

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

1. 自己株式の取得

A 基礎応用 48～53 頁

(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⁾

A

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。

〔論点2〕手続規制違反の場合における無効主張権者

A

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⁾

〔論点3〕違法な自己株式取得と自己株式処分の関係

A

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。

平成23年司法試験設問②

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。

(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（判例）。

（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られ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、②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、⑦100%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、⑧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、⑨親会社に売却差額相当額の損害を認めたものがある。⑧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 19 参照

B 基礎応用 53～54 頁

最判 H5.9.9・百 19 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 基礎応用 61～62 頁

(1) 概要

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・百 41

会社法で取締役会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（判例）。

[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。

(2) 取締役会設置会社に固有のルール

会社法は、取締役会設置会社について、⑦取締役会で株主総会の議題を決定した上でそれを招集通知に記載しなければならない（298条1項2号）、①株主総会では原則として招集権者（通常は取締役会）が議題として決定した

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。

事項についてのみ議決することができる（309条5項本文）という2つの規律により、普段は経営に関与していない株主に対して株主総会への出欠に関する判断資料を提供するとともに、出席する株主に対して議事及び議決の準備の機会を与えて実質的な審議を可能にすることを実現しようとしている。

2. 株主総会の招集

B 基礎応用 62～65 頁

(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」を意味すると解するべきである。

会社の業務執行には対内的なもの
と対外的なものがあり、株主総会の
招集は対内的な業務執行に属する。

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）。

非公開会社では継続保有は不要
（297条2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、株主総会の日から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)。²⁾
- ・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)。

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] 全員出席総会

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、招集手続の瑕疵 (招集通知を欠くことに限られない。議案・議題不記載の瑕疵なども含む) が治癒されるといえるか。

1. 招集手続 (299 条) の趣旨は株主に総会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。そこで、①株主全員が瑕疵の存在を認識した上で開催に同意して出席した全員出席総会において、②株主総会の権限事項について決議がなされたときは、招集手続の趣旨に反しないから、招集手続に関する瑕疵が治癒されると解する (判例)。³⁾
2. 代理人出席による全員出席総会において決議がされた場合においても、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、招集手続の趣旨に反しないから、招集手続の瑕疵が治癒されると解する (判例)。

B

最判 S60.12.20・百 27

①では、株主全員が瑕疵の存在を認識していたことが必要 (大阪地判 H30.9.25)。

(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⁾ 会社法上、招集通知には「議題」を記載する必要がある一方で (299 条 4 項・298 条 1 項 2 号)、「議案」を記載することは原則として要求されていない (298 条 1 項 2 号対照)。もっとも、一定の「議題」については、それに関する「議案」の概要を記載することが要求される (施行規則 63 条 7 号)。なお、議題とは「株主総会の目的である事項」(298 条 1 項 2 号)、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。

³⁾ 全員出席総会の法理は、元来は判例により形成されたものであるが、平成 14 年商法改正により、株主全員の同意により招集手続を省略できること (300 条)、さらには、株主全員の書面による同意により株主総会自体の開催を省略すること (319 条) が明文で認められることになった (田中 157 頁)。なお、書面投票制度・電子投票制度を定めた場合には、株主総会参考書類のみにより議決権を行使する株主に十分な考慮期間を与える趣旨から、招集手続の省略は認められていない (300 条但書)。

- 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 基礎応用 65～66 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題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。

（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

[論点 6] 株主全員の同意がある場合における取締役会の承認の要否

会社ひいては株主を保護するという 362 条 4 項の趣旨からすれば、株主全員の同意がある場合には取締役会の承認は不要であると解すべきである。

なお、会社債権者の保護は詐害行為取消権（民法 424 条）や役員等の対第三者責任（429 条 1 項）で図り得るため、不当でないと考える。

(2) 代表権の濫用

代表権の濫用とは、代表取締役が自己又は第三者の利益を図る目的で代表権の範囲内で会社を代表して対外的に取引行為を行うことをいう。

判例は、代表取締役による代表権濫用の効果についても、民法 93 条但書（現：民法 93 条 1 項但書）類推適用説を採用していた。しかし、改正民法下では、民法 107 条が適用ないし類推適用される。

(3) 代表取締役の権限に対する内部的制限

代表取締役は、株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する（349 条 4 項）。ただし、この権限に対する内部的制限は、善意の第三者に対抗することができない（同条 5 項）。⁹⁾

