

第5節 自己株式の取得・子会社による親会社株式の取得規制

A 総まくり 38~41 頁

1. 自己株式の取得

(1) 概要

自己株式取得の規制の主たる趣旨は、自己株式取得が出資の払戻しの実質を有することから要請される会社債権者保護と、投下資本回収における株主間の公平にある。

(2) 特定の株主からの合意による有償取得

会社と特定の株主との合意による自己株式の有償取得については、厳格な手続規制が設けられている。

具体的には、①株主総会の特別決議（156条1項・160条1項、309条2項2号）と②売主追加請求の通知（160条2項・3項、施行規則29条本文）が必要である。

①につき、160条4項本文、163条に注意。②につき、161~164条の例外あり。

〔論点1〕手続規制違反の自己株式取得の効力¹⁾

手続規制の趣旨を確保するために、手続規制違反の自己株式取得は無効であると解する。

もっとも、手続規制違反について相手方が善意・無重過失である場合には、取引安全を優先し、会社は無効主張できないと解する。

A

〔論点2〕手続規制違反の場合における無効主張権者

手続規制違反の自己株式取得の相手方も、自己株式取得の無効を主張できると解する。

相手方による投機のための無効主張が制限されることで確保される会社の利益は違法な自己株式取得により得られたものであるから法的保護に値しないし、手続規制の目的を達するためにも相手方による無効主張も認めるべきだからである。²⁾

A

〔論点3〕違法な自己株式取得と自己株式処分の関係

自己株式処分の対象となった自己株式が有効に取得されたものではない点は、自己株式処分の無効原因となるか。

確かに、自己株式処分は、有効に取得されたものではない株式を対象とするものである点で、無効にするべきとも思える。

しかし、自己株式取得の相手方や転得者の取引安全のために、自己株式取得の無効は自己株式処分の効力に波及しないと解すべきである。

A

平成23年司法試験設問②

(3) 分配可能額規制

自己株式の有償取得は、分配可能額規制に服する（461条1項3号）。

論文試験の事案では、「その他資本剰余金」と「その他利益剰余金」の合計額だけから、「剰余金の額」（446条）、ひいては「分配可能額」（461条1項柱書）を導くことができるのが通常である（446条、計算規則149条・150条）。

¹⁾ ①株主総会の特別決議に取消事由があることも手続規制違反に位置づける見解もある。

²⁾ 否定説は、相手方（譲渡人）による無効主張が投機のために悪用される危険を理由に、相手方（譲渡人）による無効主張を否定するべきであるとする。

[論点 4] 財源規制違反の自己株式取得の効力

財源規制違反の自己株式取得の承認決議が無効である(830条2項)こととの整合性を保つためにも、「効力を生じた日」(463条1項)という文言にかかわらず、財源規制違反の自己株式取得は無効であると解すべきである。

なお、無効説に立っても、462条1項により不当利得返還義務どうしの同時履行関係(民法533条類推適用)が排斥されていると考えれば不都合はない。

[論点 5] 違法な自己株式取得による会社の損害

自己株式取得に関する取締役の責任としては、①462条1項に基づく責任、②465条1項2号・3号に基づく期末の欠損填補責任及び③423条1項に基づく任務懈怠責任が考えられる。「損害」の範囲について争いがあるのは、③任務懈怠責任についてである。

役員等の責任制度(423条)の損害補填機能に照らし、違法な自己株式取得による会社の「損害」は、取得価額と取得時の時価の差額ではなく、取得価額と売却価額との差額であると解すべきである。

(4) 自己株式の法的地位

・自己株式には、議決権がない(308条2項)。自己株式に議決権を認めると、代表取締役等の業務執行機関が自己株式について議決権を行使することになり、経営陣による会社支配に利用されるおそれがあるからである。

➡同じ理由から、議決権以外の共益権も認められない。

・自益権については、配当請求権(453条)、残余財産請求権(504条3項)、株式無償割当て(186条2項)・新株予約権無償割当て(278条2項)を受けられる権利、株主割当による募集株式の発行(202条2項)・株主割当てによる新株予約権の発行(241条2項)において割当てを受ける権利が否定される。

➡株式の併合(180条)や株式の分割(183条)の効力は、自己株式にも当然に及ぶ。

2. 子会社による親会社株式の取得

子会社による親会社株式の取得は原則として禁止されている(135条)。

禁止の趣旨は、自己株式取得規制の潜脱防止と会社債権者保護にある。

例外的に子会社が取得した親会社株式は、①相当の時期に処分しなければならず(135条3項)、また、①議決権が認められない(308条1項 - さらに、議決権を前提とする共益権(303条~305条等)も認められない)。

