

論文式試験問題集
〔商法Ⅱ〕

[商法Ⅱ]

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

- 1 甲社は運送業を営む株式会社（公開会社）である。甲社の代表取締役Pは現在68歳であり、従業員も高齢化が進んでいる。甲社の発行済株式総数は、1000株であり、そのうち株主Aが150株、Bが150株、C社が100株、残りの600株はPの親族が40株ずつ保有している。甲社の定款には、株主総会の議決権の代理行使を株主に限る旨の定めがある。
- 2 近年、甲社は、Pの体調不良が続き、適切な後継者も見つからないことから、甲社を大手運送会社の乙社に吸収合併させることとし、乙社の了承及び甲社の取締役会決議を得た。そして、3か月後にある平成31年5月30日の株主総会において、これを審議することとし、すべての株主に対して、株主総会招集通知を発送した。しかし、甲社は、経費削減のため、専門家の指導を十分に受けずに各種手続きを行ったため、同年3月15日に、債権者異議申立てに関する官報公告をして、銀行等の債権者に対して個別の催告をしたが、新規の取引先（債権者）であった丙社に対して、個別に催告をしなかった。なお、甲社の定款には、公告を日刊新聞または電子公告で行う旨の定めはない。
- 3 C社の代表取締役Qは、C社として、甲社の吸収合併に反対する予定でいたが、急用が入ってしまったことから、同伴予定であった課長のRに、丙社の代理人として株主総会で反対の議決権行使をするように正式に依頼し、Rはこれを了承した。ところが、株主総会の当日、Rが会場に着いて受付をすると、甲社は、Rが単なる従業員であり、株主ではないことから、議決権の代理行使を株主に限る旨の定款に反するとして、Rの株主総会への参加を頑なに拒否した。その結果、C社以外の株主が参加し、親族の株主らは、賛成320票、反対280票に分かれ、株主A及び株主Bが賛成したことから、甲社の吸収合併の議案は可決された（以下「本件総会決議」という）。
- 4 その後、本件総会決議に基づいて、契約締結等の手続きが進み、同年7月30日に合併が行われた（以下「本件吸収合併」という）。
- 5 しかし、本件株主総会に参加できなかったC社は、上記甲社の対応には問題があると考えている。また、本件吸収合併後、事後的に本件吸収合併の事実を知った丙社は、以前から乙社との関係性がよくないこともあり、丙社に事前に催告することなくなされた本件吸収合併には問題があると考えている。
- 6 以上を前提として、次の設問に答えよ。

〔設問1〕

平成31年6月20日の時点で、C社は、本件吸収合併を阻止するために、いかなる手段をとることができるか論じなさい。

〔設問2〕

平成31年9月20日の時点で、C社及び丙社は、本件吸収合併の効力を争うこととした。C社及び丙は、本件吸収合併の効力を争うことができるかそれぞれ論じなさい。

2020年3月22日

担当：弁護士 丸山 彬

参考答案
[商法Ⅱ]

第1 設問1について

1 C社は、本件吸収合併を阻止するために、本件総会決議取消しの訴え（会社法（以下省略）831条1項柱書）を提起することが考えられる。

2(1) C社は、甲社株式100株を有している「株主」である。

(2) 平成31年6月20日時点は、本件総会決議から「三箇月以内」であるから、出訴期間も充たす。

(3) 取消事由

ア 本件は、甲社が、議決権の代理行使を株主に限るとする定款を理由に、株主であるC社の従業員であるRによる議決権の代理行使を拒否しているが、かかる甲社の対応が取消事由にならないか。310条は代理人による議決権行使を認めるが、これを定款によってどの程度制限することができるかが、明文なく問題となる。

イ この点、議事が攪乱されるのを防止し、会社の利益を図るために、代理人の資格を、合理的理由に基づいて相当程度制限することにも許される。もつとも、代理人による議決権行使は、株主の議決権行使の機会を保障するという重大な権利であるから、議事が攪乱される等会社の利益が害されるおそれのない場合には、当該定款の効力は及ばないと解すべきである。

ウ 本件をみるに、株主は、不当に議事を攪乱する可能性は低いことから、代理人を株主に限る定款の定め自体は、合理的かつ相当な規定であり、有効といえる。

しかし、本件Rは、株主であるC社の課長であり、株主であるC社の代表者Qの指示通りに行動することが期待されるから、議事を攪乱する等して甲社の利益を害する可能性がない。そのため、代理人Rによる議決権行使については、本件定款の効力が及ばない。エ したがって、甲社の対応は、C社の議決権行使を不当に奪ったといえるから、本件株主総会決議には、決議「方法」の「定款」違反という取消事由が認められる。