(4) 代表取締役の不法行為

株式会社は、代表取締役その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う（350 条）。

条文上は明確ではないが、代表取締役の行為が不法行為（民法 709 条）の成立要件を満たしていることが前提である。¹⁰⁾

A

最判 S38.9.5

例えば、借入目的につき曖昧・不自然な説明があれば、濫用意図が疑われる（不審事由）。

8. 競業取引

競業取引規制（356 条 1 項柱書・1 号、365 条）は、利益相反取引規制・報酬等規制と並ぶ、取締役と会社の利害対立の場面における規制である。

(1) 要件

ア. 「取引」

356 条 1 項 1 号の規定上は、自己又は第三者のために取締役が個々の取引行為をなすことが承認の対象となっている。

イ. 「自己又は第三者のために」

名義説と計算説が対立している。

[論点 1] 「ために」の意義

競業取引規制は本来なら会社に帰属すべき利益が会社に帰属しないことに着目している（423 条 2 項参照）から、同規制における「ために」は、経済的利益の帰属を基準として判断するべきである（計算説）。

ウ. 「取締役が…取引を…する」

計算説からは、取締役が同業他社の大株主や取締役である場合に、事実

A 基礎応用 103~108 頁

A

東京地判 S56.3.26・百 53

⁹⁾ 代表取締役の権限を制限する取締役会規則などが、内部的制限の例である。内部的制限違反は代表取締役の任務懈怠となる。

¹⁰⁾ 代表取締役個人の不法行為責任と会社の責任は連帯債務の関係にあり、求償関係には民法 442 条が適用される。

上の主宰者性を認定することなく、「自己のために」を肯定できる。

もともと、競業取引規制は、①「取締役が…取引を…する」、②①の取引が取締役が「自己又は第三者のために」するものであること、③①の取引が「株式会社の事業の部類に属する」ことを要件とする。

取締役が同業他社の名義で（同業他社を代表・代理して）取引をしていない事案では、②について計算説に立っても、①の該当性を認めるために、当該取締役の事実上の主宰者性を認定する必要がある。

エ. 「事業の部類に属する取引」

〔論点 2〕「事業の部類に属する取引」

取締役の会社における地位・情報の私的流用による会社の損害発生の予防という競業取引規制の制度趣旨に鑑み、「事業の部類に属する取引」は、会社が実際に行っている取引や行おうとしている取引と目的物と市場が競合する取引を意味すると解する（裁判例）。

A

東京地判 S56.3.26・百 53

会社が進出を企画し市場調査等を進めていた地域についても、市場の競合が認められる。

(2) 手続

①承認に先立つ「重要な事実」の開示（356 条 1 項柱書）、②会社の承認（356 条 1 項柱書・同項 1 号、365 条 1 項・356 条 1 項柱書・同項 1 号）、③取締役会設置会社における取引後の事後報告（365 条 2 項）を要する。¹¹⁾

①の「重要な事実」は、競業取引が会社に及ぼす影響を判断するために必要な事実を意味する。

(3) 承認の効果

会社の承認は、競業取引により会社損害が発生した場合における取締役の任務懈怠責任を免責する効果まで有するものではない。

(4) 規制違反の効果

ア. 損害推定

取締役が会社の承認を得ないで競業取引を行った場合、①当該取引が「自己…のため」にしたものであるときは「当該取引によって取締役…が得た利益の額」が、②当該取引が「第三者のために」したものであるときは「当該取引によって…第三者が得た利益の額」が、会社の損害の額と推定される（423 条 2 項）。

名義説・計算説の対立は、損害額の推定規定の適用態様にも影響する。

なお、競業取引によって会社に現実に損害が生じている場合には、会社に現実に生じた損害の賠償を求めることもできる。例えば、ここで推定される損害は、取引機会の喪失による損害であるところ、競業取引によって会社に現実に取引機会の喪失による損害が生じた場合には、その現実の損害額が推定損害額を上回っているときには、推定規定を用いなくて、現実の損害について主張・立証してその賠償を求めたほうがいい。また、取引機会の喪失による損害以外の損害が現実に生じている場合には、それについても別途、賠償を求めることができる。