判例には、100%子会社による親会社株式の取得の事案について、①100%子会社による親会社株式の取得は特段の事情のない限り自己株式取得規制に違反すると解した上で、②特段の事情のない限り100%子会社の損害は完全親会社の損害であるという理解を前提に、③親会社に売却差額相当額の損害を認めたものがある。②は、100%子会社の資産減少により、100%子会社の株式を保有する親会社にも同額の資産減少が生じるのが通常であることを根拠とする。

A

A

最判 H5.9.9・百 21 参照

B 総まくり 41~42 頁

最判 H5.9.9・百 21 参照

当時(旧商法下)は、子会社による親会社株式の取得規制がなかった。

第2節 株主総会

株主総会は、議決権を有するすべての株主によって構成される株式会社の意思決定機関であり、定時株主総会と臨時株主総会に分類される（296条）。

1. 株主総会における決議事項

A 総まくり 49 頁

非取締役会設置会社の株主総会は、会社法に規定する事項及び株式会社の組織・運営・管理・その他株式会社に関する一切の事項について決議することができる、万能の機関である（295条1項）。

取締役会設置会社の株主総会は、会社法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議することができる（同条2項）。株主総会の管理・運営は、基本的に取締役会の責任で行われることが予定されているからである。¹⁾

〔論点 1〕 取締役会と並んで株主総会でも代表取締役の選定・解職を決議できるとする定款の定め

A

最決 H29.2.21・H29 重判 6

会社法で取締役会設置会社の決議事項とされている代表取締役の選定・解職（362条2項3号）を株主総会でも決議できるとする「定款」の定め（295条2項）は有効か。

会社法上、株主総会で決議できるとされる「定款で定めた事項」の内容を制限する明文規定はないから、広く定款自治が認められている。

また、取締役会と並んで株主総会でも代表取締役の選定・解職を決議できるとする定款の定めであれば、取締役会が有する代表取締役の監督機能（362条2項3号）が奪われることにもならない。

そこで、このような定款の定めは有効であると解する。²⁾

〔論点 2〕 代表取締役の選定・解職を株主総会の専権事項とする定款の定め

A

会社法で取締役会設置会社の決議事項とされている代表取締役の選定・解職（362条2項3号）を株主総会の専権事項とする「定款」の定め（295条2項）は有効か。

会社法上、株主総会で決議できるとされる「定款で定めた事項」の内容を制限する明文規定はないから、広く定款自治が認められている。

また、取締役会は、選定・解職権限による代表取締役に対する直接的な監督機能（362条2項3号）を失うことになるものの、取締役会の決議の拘束力や差止請求を通じた間接的な監督機能は残るから、取締役会に監督機能を担わせている会社法の仕組みにも反しない。

そこで、このような定款の定めは有効であると解する。

¹⁾ 取締役会設置会社の株主総会では、原則として、招集権者が議題とすることを決定し、招集通知に記載された議題についてしか決議することができない（309条5項本文）。これは、株主に対して準備の機会を与えることにより不意打ち的な決議を防止することを趣旨とする。

²⁾ 本決定は、非公開会社における〔論点 1〕の定款の有効性について判断したものであるが、その射程は、公開会社における〔論点 1〕の定款の有効性と、非公開会社・公開会社双方の〔論点 2〕の定款の有効性にも及ぶと理解されている。

2. 株主総会の招集

(1) 招集権者

ア. 取締役による招集

株主総会の招集は、会社の包括的な業務執行権限を有する代表取締役（348条1項、363条1項1号）が、会社の業務執行の一つとして、取締役の決定（取締役会設置会社では、取締役会の決議）に従って（296条3項）行うのが原則である。この意味で、296条3項の「招集」とは「招集の決定」と意味すると解するべきである。³⁾

イ. 株主による招集請求及び招集

株主のうち、総株主の議決権の100分の3以上の議決権を6か月前から引き続き保有するものは、取締役に対して、議題と招集の理由を示して、株主総会の招集を請求することができる（297条1項）。

招集請求をした株主は、招集請求の後遅滞なく招集の手続が行われない場合、又は招集請求があった日から8週間以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が発せられない場合には、裁判所の許可を経て、自ら株主総会を招集することができる（297条4項）。

(2) 招集通知

株主総会を招集するときは、株主に対して招集通知を発しなければならない（299条1項）。この趣旨は、株主に出席の機会及び議事・議決の準備の機会を保障することにある。