3 裁量棄却の有無（831条2項）

上記違反は株主の議決権行使という最も重要な権利に関するものであるから、重大な違反といえる。また、仮にC社が本件株主総会に参加して反対していれば、否決されていたといえるから、上記違反は、決議に影響を及ぼすものでもあったといえる。

したがって、裁量棄却はされない。

4 以上から、C社は、本件総会決議の取消しの訴えにより、本件総会決議の効力を否定することができる。

第2 設問2について

1 C社について

(1) C社は「株主」（828条1項7号）であり、平成31年9月20日の時点は、本件吸収合併の効力が生じた同年7月30日から「六箇月以内」（828条2項7号）であるから、C社は、本件吸収合併の無効の訴え（828条1項7号）を提起することが考えられる。

(2) まず、無効事由が認められるかが、明文なく問題となる。吸収合併等の組織再編行為は、いったん効力が生じると多数の利害関係人が発生するため、できる限り取引の安全及び法的安定性を図る必要がある。法がその係争手段や原告適格を限定し、遡及効を認めていないものかかかる要請によるものといえる。そこで、無効原因は、重大な瑕疵がある場合に限られると解する。本件をみるに、上記第1のとおりに、本件総会には取消事由があるといえるから、本件合併は株主総会決議を経ていないに等しく、重大な瑕疵があると思える。

(3) もっとも、法律関係の早期安定という取消訴訟の出訴期間(831条1項柱書)の趣旨を没却しないために、吸収合併の決議における取消事由を無効事由として主張するのは、決議から3カ月以内でなければならないと解する。

よって、平成31年9月20日の時点は、同年5月30日の本件総会決議からすでに3カ月を経過しているから、C社は、上記取消事由を無効事由として主張することはできない。

(4) 以上から、C社は、無効の訴えによって、本件吸収合併の効力を争うことができない。

2 丙社について

(1) 吸収合併後であるから、丙も、本件吸収合併の無効の訴え(828条1項7号)を提起することが考えられる。

(2) まず、丙は、甲の新規取引先(債権者)であり、「知れたる債

権者」にあたるが、個別の催告を受けておらず、また、本件吸収合併に反対であったのだから、「吸収分割について承認しなかつた債権者」にあたり、原告適格が認められる(828条2項7号)。

(3) また、上記C同様、提訴期間も充たす。

(4) では無効事由が認められるか。

上記同様、重大な瑕疵がある場合に限り、無効事由を認める。本件で、甲社は、知れたる債権者である丙社に対して、事前に個別の催告をしていないため、789条2項本文違反が認められる。

もっとも、同条項の趣旨は、債権者の債権回収可能性が低下して、債権者に不測の損害を与えるのを防止する点にあるところ、債務を承継する乙社は、大手であり、そのおそれがない。

したがって、本件における同条項違反は、重大な瑕疵とはいえず、無効事由にはあたらない。

(5) 以上から、丙社も、無効の訴えによって、本件吸収合併の効力を争うことができない。

以上

2020年3月22日

担当：弁護士 丸山 彬

予備試験答案練習会(商法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(18)		
株主総会決議取消しの訴えの各要件検討・条文の適示		3	
論点抽出(定款による代理人の資格制限)		4	
論証(定款の有効性, 対応の適法性)		4	
あてはめ		4	
裁量棄却の検討		2	
結論		1	
〔設問2〕	(22)		
〔〇社について〕			
合併の無効の訴えの各要件検討・条文の適示		3	
無効原因の論証		3	
あてはめ・結論		2	
取消事由と無効事由		3	
〔丙社について〕			
合併の無効の訴えの各要件検討・条文の適示		3	
知れたる債権者に対する個別の催告漏れの認定・条文適示		2	
債権者保護手続違反と無効事由		2	
あてはめ・結論		4	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

商法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 出題趣旨

設問1は、基本論点である、定款による株主総会の議決権の代理行使の資格制限の可否について、理解の深さを問う問題である。問題の所在を正確に理解しているか、法律、定款、事実が混同していないか、議決権行使と代理行使を混同していないか等、普段の勉強での理解度・精度が試される。予備試験・司法試験では、最終的に、「答案に」「適量で」「正確に」記述することが求められているわけであるから、表現が正確でなかったり、分量が適切でなかったりした答案は、一度立ち止まって、基本論点の準備・用意の仕方を見直した方がよい。また、上記論点は、株主総会決議取消訴訟の中で論じるため、裁量棄却などの他の要件を一つも落とさず検討できたかで差がつく。