イ. 競業取引の効果

承認手続を経ない競業取引も有効である。取引の効力を否定しても会社

¹¹⁾ 競業取引を行おうとする取締役は、承認議案について「特別の利害関係を有する」者（831 条 1 項 3 号、369 条 2 項）に当たる。

第7節 役員等の責任の追及等

1. 株主代表訴訟

株主代表訴訟は、役員間の同僚意識による提訴懈怠可能性に備えて、株主が会社のために会社に代わって役員等の責任その他一定の会社関係者の責任を追及する法定訴訟担当である（847条）。

〔論点1〕株主代表訴訟の対象となる「責任」の範囲

条文上、①発起人・設立時取締役・設立時監査役・役員等・清算人の責任を追及する訴え、②102条の2第1項・212条1項・285条1項による支払を求める訴え、③120条3項の利益の返還を求める訴え、④213条の2第1項・286条の2第1項による支払若しくは給付を求める訴えが挙げられている（847条1項本文）。

では、代表訴訟の対象となる役員等の「責任」である①は、会社法上の責任に限定されるか。

代表訴訟の趣旨は役員間の同僚意識による責任追及懈怠のおそれへの対処にあるところ、かかる責任追及懈怠のおそれは取締役の地位に基づく責任に限られない。

また、取締役は会社に対する取引債務についても会社に対し忠実に履行すべき義務を負う。

そこで、役員等の「責任」には、会社法上の責任のみならず、取締役の会社に対する取引債務も含まれると解する（判例）。¹⁾

〔論点2〕提訴請求書の宛名

会社が取締役、執行役の責任追及等の訴えを提起する場合には、①監査役設置会社では監査役（386条2項）、②非監査役設置会社では株主総会（353条）若しくは取締役会（364条）が定める者（総会・役会で定められた者がいない場合には、代表取締役（349条4項））、③監査等委員会設置会社では監査等委員（399条の7第5項1号 - 括弧書に注意）、④指名委員会等設置会社では監査委員（408条5項1号 - 括弧書に注意）が会社を代表することになる。

そのため、提訴請求もこれらの者に対して行う必要があり、提訴請求書の宛名には①～④の者を会社の代表者として記載しなければならない。

では、その記載に不備があった場合には、適式な提訴請求を欠くとして株主代表訴訟は却下されることになるのか。

提訴請求（847条1項本文・3項）の趣旨は、いったん会社側に提訴の是非を判断する機会を与えることにある。

そこで、株主が誤って代表取締役又は代表執行役を会社を代表する者として提訴請求書に記載した場合であっても、会社を代表すべき者（①～④の者）が当該提訴請求書の記載内容を正確に理解した上で提訴の是非を判断する機会があったといえる場合には、当該提訴請求は適法であると解すべきである（判例）。

B 基礎応用 159～163 頁

A

最判 H21.3.10・百 64

C

最判 H21.3.31・百 A24

¹⁾ この見解に対しては、会社の経営上の判断の余地を制約しすぎであるとして、責任追及に会社の裁量が認められない会社法上の責任に限定するべきであるとの批判もある。

〔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 65

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（裁判例）。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（裁判例）。

2. 多重代表訴訟等

B 基礎応用 163～168 頁

(1) 多重代表訴訟

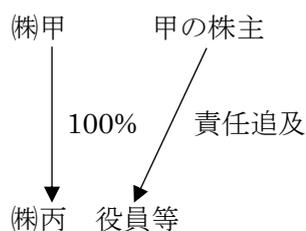
平成 26 年改正では、①最終完全親会社等の株主に限り、②少数株主権として、③重要な子会社における責任（＝特定責任）に限定して多重代表訴訟が認められるに至った（847 条の 3 第 1 項本文）。

〔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 2 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。

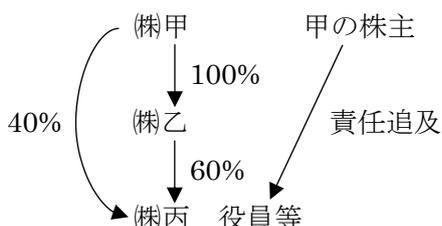
〔例 1〕

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〕

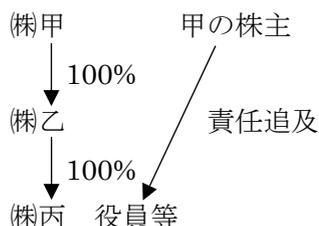
甲社及び「その完全子会社等」（甲社がその株式又は持分の全部を有する法人）である乙社が丙社の全株式を有する場合（2 号）