ア. 招集通知の時期

- ・原則として、株主総会の日を2週間前までに発する必要がある（299条1項）。
- ・書面投票と電子投票のいずれも実施しない非公開会社では1週間前までに発すればよく（299条1項括弧書）、上記の非公開会社が非取締役会設置会社である場合には定款により1週間よりも短い期間を招集期間として定めることも可能である（同条項括弧書）。

イ. 招集通知の方法

- ・書面投票又は電子投票を実施する場合又は取締役会設置会社である場合には、招集通知は書面である必要がある（299条2項）。
➡株主の個別の承諾があれば、承諾をした株主に対しては、書面に代えて、電磁的方法により招集通知をすることができる（同条3項）。
- ・その他の会社では、招集通知の方法について法定されていないため、電話や口頭による方法でも構わない。

ウ. 招集通知において通知すべき事項

- ・書面による招集通知が義務付けられる場合には、その書面には298条1項各号に定める事項を記載する必要がある（299条4項）。
- ・書面投票又は電子投票を実施する場合には、招集通知とともに株主総会参考書類等も送付しなければならない（301条、302条）。

非公開会社では継続保有は不要
(297条2項)。

³⁾ 会社の業務執行には、対内的な業務執行と対外的な業務執行とがあり、いずれも代表取締役が執行する。

エ. 招集通知の省略

株主全員の同意がある場合には、書面投票又は電子投票を実施するときを除き、招集通知を省略して株主総会を開催することができる（300条）。

〔論点1〕 代理人出席を含む全員出席総会の決議の効力

招集手続を欠いていても、株主全員がその開催に同意して出席した全員出席総会の場合であれば、株主総会決議が有効に成立するといえるか。

招集手続（299条）の趣旨は株主に出席の機会及び議事・議決の準備の機会を保障することにある。

そして、株主全員の同意に基づく全員出席総会において株主総会の権限事項について決議がなされたのであれば、上記趣旨に反しないから、決議の瑕疵が治癒されると解する。

また、代理人も含んだ全員出席総会の場合であっても、①株主が議題を了知して委任状を作成しており、かつ、②当該決議が当該総会の議題の目的の範囲内のものである限り、上記趣旨に反しないから、決議の瑕疵が治癒されると解する。

B

最判 S60.12.20・百 30

(3) 株主総会参考書類等の提供

ア. 原則

株主総会の招集に際して、取締役から株主に対して株主総会参考書類等（株主総会参考書類、議決権行使書面、計算書類・事業報告、連結決算書類）の全部又は一部を提供するべき場合がある（301条、302条、437条、444条6項）。株主総会参考書類等の提供は、原則として書面による。

イ. 例外

①個別の承諾に基づくインターネットによる提供（299条2項・3項、301条、302条1項・2項、437条、444条6項、施行規則133条2項、計算規則133条2項、計算規則134条1項）

➡上場会社では、株主の数が多いため、全ての株主から個別の承諾を得ることが困難であるから、ほとんど利用されていない。

②ウェブ開示によるみなし提供制度（施行規則94条1項、133条3項、計算規則133条4項、134条4項）

➡株主総会参考書類等における議案など、ウェブ開示によるみなし提供制度を用いることができない事項もある。

③電子提供措置（325条の2以下）

➡令和1年改正法により、定款で電子提供制度をとる旨を定めることにより、株主総会参考書類等の内容である情報について、自社のホームページ等のウェブサイトに掲載し、株主に対し当該ウェブサイトのアドレス等を株主総会の招集通知に記載等して通知すれば、株主に対して株主総会参考書類等を書面で提供しなくてもよいこととされた。

電子提供措置をとる旨の定款の定めがある株式会社は、取締役会設置会社である場合、又は書面投票若しくは電子投票を実施する場合には、電子提供措置をとることを義務付けられる（325条の3第1項柱書）。電子提供措置をとる場合、招集通知を発すべき時期は株主総会の2週

間前までに統一される（325条の4第1項）。

インターネットを利用することが困難である株主の利益に配慮する趣旨から、株主は、株式会社に対して、電子提供措置事項を記載した書面の交付を請求することができる（325条の5）。一度された書面交付請求は、その後の全ての株主総会（及び種類株主総会）について効力を有する（325条の5第1項）。

3. 株主提案権

B 総まくり 53 頁

株主総会における議題や議案については、招集権者が決定し、これを株主総会に提案するのが原則である。この原則に従う場合、株主が議題や議案を提案するためには、自ら株主総会の招集請求（297条）をして議題や議案を提案することになる。もっとも、株主による株主総会の招集請求の要件は厳格である。そこで、会社法は、株主総会の招集権者でない株主にも議案や議案を提案する機会を与えるために、株主提案権（303条～305条）を定めている。⁴⁾

