

序章 商法の事例問題分析法

第1 本章の目的

商法では、よく出題される分野が幾つかある。条文でいえば、423条、429条、831条が最も多く出題されていることについては異論がないであろう。ところが、単に、過去問を解くだけでは、その問題について解答を出すだけに終わってしまいかねない。**その問題から何を学び、何を将来に活かすかという視点をもって、その分野についての思考回路、着眼点、処理の仕方等をまとめておけば、同じ分野の問題が出たときに、短い時間で対応することができるばかりか、問題点の見落としがなくなる。**本序章は、かかる目的から、独立の1章を設けたものである。この意識がないと、事案の違いに気を取られて、過去問で扱った問題点でも見落としをすることになりかねない。採点実感からみても、そのような実態がある。

旧司法試験の時代には、所謂一行問題があった。各論をまとめるだけでは断片的な答案になるので、各論をまとめる視点を得るために、会社法の全体像から捉える方法を採用していた。弥永教授のリーガルマインド会社法第3章の「株式会社法の視点」と同じような整理を筆者なりにして（当時は、同書は存在していないので、予備校の資料を参考にして体系化しようとした）、会社法の視点のもとで各論を整理するという方法論を採用していた。ところが、現行司法試験では、一行問題は出題されないで、株式会社法の視点は、各論の処理の中に、答案に書くのに必要な範囲で落とし込むにとどめた。そこで、本書では、民法のように、会社法の全体像を示すことはしていない。

第2 取締役の対会社責任、第三者責任の処理手順

出題年度：プレ、18～24、26～28

423条、429条が、商法の中で頻出の条文であることは、過去問を分析すればすぐに分かる。問題の解説に止まらず、答案に書く手順（下記①～⑦の順）と現場で検討する手順（②、④、⑦、③、⑤、⑥、①の順）を意識して分析することにより、過去問を将来に有効に活かすことができ

る。是非とも身につけて頂きたい。この手順を使える問題については、一々序章を参照する手間を省くため、該当箇所に、その問題を解くために必要な部分を再掲している。

1 取締役責任の処理手順

(1) 手順

- ① **総論での一般論**（※ 問題により書く必要性の有無を判断する。各論に落とし込むこともある）
- ② **相手方の地位**（※ 問題文の情報の整理）
- ③ **②に応じた具体的な義務**【→2で詳述】
- ④ **③を基礎づける事実**（※ 出題者が、どの事実を取り上げたがっているかという観点から問題文を読む）
- ⑤ **重過失**（※ 429条の場合）
- ⑥ **過失**【→3で詳述】（※ 423条の場合、ほとんどは③と一致するから独自の議論は不要。③でカバーできない問題が生じたときに引き上げる）
- ⑦ **結論**【→4で詳述】（※ 因果関係、損害論の処理も忘れないことが大切である。但し、詰めて検討すると、損害論で難しい問題があるにもかかわらず、出題者は全く悩んでいない例があり、悩みすぎない方がよい場合があることに注意）

(2) 各項目の説明

相手方の地位（②）を踏まえて、事案を素朴に捉え（出題者が、どの事実を取り上げたがっているかという観点から問題文を読み、④＝義務違反に結びつく重要な事実を掴む）、責任の有無という結論（⑦）を決めることが出発点である。結論を決めるに際しては、事案を素朴に捉え、このようにすべきであったにもかかわらず、こうしなかったことがけしからんといえるかという視点でみるのが分析のコツである。出題者が、結論が決められている問題、いずれの結論もありうる問題の双方がある。結論を決めている問題について異なる結論をとると点数が伸びない。

結論を決めたうえで、相手方の地位（②）と具体的な事実（④）を繋ぐものとして、③（義務）を設定し、必要がある場合には、①の総論で

書く内容を決める（問題によっては各論の中に盛り込む）。そのうえで、①～⑦の必要部分をいかに説得的に書くかに神経を使う。将来、同じ事例が出ることはないが、以上のような分析法は有益である。プレテスト商法で、この方法論を使った解説をするので、その方法論を他の年の問題に応用して精緻化する方法を採ることをお勧めする。

