第三者要件—成立要件」)

(5) 丙について。

ア 丙には適法な選任決議(会社法 329 条 1 項)がなく、取締役とはいえない以上、①「役員等」に当たらず、対第三者責任を負わないのが原則である。しかし、就任登記は「不実の登記」となるから、会社法 908 条 2 項により、丙は就任の事実を否定できないのでないか。「不実の事項を登記した者」とは登記の申請主体である会社を指すから、類推適用の可否が問題となる。

(ア) 会社ではない本人が不実の就任登記に承諾を与えたならば、当該登記の作出に加功した帰責性があるといえるから、同項が

類推適用されると解する。

(ウ) よって、丙は乙社との関係で就任の事実を否定できない。

エ したがって、乙社との関係で丙は「役員等」に当たる。

※最一判 S47.6.15 = 商百選 8 = 判例集 I 154

→各要件の補足

・「承諾」の認定

登記当事者(甲社)の場合は不実登記の放置だけでも会社法 908 条 2 項が類推適用されるが、登記当事者ではない登記簿上の取締役(丙)については過失により登記出現に加功しただけで「承諾」を認めるべきではない、と解される(商百選 8 解説 2 第 1 段落)。なお、就任登記手続には就任承諾書が必要だから(商業登記法 47 条 2 項 11 号イ・54 条 1 項)、(丙の)「承諾」が明示的であることが比較的証明しやすい(百選 68[第 4 版]解説 3)。

・「過失」の対象

これは「承諾」についてのものではなく、「登記事項の不実であること」である(S47 判決判旨)。故意・過失があるのが普通だが、選任決議があったと信じている場合などには、過失が否定されうる。

※※対第三者責任に関する他の要件について

(丙は)取締役でないことを対抗できない結果、その対抗できない間、何もしなかったことが任務懈怠になる(百選[第 4 版]68 解説 1 第 2 段落)。ただし、実際に(丙が)業務に関与していたなどの事情がない限り、裁判例上、責任が否定される傾向にある(商百選 8 解説 3 第 2 段落)。これは、名目的取締役の監視義務違反において因果関係や重過失を否定する裁判例と整合的な傾向である(「取締役の監視義務」注 2 参照)。よって、業務関与等の事情が存在しない登記簿上の取締役を免責する場合でも、その免責の法律構成は、「承諾」の否定の他、因果関係や重過失の否定がありうる。

## ・事実上の取締役(新 H26)

1 丙は、E(or 乙社)に対し、会社法 423 条 1 項(or 会社法 429 条 1 項)の責任を負わないか。丙は形式上「役員等」でないから、同項の類推適用の可否が問題となる。

ア 事実上の取締役による業務執行も適正を図る必要があり、適法な就任手続を欠くのみで免責されれば業務執行の適正を図る同項の趣旨に反するから、事実上、取締役として業務を執行する者には同項が類推適用されると解する。

※問題とならない局面

登記簿上の取締役(丙)の対第三者責任に関しては会社法 908 条の類推適用による。事実上の取締役法理は退任取締役(D)にも適用がありうるが、(Dの)退任によって定款や会社法 331 条 5 項などの員数規制を下回ることになる場合、(Dは)会社法 346 条 1 項の取締役権利義務者として責任を負うため、同法理を検討する必要がないこともありうる。

## ・ 経営判断原則(新 H19、R4)

1 (「対会社責任」「対第三者責任」)

(1) A について。

イ 本件取引の決定・実行に関して、A は善管注意義務(会社法 330 条・民法 644 条)に反し、②任務懈怠とならないか。いわゆる経営判断原則の適否も問題となる。

(ア) 経営判断の萎縮を防ぐため、その判断の過程・内容が当時の業界の通常の経営者の有すべき知見・経験を基準として著しく不合理でない限り、善管注意義務(会社法 330 条・民法 644 条)違反はないものと解する。

(イ) 本件では、A は、…という義務を善管注意義務として負っていた。それにもかかわらず…だから、上記義務違反とも思える。しかし…

※アパマンショップホールディングス事件＝最一判 H22.7.15＝百選[第 3 版]50＝[第 4 版]48

→経営判断原則とは

注意義務の軽減ではなく裁判所による義務違反の審査密度を軽減して、**裁量を認める原則である**(同解説 2 第 2 段落)。

※※判断過程と判断内容の審査密度の差異

H22 判決によれば、事実認識(情報収集・調査・検討)の不注意は判断過程で審査され、判断内容と同様の緩やかな審査となる(同解説 3)。

∴判断過程と判断内容は相互に関連する＋情報収集・分析・検討の程度自体も経営判断(同解説 5 第 2 段落)

※※※同原則不適用の類型(新 R4)

リスクテイクの場面ではない、監視義務や法令違反、利益相反等の場合には適用されない。本原則が適用されない類型において、そのことを度外視して損害の一部だけをとらえて経営判断原則を適用してはならない(新 H23 採実 2)。

## ・法令遵守義務(新 H21)

1 (「対会社責任」「対第三者責任」)

(1) A について。

イ 本件取引に際する甲社の法令違反は、A の②任務懈怠となるか。(A は当該法令の直接の名宛人でないから問題となる)

(ア) 会社が法令を遵守するのは当然であり、取締役は業務執行者として会社を名宛人とする法令も遵守して職務を執行する義務を負う。

※野村証券事件判決＝最二判 H12.7.7＝百選[第 3 版]49＝[第 4 版]47、[第 3 版]解説 3

→問題となる局面

独禁法など会社(甲社)が直接の名宛人である法令違反の事例では、論じる必要がある(新 H21 採実 2)。なお、實際上、裁判例において任務懈怠責任が認められるのは、法令違反に対して故意がある場合がほとんどである。

## ・取締役の監視義務(予H27、IDS51、H18、H19、新H22、H26)

1 (「対会社責任」「対第三者責任」)

(2) BC、及び D 丙について。

イ A による本件取引の決定・実行について、監視義務違反により任務懈怠が認められないか。

(ア) 取締役は、業務執行一般を監督する地位にある取締役会の構成員だから(会社法 362 条 1 項・2 項 2 号)、上程事項のみならず業務執行一般を監視する義務を負う。

※最三判 S48.5.22 = 百選[第 3 版]71 = [第 4 版]67

※※監視義務の適用類型

判例上の監視義務はそもそも小規模会社の個別的監視義務である(同事案の概要参照)。代表取締役は会社の業務執行につき包括的権限を有するから、監視義務も当然に善管注意義務・忠実義務の内容に含まれる(同解説 4)。ただし、代取でも業務の分担や内部統制システム(階層構造による委任)がある場合は、信頼の原則の適用があり得る(適用される場合、個別的監視義務は負わない。

「内部統制システム整備運用義務」参照)。なお、名目的取締役の場合も監視義務自体は認められるが、裁判例上、因果関係や重過失が否定される傾向にある(同解説 5)。

※※※監視義務の内容

調査義務と是正義務とに分かれ、前者は業務全般を把握しつつ不適正を疑う事情などを個別的に調査するものである。経営状況の悪化などの類型的事情の下ではより注意深い監視が要請される場合がある(同解説 3 第 1 段落)。後者は会社法 357 条 1 項に注意(同解説 3 第 2 段落)。