（1）議題提案権

議題提案権とは、株主が、取締役に対して、自らが議決権を行使することができる一定の事項を株主総会の議題とすることを請求する権利をいう（303条1項）。

（2）議案提案権

議案提案権とは、株主が、株主総会において、株主総会の議題のうち自らが議決権を行使することができる事項について議案を提出する権利をいう（304条本文）。

（3）議案要領通知請求権

議案要領通知請求権とは、株主が、取締役に対して、株主総会の日の8週間（定款で短縮可）前までに、株主総会の議題について自らが提出しようとする議案の要領を株主に通知すること（招集通知をする場合には、招集通知に記載又は記録すること）を請求する権利をいう（305条1項本文）。

令和1年改正法は、一人の株主が膨大な量の議案を提出することにより株主総会の円滑な議事の進行が妨げられることを防止する趣旨で、取締役会設置会社の株主が議案要領通知請求権により同一の株主総会において提出することができる議案の数を1人当たり10個に制限した（305条4項）。⁵⁾

B 総まくり 54～55 頁

4. 一株一議決権の原則とその例外

（1）原則

株主は、株主総会において、その有する株式1株につき1個の議決権を有

⁴⁾ 議題とは、「株主総会の目的である事項」（298条1項2号）という。議案とは、議題に関して、株主総会において具体的に決議に付す（株主の賛否を問う）事項をいう。

⁵⁾ ⑦取締役が議案を提出する場合、①議題提案権（303条）や議案提案権（304条）により議題又は議案を提出する場合、及び⑧株主が自ら株主総会を招集した場合（この場合、取締役に対して議案の要領の通知を請求することがないため）は、305条4項により提出可能な議案の数が制限されることはない。

[ケース⑦]	
[甲社] 代取 A 代取 B (甲社を代表)	[乙社] 代取 C (乙社を代表) 過半数株主 A
[ケース⑧]	
[甲社] 代取 A 代取 B (甲社を代表)	[A の配偶者等 D]

(2) 間接取引

間接取引の成否(=「株式会社と当該取締役との利益が相反する」)は、利益衝突の有無により判断される。

間接取引には、①会社と利益相反関係にある取締役が会社を代表して取引を行った場合のみならず、②会社と利益相反関係にある取締役以外の取締役が会社を代表して取引をした場合も含まれる(通説)。

①は、会社と利益相反関係にある取締役が他の取締役との結託を要することなく、会社の利益の犠牲において自己が利益を得るという不公正な条件による取引を実現できる場合である。

②は、会社と利益相反関係にある取締役が会社を代表した他の取締役と結託することで、会社の利益の犠牲において自己が利益を得るという不公正な条件による取引を実現できる場合である。

[論点 2] 間接取引の成否の判断基準

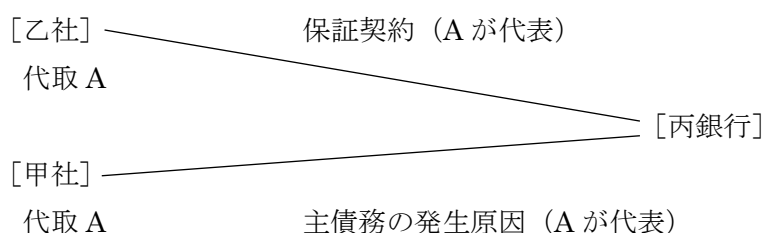
「利益が相反する」(356条1項3号)については、会社の利益保護の見地から、取締役・会社間の実質的な利益衝突の有無により判断する。¹⁵⁾

会社の承認を経ない間接取引の効力が相対的無効と解されるため、上記のように解しても、取引安全を不当に害することにならない。

[類型]

[1] 甲社と乙社の代表取締役を兼任する A が、乙社を代表して甲社の債務を保証する場合

甲社の代表取締役を兼任する乙社の取締役 A が甲社を代表して乙社と取引する直接取引の場合と同じくらい、A が自己が代表取締役を務める甲社の利益を図ろうとする危険性が大きいから、間接取引が成立する。



①は、主債務者である取締役が会社を代表して保証契約を締結する場合である。

②は、主債務者である取締役以外の取締役が会社を代表して保証契約を締結する場合である。

A

最判 S45.4.23

¹⁵⁾ 間接取引における利益衝突の危険性については「直接取引と同程度の利益衝突の危険性」と理解されているが、「直接取引と同程度の利益衝突の危険性」にまで言及することは必須ではない。