2 答案作成における注意点1 ③（義務）の書き方

二通りの型があり、いずれで処理するのかを意識することが大切である。

- (1) 条文から義務を指摘し、簡単なあてはめで結論（比較的明確なもの）が出る型

条文を指摘できるか否かだけの問題であり、条文が出にくい人は、条文素読が対策となる。22年商法の「設立中の取締役、発起人の不足価額填補責任（52条1項）、損害賠償責任（53条1項）」が具体例である。

- (2) 事案に即した義務の分析を問う問題

事案に即した義務の分析を要求される場合は、次の型を押さえたうえで、ケースバイケースで、使い分ける方法がお勧めである。イメージを掴むために、まず、プレテストを解くことを勧める。

ア 不審事由の存在（疑念を生じる事由）から調査確認義務の存在と内容を論じ、調査確認義務の懈怠があると分析する（新問題研究142～143頁）。取引の実情ないし慣行、商慣習、従来の当事者間の諸関係の総合判断による。責任を否定する場合は、疑念を生じる事由がないことを論証する。

イ 義務の内容を具体的に示して、その義務違反の具体的な事実を示す。具体的な事例に即して義務を設定すればよく、覚えているものを書くという感覚ではない（アと相容れないものではない）。具体的な義務の内容を書かずに、善管注意義務違反があるとだけ書くのは適切ではない。各論の中で、このような部分の感覚を身につけて頂きたい。

ウ 評価根拠事実、評価障害事実、その総合判断という分析が使えるものは使ってもよい。

エ 経営判断の原則を組み入れるものが時々出題されており、以下の

ような簡潔な論証を用意しておくべきところである（19年）。

「取締役の業務執行は、不確実な状況で迅速な決断を迫られる場合が多く、萎縮効果を招かないためにも、善管注意義務が尽くされたか否かの判断は、① 合理的な情報収集・調査・検討等が行われたか、② 不合理な判断がなされなかったかを基準とすべきである。」

最判平成22年7月15日（百選3版104頁）は「決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、善管注意義務に違反するものではない」とする。合理的な情報収集・調査・検討に結びつく事実がない事案の場合は、こちらを使ってもよい。

3 答案作成における注意点2 ⑥（過失）について

423条の要件として、任務懈怠、損害、因果関係は条文上明らかであるが、最判昭和51年3月23日は、故意、過失が要件であるという。この要件と、任務懈怠の要件との関係について、体系書では必ずしも明確に書かれていないが、本試験では対応しなければならない場面が出てくるので、「事例で考える会社法」第2版162頁以下を参照したうえでの筆者の理解を以下のとおり整理する。

- (1) 423条と428条を合わせて読めば、帰責事由、故意過失が要件である。任務懈怠については、役員の責任を追及する原告側に立証責任があるが、債務不履行の一般的な理解によれば、被告となる役員側が、帰責事由がないことにつき立証責任を負う。
- (2) 任務懈怠を善管注意義務違反と捉える場合には、善管注意義務を基礎付ける事実と、過失を基礎付ける事実とは、一致するはずである。この場合は、任務懈怠だけを論じて、その中で、善管注意義務のあてはめを行い、過失の議論を独自の項目を立てて書かなくともよい。弁論主義第一テーゼを踏まえれば、主張がないと扱ってよいケースだからである。民事訴訟法を学んでいれば当然のことである。事案と関係なく、「過失」が要件だから書くようにという記載には、強い違和感を持つ。
- (3) 個別的な法令違反（例えば、独占禁止法違反）を根拠として、任務懈怠を論じる場合、裁判の時点で、法令違反があれば任務懈怠となるが、行為の当時、法令違反と認識できる材料がなければ、過失がないという筋道を考えることができる。弁論主義第一テーゼを踏まえても、過失が