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。

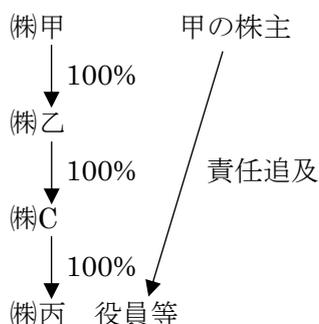
[例 3]

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）



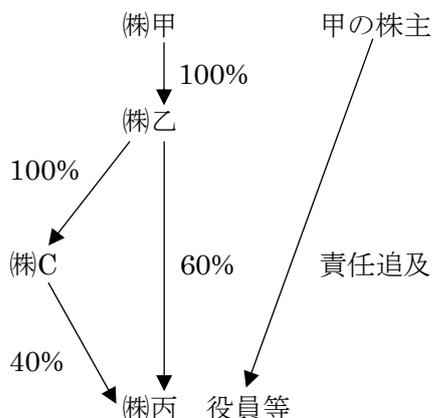
[例 4]

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

という不合理な制度状況であった。

そこで、平成 26 年改正により、上記の不合理な制度状況を改善するために、旧株主による責任追及等の訴えが新設されるに至った（847 条の 2）。

（3）多重代表訴訟等の対象となる責任についての特則

免責に総株主の同意が必要とされる責任（424 条・462 条 3 項但書など）が多重代表訴訟の対象となるもの（＝特定責任）である場合には、当該特定責任の免除には、総株主の同意に加えて最終完全親会社等の総株主の同意も必要である（847 条の 3 第 10 項）。旧株主による責任追及等の訴えの場合も同様である（847 条の 2 第 9 項）。これは、多重代表訴訟等の実効性確保を趣旨とする。

同様の趣旨から、任務懈怠責任（423 条 1 項）を一部免除する場合（425 条・426 条）においても、当該責任が特定責任であるときは、一部免除のために最終完全親会社等の株主の関与が必要となる（425 条 1 項・4 項・5 項、426 条 5 項～8 項）。

なかった。

851 条 1 項各号に該当する場合は、

851 条で処理する。

3. 違法行為等差止請求

株主・監査役・監査等委員・監査委員には、取締役・執行役の違法行為等の差止請求権が認められている（360 条、385 条、399 条の 6、407 条、422 条）。

〔論点 1〕「法令」の範囲

360 条 1 項・385 条 1 項の「法令」には、①会社法の個別的・具体的な規定のみならず、②善管注意義務・忠実義務のような一般的義務に関する規定（330 条・民法 644 条、355 条）、さらには、③会社法に限らず会社・取締役の従うべきあらゆる法令が含まれると解されている。③まで含まれる理由は以下の通りである。

会社が業務を行うに際して法令を遵守すべきことは当然であるから、会社の業務執行を決定し、業務の執行に当たる取締役は、会社に法令違反をさせないようにする職務上の義務を負う。

そこで、「法令」には、会社を名宛人とする法令も含まれると解する。

〔論点 2〕経営判断の原則

360 条 1 項の「法令」には、善管注意義務を定める規定（330 条・民法 644 条）も含まれる。

そして、差止請求にも経営判断に対する萎縮効果が伴うから、事後的な責任追及訴訟において論じられてきた経営判断原則の考え方は、差止請求の「法令…違反」としての善管注意義務違反についても妥当すると解する。³⁾

A 基礎応用 168～169 頁

法定訴訟担当である。

A

B

4. 検査役の選任請求（358 条）

検査役の選任請求権は少数株主権であり、申請株主は、調査の結果を踏まえ

B 基礎応用 170～171 頁

類似の制度として、株主総会検査役

³⁾ もっとも、損害賠償請求ほどの萎縮効果はないだろうから、経営判断原則が損害賠償責任（423 条 1 項）の場合と同じ形で差止請求にどのような形で適用されるのかは定かでない。