[2] A が甲社と乙社の代表取締役を兼任している場合において、A 以外の代表取締役 B が乙社を代表して甲社の債務を保証するとき

[乙社] 保証契約 (B が代表)
代取 A
代取 B

[甲社] 主債務の発生原因 (A が代表)
代取 A

[丙銀行]

仮に、乙社を代表して保証契約を締結したのが B ではなく A であった場合には、保証契約が間接取引に該当するという結論に異論がないとされている。この場合には、甲社の代表取締役を兼任している乙社の取締役 A が甲社を代表して乙社と取引する場合 (= 誰が乙社を代表するかを問わず、直接取引に当たる) と同様、A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとする危険性があるため、これを間接取引に含めても間接取引の範囲が不明確になることにはならないからである。

これに対し、乙社の取締役 A が甲社 (主債務者) の代表取締役を兼任している場合において、A 以外の取締役が乙社を代表して甲社の債務を保証するときについては、主債務者である甲社の代表取締役 A が取引に直接関与していないことを重視して間接取引を否定する見解もある。

しかし、主債務が A が甲社を代表して丙銀行と締結した金銭消費貸借契約に基づく借入債務であること及び A が甲社の代表取締役であることから、A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとして、自己が代表取締役を兼任する乙社の代表取締役 B に対し同借入債務を保証するように働きかける危険があるとして、間接取引の成立を認める余地もある。

最判 S45.4.23

[3] 甲社の債務を保証する乙社の代表取締役 A が甲社の 100%株主である場合

A と甲社を同視することができ、乙社が取締役の債務を保証する場合と同程度の利益相反関係が A・乙社間に認められるから、乙社を誰が代表するかを問わず間接取引の成立が認められる。

[乙社] 保証契約 (B が代表)
代取 A
代取 B

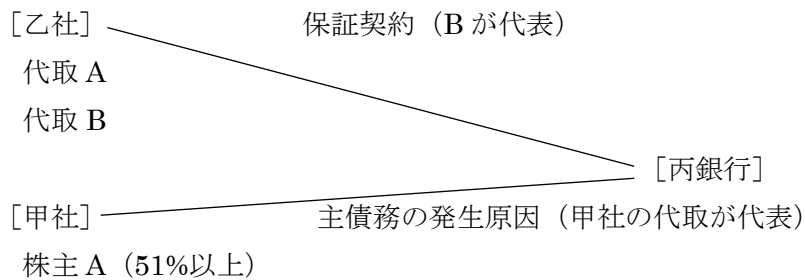
[甲社] 100%株主 A 主債務の発生原因 (A 以外が代表)

[丙銀行]

〔4〕 甲社の債務を保証する乙社の代表取締役 A が甲社株式を 51%以上保有している場合

この場合についても、乙社を誰が代表するかを問わず間接取引の成立が認められるとする見解もある（ただし、反対説もある。）。

なお、A の持株比率が 51%未満である場合については、このような場合にまで実質的な考慮から間接取引の範囲を拡大するとすると適用範囲が不明確となりかねないとの指摘がある。



(3) 手続

取締役会設置会社では、利益相反取引をする場合には、①「当該取引につき重要な事実を開示」した上で、②取締役会の「承認」を得る必要がある（365条1項・356条1項柱書）。また、③取引後における取締役会に対する事後報告も必要である（365条2項）。¹⁶⁾

①「重要な事実」の開示は、承認の可否を判断する前提となる情報を与えることを趣旨とするから、そのような情報を開示するものであることを要する。

〔論点 3〕 承認手続を経ない利益相反取引の効力

承認手続を経た利益相反取引は、自己契約・双方代理の外形を有する場合でも民法 108 条の適用を受けないから（会社法 356 条 2 項）有効である。それでは、承認手続を経ない利益相反取引の効力についてはいかに解すべきか。

1. 会社の承認を経ない直接取引は、取締役及び取締役が代理・代表した直接取引の相手方との関係では、一種の無権代理行為として、常に無効であると解する。
2. 会社の承認を経ない直接取引は、第三者（相手方からの転得者等）との関係では、取引安全の見地から、利益相反取引該当性と会社の承認がないことにつき第三者が悪意又は重過失である場合に限り、無効であると解する。
3. 会社の承認を経ない間接取引は、相手方との関係では、取引安全の見地から、利益相反取引該当性と会社の承認がないことにつき相手方が悪意又は重過失である場合に限り、無効であると解する。

A

最大判 S46.10.13・百 57、最大判

S43.12.15・百 58

最大判 S43.12.25・百 58

最大判 S46.10.13・百 57

最大判 S43.12.25・百 58（相手方からの転得者との関係については、判例がない）

¹⁶⁾ ②承認決議がない場合だけでなく、①「重要な事実」の開示がない場合や②承認決議に 369 条 2 項違反等の瑕疵がある場合にも、適法な承認手続を経ない利益相反行為として、〔論点 3〕が問題となる。