ないと主張する ケースである。

- (4) 個別的な法令違反が問題となる場合は、取締役役に違法な行為をする裁量の余地がないから、経営判断が適用されないという説明が一般的である。ほぼ確実に法令違反であることを認識して敢えて行動をした場合には、この議論でよいが、法令違反となるか否かが微妙な問題である場合、情報収集、判断の合理性に問題がなければ、過失がないとしてよいのではないかとみれば、過失があるか否かの判断の際に、経営判断原則と同様の考慮を含めざるを得ない。
- (5) 以上の分析をもとに、最判平成12年7月7日（百選3版102頁）の判例の筋道を追うと理解が深まると思われる。個別法令違反があり、任務懈怠が明確にいえると、認識を欠いたことがやむをえない事例については、過失の議論をする（過失がないという主張があるものとして扱う）という筋道を試験の現場で考えるというのが、筆者なりのアドバイスである。

4 答案作成における注意点3 ⑦（損害）について

損害の捉え方が非常に分かりにくい事案が相当にある。現場では、必要以上に悩まないのが得策だと思う。実務家の感覚でいえば、口頭弁論終結時で損害を判断し、訴訟提起時から変動することは幾らでもありうるという視点でみている。22年民法の解説で、かかる観点からの分析を解答例として示しているので参照されたい。

第3 株主総会決議取消の訴え

出題年度：18，23，24，25，29

831条は、423条、429条とともに、出題頻度が高い条文である。以下に見落としをなくすための注意点を示す。

1 公法系の科目の発想の仕方を組み入れること

決議取消訴訟でも入り口の段階が問題になることが多い。行政訴訟をイメージし、以下の3点に注意する癖をつけておくとよい。

【答案例 - 24年設問3】

(1) 訴えの利益

株主総会決議取消は、有効な決議の効力を失わせる形成訴訟であるから、否決された議決については、訴えの利益がない（東京高判平成23年9月27日）。

(2) 原告適格

議案が取消されれば、なお役員としての権利義務があるから（346条1項）、831条1項柱書の「株主等」に該当する。

(3) 主張適格

監査役が意見の陳述の機会を奪われたことは、345条4項、1項に違反し、831条1項1号（決議の方法が法令違反）に該当する。

監査役が意見を述べられなかった事実を理由として、A（株主ではあるが、監査役ではない）が訴えを提起できるか。公正な決議の成立につき利害関係があるから肯定すべきである。

※ 主張適格のような議論の仕方であり、20年にもあるので、思考回路の中に組み入れておくことを勧める（最判昭和42年9月28日、百選3版76頁）。

2 特別利害関係という観点からの分析

18年、20年、23年、24年、25年、29年と頻繁に出ているにもかかわらず、採点実感では、問題点に気づいた答案が少ないと指摘される部分である。本序章記載のような方法論があれば、このような指摘はないはずである。

問題文の中に、特別利害関係がありそうだという事実があれば、少しだけ考えてみるという思考回路をつけることが対策である。前提問題であるから、下記答案例のように、簡潔にあてはめるだけでよい。裁量棄却は問題にならないことに注意する必要がある。831条2項の文言（手続又は決議の方法が法令又は定款に違反するとき）から、1項3号は想定していないからである。

【答案例 - 29年設問2】

乙社の株式併合の目的が、経営再建のために少数株主を締め出すことにあり、甲は、他の株主と共通しない特殊な利益を有するから、「特別の利害関係を有する者」に当たる。また、本件株式併合により、甲以外の少数株主は端株主となり、議決権を行使することができなくなるから、「著しく不当な決議」に当たる。

【答案例 - 23年②】

乙は時価の80%という特に有利な払込金額で引き受けた者であり、他の株主と共通しない特殊な利益を有するから、特別利害関係人にあたり（831条1項3号）、金額の点でも著しく不当である。