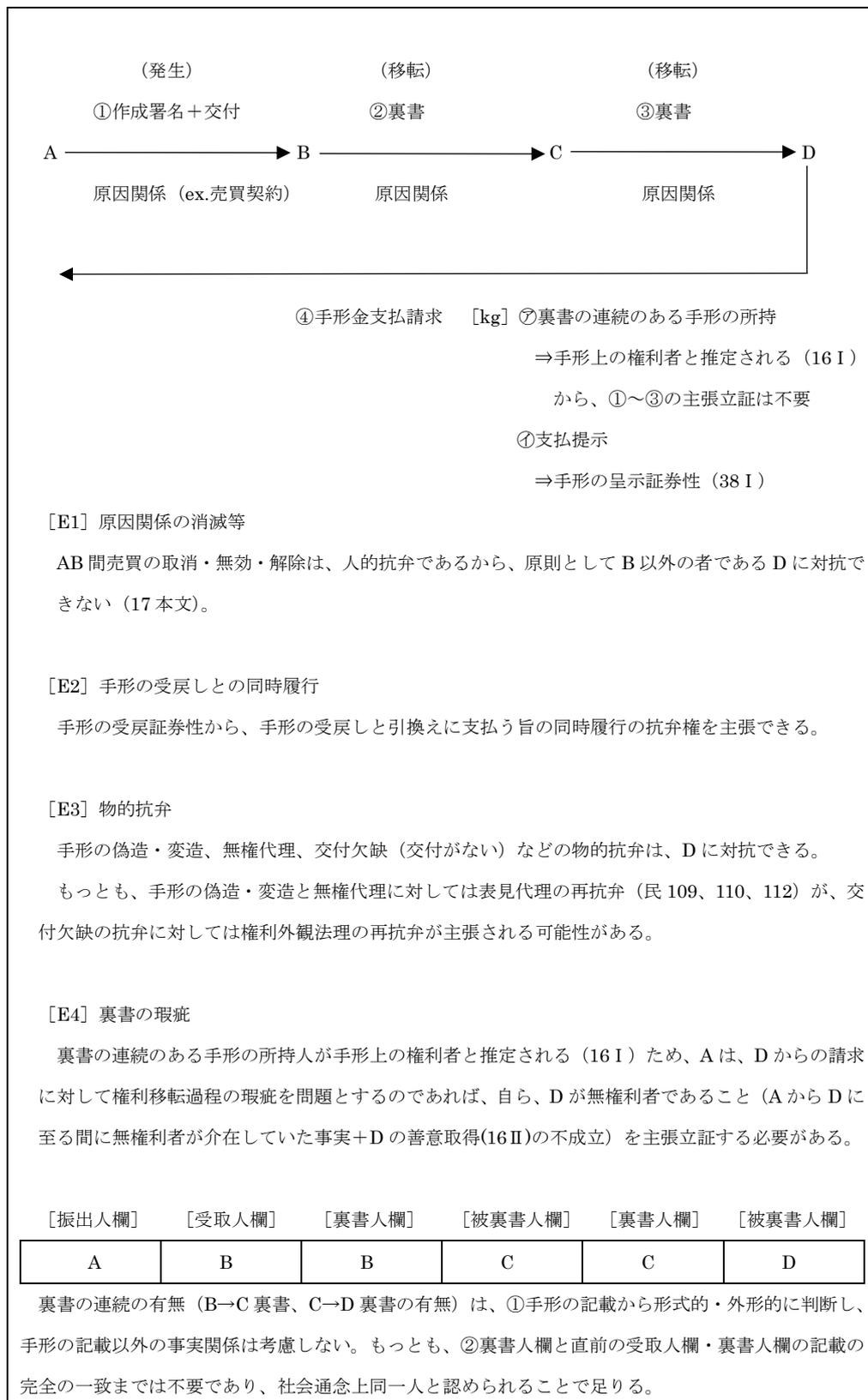
手形法・小切手法

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 基礎応用 273 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 153頁・9)

[E1~4] は抗弁の一例である。

論証集 142 頁・1⑥

論証集 145 頁・5(1)イ(イ)・(2)イ(ア)

論証集 147 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(判例)。

(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 基礎応用 275～276 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 143 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 基礎応用 293～294 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。

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（判例）。

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（判例）。

A

最判 S33.6.19・百3

2. 商業登記

B 基礎応用 294～295 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 基礎応用 295 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 基礎応用 295 頁