【論点3】担保提供命令の要件である「悪意」の意味

B

東京高決 H7.2.20・百 68

担保提供命令制度（847条の4第2項・3項）の趣旨は、代表訴訟が不当訴訟として不法行為を構成する場合における損害賠償請求権の担保にある。

そこで、「悪意」とは、請求に理由がないことの認識を意味する。なお、「悪意」には、その文理上、過失は含まれないと解する。²⁾

さらに、提訴株主が株主代表訴訟を不法不当な利益を得るための手段としている場合には、不当訴訟か否かに関わらず「悪意」が認められると解する。

2. 多重代表訴訟等

B 総まくり 136～140 頁

(1) 多重代表訴訟

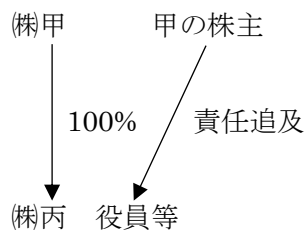
平成26年改正では、①最終完全親会社等の株主に限り、②少数株主権として、③重要な子会社における責任（＝特定責任）に限定して多重代表訴訟が認められるに至った（847条の3第1項本文）。

【図】①の具体例

最終完全親会社等とは、完全親子会社関係で結ばれた企業グループの頂点に立つ株式会社のことである。自社だけで子会社の株式を100%保有する場合（847条の3第1項1号）のみならず、自社が完全に支配している他社を通じて子会社の株式を100%保有する場合（同条項2号）も含まれる。

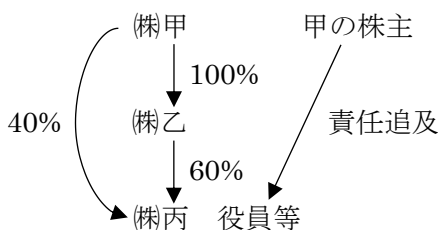
【例1】

甲社が自ら丙社の全株式を有することにより丙社の「完全親会社」に当たる場合（1号）



【例2】

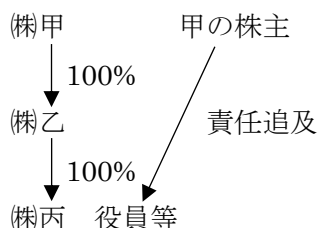
甲社及び「その完全子会社等」（甲社がその株式又は持分の全部を有する法人）である乙社が丙社の全株式を有する場合（2号）



2) ここでいう「請求に理由がないことの認識」とは、①請求原因が主張自体失当であること、②請求原因の立証の見込みが低いこと、又は③被告の抗弁成立の蓋然性が高いこと等の認識を意味する。

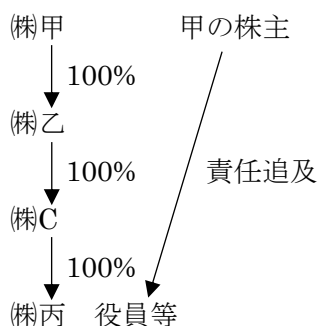
[例 3]

甲社の「完全子会社等」である乙社が丙社の全株式を有する場合（2号）



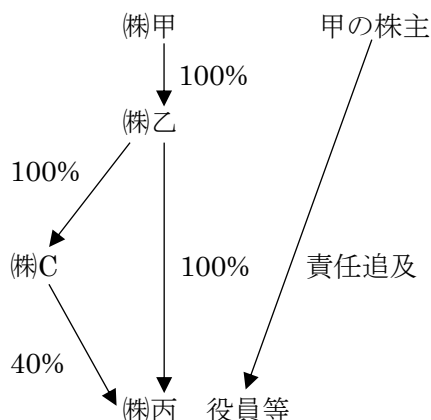
[例 4]

甲社の「完全子会社等」である乙社がその「株式…の全部を有する」C社が甲社の「完全子会社等」とみなされる（3項）ことにより、甲社の「完全子会社等」である乙社が丙社の全株式を有するとされる場合（2号）



[例 5]

甲社の「完全子会社等」である乙社がその「株式…の全部を有する」C社が甲社の「完全子会社等」とみなされる（3項）ことにより、甲社及び「その完全子会社等」である乙社が丙社の全株式を有するとされる場合（2号）



(2) 旧株主による責任追及等の訴え

平成 26 年改正前は、代表訴訟の提起と株式交換等（株式移転・吸収合併も含む）の先後関係により、旧株主（株式交換等により株式交換完全子会社等の株主たる地位を失った元株主）による株主代表訴訟の可否に違いが生じる