3 裁量棄却の問題

検討することを基本形とする。問題文に取り上げる情報がある場合は書く。情報がない場合は、時間との兼ね合いで書くか否かを決める（25年）。29年の出題趣旨は裁量棄却を触れていないが、汎用性という観点から検討するという方法を採用している。下記の答案例で型を把握するとよい。

【答案例 - 29年設問2】

説明義務違反があると株主が的確な判断ができないので、重大なことである。本来の目的を説明したら、G（2000個）はもちろん、従業員持株会の存否が危ぶまれるK（1200個）が反対に回る可能性があり、甲6000の賛成があっても、3分の2の特別決議の要件を満たさない。よって、決議に影響を及ぼす可能性があり、裁量棄却は認められない。

第4 「重要な財産の処分」（362条4項1号）

出題年度：20，26

下記の参照判例のような規範定立をして（覚えたものを書いて）、あてはめようとしても、規範と問題文の事情が対応せずに、あてはめが上手く行かない例が少なくない。規範は絶対的なものではなく、当該事案につき結論を決めたうえで、「重要」「多額」といえるように判例が定めたものであ

るから、事案が違えば、規範にあてはまらない例が幾らでも出てくることを知っておくとよい。過去問をみる限り、規範とあてはめを一緒に書いて時間を作り、その先の問題に時間をさく方が、高い点数をとるうえで合理的である。「本件借入れが、甲の年商（2億円）に匹敵し、1株の純資産額（10万円）から算出される甲の純資産（500株でみると5000万円）に照らしても多額である」という26年の出題趣旨が、参考になる書き方である。同じ材料があれば、そのような形で書けばよい。

【参照判例】

①「重要な財産の処分」（362条4項1号）の規範

「当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である」（最判平6・1・20，百選3版130頁）。

②「多額の借財」（362条4項2号）の規範

「当該借財の額、その会社の総資産、経常利益等に占める割合、借財の目的及び会社における従来の取り扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきである」（東京地判平9・3・17）

第5 新株発行無効の問題の捉え方

出題年度：19，（22），25，26

公開会社を基本形として、非公開会社ではどうなるか（25年の解答例），見せ金による場合はどうなるか（22年，但し，26年改正前会社法を前提とする），それは何故かを理解して整理する。不存在（26年）の検討について，19年，22年，25年の成果を活かすとさらに内容を深めることができるので，26年設問1の別解を熟読することを勧める。

1 公開会社の場合

公開会社は，判例がある論点（取締役会の決議の瑕疵，特に有利な金額，著しく不公正な発行という19年で扱っている三件以外に，通知公告がない場合，差し止めを無視して発行した場合）を念頭におき，問題文から論点を読み取れるか否かをチェックし，前提問題，無効事由になるかの2点

を書く。問題が限られている。前提問題で切れれば、無効事由になるか否かは書く必要がない。公開会社では、19年で取り上げられている三件については、無効事由にはならないと解するのが一般的であるが、理由付けの書き方で点差がつく。

株式譲受人の取引の安全の保護という理由付けは皆が書く。取引の安全の関係で、取締役会に発行権限があり、業務執行に準じるものであり、対外的には代表取締役が発行することまで書ける答案は減る。さらに、新株発行は資金調達的手段であり、拡大された規模で営業活動を行うので、無効とすると、取引先、債権者に影響が大きいということまで書ける答案は少数であろう（具体的な書き方は19年解答例参照）。

設立後に払込みを仮装した新株発行の場合に無効事由となるかについて、22年で出題されている。26年改正法により条文を適用した結果が明確になったので、試験問題としては出題されにくい。

2 非公開会社の場合

非公開会社の募集株式発行の場合、原則として株主総会の特別決議が必要であるとされ（199条）、提訴期間が1年とされていることから（828条1項2号）、既存株主の利益の保護、すなわち、会社の支配に関わる持分比率の維持が保護されている。そこで、特別決議ない場合の効力は無効であると解する（最判平成24年4月24日、百選3版62頁）。