…略…（論証集 129 頁以下参照）

5. 商業帳簿（19条）

C 基礎応用 295 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

務づけられている帳簿であり、会計帳簿と貸借対照表から成る。

6. 商業使用人と代理商

- ①支配人（20条～24条）、②その他の商業使用人の代理権（25条、26条）、③代理商（27条～31条）がある。

C 基礎応用 295～296 頁

支配人につき、論証集 3 頁以下参照

7. 商行為・商人の行為に関する規定

B 基礎応用 2966～297 頁

（1）商事代理

- ・商事代理では、非顕名主義が採用されている（504条）。これは、商取引の大量性・簡易性・迅速性を実現する趣旨による。
- ・非顕名主義が適用される「商行為」は、本人のために商行為となる行為をいう。
- ・顕名がなかった場合、代理であることを「知らなかった」相手方は、代理人に対しても履行の請求をすることができる（504条但書）。これは、代理人が本人であると信じた相手方を保護することを趣旨とする。
 - ➡「知らなかった」は、善意・無過失を意味すると解されている。

最判 S51.2.26

[論点 1] 相手方が代理人との法律関係を選択した場合の処理

B

本条は、相手方保護のために、相手方・代理人間にも本人・相手方間と同一の法律関係が生じるものとし、相手方がその選択に従い本人との法律関係を否定し、代理人との法律関係を主張することを許容したものである。

最大判 S43.4.24・百 37

そこで、相手方が代理人との法律関係を主張したときは、本人は相手方に対して本人・相手方間の法律関係の存在を主張することができないと解する（判例）。

（2）商行為に適用される規定

①商事法定利率の廃止

- ➡平成 29 年改正により、「商行為によって生じた債務」の法定利率を年 6% と定める改正前商法 514 条は削除された。その結果、「商行為によって生じた債務」にも、年 3%の法定利率を定める改正民法 404 条 2 項が適用される。

②債務の履行場所（516条1項）

cf.484 条

③債務履行の時間（520条）

④商事消滅時効の廃止

- ➡平成 29 年改正により、「商行為によって生じた債権」の消滅時効を年 5 年と定めていた改正前商法 522 条は削除された。その結果、「商行為によって生じた債権」も、原則として、主観的起算点から 5 年間・客観的起算点から 10 年間の消滅時効に服する（改正民法 166 条 1 項）。

（3）企業金融の円滑化

①多数債務者間の連帯（511条1項）

cf.民法 427 条（分割主義）

②保証人の連帯（511条2項）

cf.民法 427 条（分割主義）

(参考文献)会社法

- ・「株式会社法」第6版(著:江頭憲治郎-有斐閣)
- ・「会社法」第2版(著:田中亘-東京大学出版会)
- ・「会社法 Corporate Law」第4版(著:高橋美加ほか-弘文堂)
- ・「リーガルクエスト 会社法」第4版(著:伊藤靖史ほか-有斐閣)
- ・「リーガルマインド 会社法」第14版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「会社法」第21版(著:神田秀樹-法律学講座双書)
- ・「事例で考える会社法」第2版(著:伊藤靖史ほか-有斐閣)
- ・「事例研究 会社法」初版(編著:小林量・北村雅史-日本評論社)
- ・「会社法事例演習教材」第3版(著:前田雅弘ほか-有斐閣)
- ・「一問一答 令和元年改正会社法」初版(編著:竹林俊憲-商事法務)
- ・「一問一答 平成26年改正会社法」第2版(編著:坂本三郎-商事法務)
- ・「一問一答 新・会社法」改訂版(編著:相澤哲-商事法務)
- ・「新・会社法100問」第2版(編著:葉玉匡美-ダイヤモンド社)
- ・「会社法判例百選」第4版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「別冊法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2006年～2011年(日本評論社)
- ・「別冊法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012年～2021年(日本評論社)
- ・「受験新報 司法試験 論文式問題と解説」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室 特集 新司法試験プレテスト(必須科目)」2006. Apr.NO307(有斐閣)
- ・「司法試験 論文式 問題と解説」中央大学真法会編(法学書院)
- ・「民事執行・保全法概論」(編:中野貞一郎-有斐閣双書)
- ・「改定 民事保全」(補正版-司法研修所)

(参考文献)手形法・小切手法

- ・「基本講義 手形・小切手法」初版(著:早川徹-新世社)
- ・「リーガルマインド 手形法・小切手法」第2版補訂版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「手形・小切手法 判例百選」第7版

(参考文献)商法総則・商行為法

- ・「リーガルマインド 商法総則・商行為法」第2版補訂版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「商法総則・商行為法 判例百選」第5版