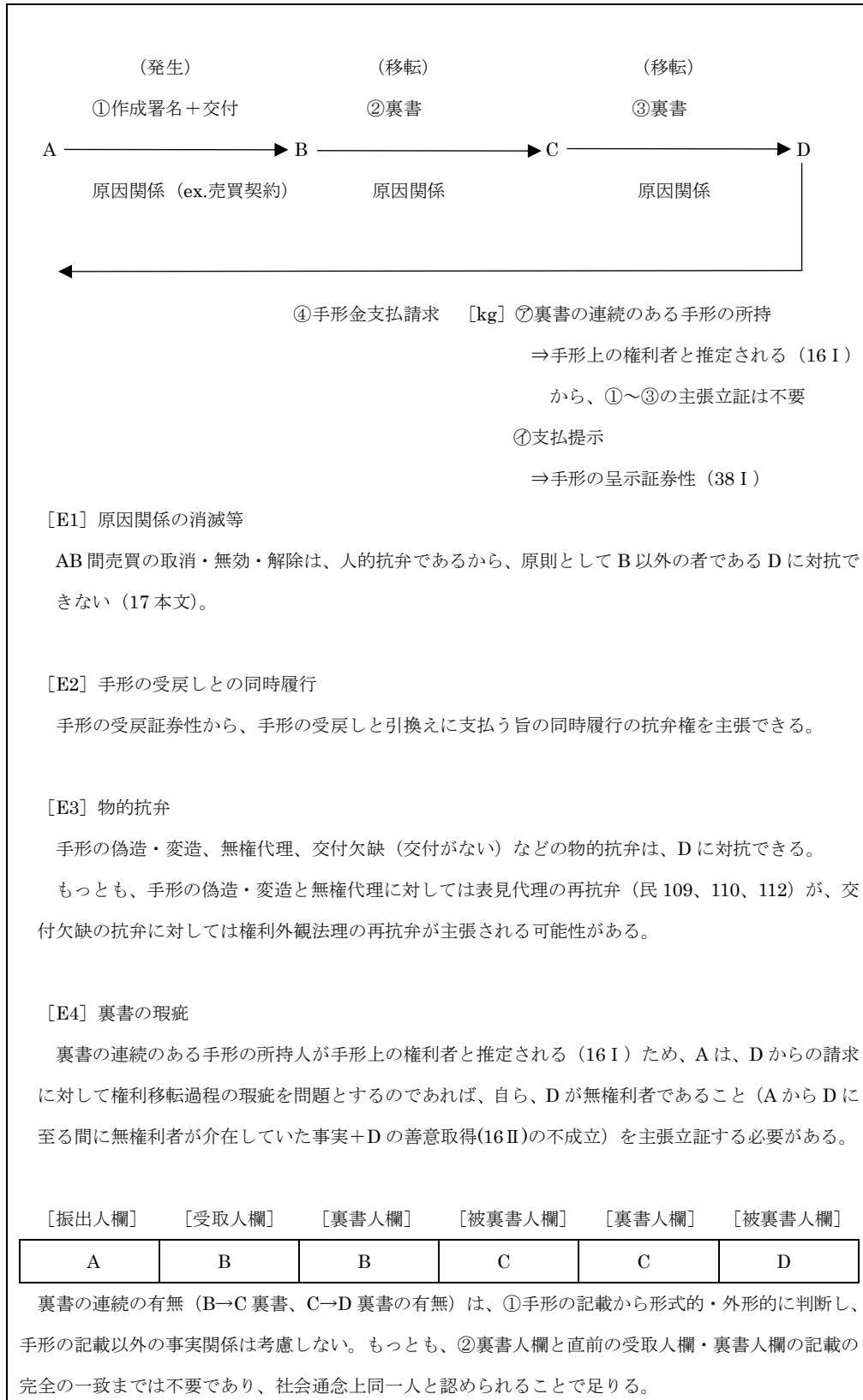
改正前は、代表訴訟提起前の株式交換等により株主たる地位を失った旧株主による提訴は認められてい

手形法・小切手法

第1章 手形法

手形とは、財産的価値を有する私権を表章する証券であって、権利の発生・移転・行使のいずれについても証券が必要とされる完全有価証券である。

[手形法の理論体系]



A 総まくり 207 頁

Dは、Aから支払い拒絶された場合などには、Cに対して遡求できる (43条/論証集 134頁・9)

[E1~4] は抗弁の一例である。

論証集 124 頁・1⑥

論証集 127 頁・5(1)イ(イ)・(2)イ(ア)