なお、最判平成6年7月14日（百選3版208頁）は、著しく不公正な新株発行で取締役会の決議がない場合につき有効であると解している。小規模閉鎖会社でも、広い範囲の法律関係に影響するので、画一的に判断すべきであるとしている。24年最判とどちらを使えばよいか悩むこともあろうが、悩みを見せる書き方が使えるところである。25年設問3の解答例を参考にしたい。

第6 仮処分

出題年度：21，24，25

事前差止めが絡む問題は仮処分に触れることが必須である。決まり文句を書けば確実に点数がつくので（採点実感）、コスパがよい。

【答案例】

よって、360条3項による事前差止めを請求することができる。
また、甲に生じる著しい損害又は急迫の危険を避ける必要性がある場合には、これを保全するため、民事保全法第23条第2項により、仮の地位を定める仮処分の申立てをすることができる。

第7 議題提案権と議案提案権の区別

出題年度：サンプル，24，25

24年，サンプル問題を正確に理解するために必要な知識理解であるが，24年の出題趣旨をみると，その理解がみられないので，ここで取り上げることとした。

議題提案権（303条）は少数株主権であり，株主総会の目的である事項につき議案を提出できる。既に株主総会の目的とされている事項でなくとも可能であることが重要である。24年設問3の議案②のケースである。そして，議案の通知請求権（305条）も認められる（25年設問2）。通知をしないことを瑕疵として指摘する前提として，303条，305条を指摘する必要がある。

それに対して，議案提案権（304条）は，単独株主権である。既に株主総会の目的とされている事項に限って，自己の議案を，修正動議として提出するという点で範囲が限定されている（24年設問1のケース）（田中162頁）。

【コラム】修正動議が認められる場合，認められない場合（新・株主総会ガイドライン（2版）244頁）

出題趣旨を見ると必須知識とは見られていないのかもしれないが，実務家ならば常識として押さえておきたい。

(1) 修正動議が認められる場合

招集通知に記載された議案から，一般的に株主が予見できる程度の範囲内のもの

- ① 取締役選任の件の人員減員の変更
- ② 取締役報酬額の減額の変更

③ 配当金の増額又は減額の変更

(2) 修正動議が認められない場合

招集通知に記載された議案から、一般的に株主が予見できる程度の範囲を超えるもの

① 議案の内容を別個のものにするような変更

② 取締役選任の件の人員増員の変更

③ 取締役報酬額の増額の変更

【答案例 - 24年設問1】

22年総会における取締役選任議案において、甲の提案は、A B C Dの4名を候補者とするものである。それに対して、甲の株主乙は、304条に基づきP Q Rを候補とする提案をした。304条に基づく提案は、株主が議決権を行使することができる事項についての修正動議である。修正動議は、招集通知に記載された議案から一般的に株主が予見できる範囲のものに限られ、取締役の人員増員は、修正動議としては認められないと解される。よって、4名の取締役選任という人数の修正はできず、乙の提案は、取締役候補者として、P Q Rを追加したものであると解釈できる。

第8 履歴事項全部証明書

出題年度：26

問題文の資料として、別紙に、履歴事項全部証明書がついている事例がある。26年が典型であるが、着眼点は、以下のとおりであり、今後のこととして把握しておくといよい。

新株発行の時期は、発行済株式の総数と資本金の額の変更時でみればよく、平成24年6月10日である。26年設問1は平成26年4月の時点で検討することを求められているので、新株無効の訴えの提訴期間がすぎっており、不存在を検討する場面である。

その他、着眼点として意識した方がよいものとして、以下のことがある。

① 株式の譲渡制限がある会社であるか否かにつき「取締役会の承認を要する」という記載の有無を確認する。

- ② 取締役会設置会社か否かにより，適用条文が異なる場合に，確認する必要がある。
- ③ 取締役の責任に関して，退任時，登記をした時期を把握し，問題となる事実の時点と対比する必要がある。

[以上 序章 商法の事例分析手法]