論証集 129 頁・6(2)

大判 T4.6.22、大判 S10.1.22

1. 手形の性質

①無因証券性

⇒手形上の法律関係は、手形振出の原因関係（手形振出の原因となった法律関係）から切り離されたものであるから、原因関係の有無・消長による影響を受けない。

②設権証券性

⇒手形上の権利は、手形が作成されて初めて発生する。¹⁾

③文言証券性

⇒手形上の法律関係の内容は、手形の記載文言によって決定される。

④要式証券性

⇒手形は、その有効性として、手形法所定の一定事項の記載を備える必要がある。

手形の記載事項は、①必要的記載事項（75条1号～7号）、②任意的記載事項（ex.裏書禁止文句／11条2項）、③無益的記載事項、④有害的記載事項に分類される。①を欠く場合と④がある場合、手形自体が無効となる。

⑤呈示証券性

⇒手形の呈示がない限り、弁済は不要であり、履行遅滞にもならない。

⑥受戻証券性

⇒債務者は手形と引換えでなければその手形上の義務を履行しなくてよいため、支払いと受戻しが同時履行の関係にある。

受戻しなき支払いによっても手形債務は消滅する。もともと、受戻しなき手形が裏書により譲渡された場合には、手形上の権利が存在するかのような外観に対する信頼を保護するために、善意・無重過失の第三取得者は権利外観法理により保護される。

大判 T15.10.13

2. 手形関係と原因関係

例えば、買主が売主に対し、売買契約を原因関係として、手形を振り出したとする。この場合に、①手形の振出により原因関係上の債権（＝原因債権）が消滅するか、②消滅しない場合には、手形上の権利と原因債権との権利行使の順序はどうなるか、③原因債権を先に行行使する場合には手形の返還を要するか、という3つの問題がある。

〔論点1〕手形の振出により原因債権が消滅するか（①）

手形の振出により原因債権が消滅するかは、当事者の意思を基準として判断すべきである。

（1）原因債権を消滅させる当事者の意思が明らかである場合には、当該手形は原因債権の支払いに代えて振り出されたものと考え、代物弁済（民法482条）として原因債権が消滅することになると解する。

（2）原因債権を消滅させない当事者の意思が明らかである場合には、当該手

B 総まくり 209～210 頁

B

大判 T7.10.29

¹⁾ これは必要条件としての説明であり、交付契約説からは、相手方に対する交付まで必要である（論証集125頁〔論点1〕）。

商法総則・商行為法

1. 商法総則・商行為法の適用範囲

B 総まくり 225～226 頁

(1) 商行為

①基本的商行為と②附属的商行為（503 条）に分類され、①は、絶対的商行為（501 条）と営業的商行為（502 条）に分類される。そして、営業的商行為と附属的商行為は、相対的商行為と呼ばれる。

「商人」（4 条 1 項）の行為は、「その営業のためにする」ものと推定される（503 条 2 項）から、その結果、附属的商行為の推定を受けることになる。

(2) 商人

①固有の商人（4 条 1 項）と②疑似商人（4 条 2 項）がある。

[論点 1] 自然人の商人資格の取得時期

自然人について、営業の開始時に商人資格を取得できることに争いはない。問題は、基本的商行為を行う以前の開業準備の段階で商人資格を取得できるかである。

A

最判 S33.6.19・百 3

基本的商行為開始までは商人資格を取得できないと実際上の不都合が生じるから、開業準備行為・基本的商行為間の計画的関連性にも鑑み、開業準備段階でも商人資格を取得し得ると解する。

そして、取引の相手方と行為者の利益との調和を図る観点からは、営業の意思を相手方が認識し、又はそれが客観的に認識可能となった時点で、商人資格の取得が認められると解すべきである。

2. 商業登記

B 総まくり 226～227 頁

商業登記には、①消極的公示力（9 条 1 項前段）、②積極的公示力（9 条 1 項後段）、③不実登記における一種の公信力（9 条 2 項）がある。

③の趣旨を外観理論に求める場合、「善意」として、登記を実際に見て信頼したことが必要となる。これに対し、禁反言法理に求める場合、登記の基礎となっている事実の信頼があれば足りる。

3. 商号（11 条～15 条）

C 総まくり 227 頁

商人（会社を除く）がその営業上自己を表示するために用いる名称もしくは会社の名称をいう。

4. 営業譲渡（16～18 条の 2）

C 総まくり 227 頁

…略…（論証集 113 頁以下参照）

5. 商業帳簿（19 条）

C 総まくり 227 頁

商人が営業のために使用する財産の状況を記録するために作成することを義