設問2は、2つの主体について法的措置を検討させるため、事務処理能力（時間配分、全体のバランス等）の差で点差がつく問題になっている。途中答案は、法曹に求められる事務処理能力が欠如していると判断されるため、なぜ途中答案になってしまったか分析し、徹底的に訓練しなければならない。また、本問は、実務上大切だが、受験生が敬遠しがちな債権者保護手続きについて、条文の構造及び基本的な理解を問う問題となっている。準備が不十分だったものは、これを契機として、最低限の準備をしてもらいたい。

第2. 設問1について

(1) 全体のポイント

枠組みとしては、株主総会決議の取消しの訴えの可否が問う基本的な問題である。

「株主」であること、出訴期間、取消事由、裁量棄却等のすべての要件に点数があるため、これらを一つも落とすことなく網羅できたか確認してもらいたい（答案上に示さなければ点が入ることはない）。また、条文の引用の数・仕方でも実力差がでるだろう。例えば、取消事由は、831条1項各号に列挙されているが、同1号の中でも、今回の取消事由が、「招集の手続」又は「決議の方法」なのか、「法令」違反又は「定款」違反なのか、答案上に特定・明示する必要がある。

(2) 定款による議決権代理行使の資格制限の可否【百選（第2版）34事件】

ア 問題の所在

まず、株主は、代理人によってその議決権を行使することができる（会社法310条1項）という条文を提示し、それを定款で制限できるかという問題の所在を示すことになる。ここで法律と定款を混同していたり、曖昧になっていたりすると、スタートラインに立たない。

次に、定款で制限できるとしても、その効力が及ぶか否か、すなわち本件代理人による議決権行使が有効にならないかという問題が生じる。ここでは、定款自体と事実行為の話をも混同していないか確認してもらいたい。

イ 定款による議決権代理行使の資格制限（株主限定）

法310条1項の趣旨は、株主の最も重要な権利である議決権行使の機会を保障する点にあるから、定款により議決権の代理行使を専ら禁止することは認められない。しかし、代理人資格を当該会社の「株主」に限る旨の定款は、総会が株主以外の者により攪乱されることを防止するという合理的理由に基づく相当程度の制限として有効とされる。かかる定款は実務上も多く見かけるが、これは定款自体の適法性・有効性の問題といえる。

もともと、議決権行使は、株主の最も重要な権利であることから、代理人が非株主という理由だけで、すべての議決権代理行使が拒まれることになる、行き過ぎた制約となる。そこで、非株主が議決権行使をする場合であっても、個別具体的な事情に照らして、定款に基づく会社の対応が、その株主の総会参与権を事実上奪っているに等しい場合には、当該定款の効力を及ぼすべきではなく、会社は当該代理人の議決権行使を拒めないと解される。なお、この点は、会社の事実上の取扱いが適法かという問題であり、定款自体の適法性・有効性とは別次元の問題であることに注意が必要である。

なお、本問は、法人である株主が、その代表者の指示を受けた従業員を代理人として派遣して議決権の代理行使をしたことの有効性が争われた事案で、そのような場合は、攪乱の恐れが低いため、代理人を株主に制限する定款の効力は及ばず、当該議決権行使が有効であると判示した判例を参考に出題している【最判昭和51年12月24日民集30巻11号1076号、百選（第2版）39事件】。

(3) 裁量棄却（831条2項）

召集の手続き又は決議の方法が法令又は定款に違反する場合、必ずしも取消しが認められるわけではなく、裁量棄却の検討が必要になる（検討の落としは、絶対に避けたいところである）。裁量棄却するには、「違反が重大でなく」かつ「決議に影響を及ぼさないものであるとき」といえる必要があるが、裁量棄却を認めない場合には、論理的にはどちらか一方を充たさないと書けば足りる。なお、念のため、認めない場合でも、両方の要件に触れている答案も散見されるが、条文のロジックに反するような記載はしないように注意すべきである。

第3. 設問2について

(1) 全体のポイント

まず、設問をみると、株主C社と丙が、本件吸収合併の効力を争うことができるか、「それぞれ」論じなさいとなっていることから、両方の検討が求められている。片方しか検討できなかった答案は、致命傷になる。設問の読み間違えが本試験で最も怖いミスである。これは全科目で共通する。設問にマーカーを引いたり、2回読んだりするなど、各自対策を練ってもらいたい。

また、本問は、2つの主体の法的措置を検討させるため、メリハリを付けないと途中答案になる可能性が高い。過去の本試験を見ても、同じような事務処理能力が問われる問題は多く、こうした問題で途中答案等になり、涙を吞んだ受験生は少なくない。時間と答案の記載量は、すべての受験生にとって平等である。合格している答案や参考答案がどのようにしてメリハリをつけているのか大いに分析してもらいたい。

さらに、本問は、本試験でも焦点があたる可能性がある債権者保護手続きについて論じることが求められている。債権者保護手続きは、択一の基本的な知識である。なお、仮に十分に勉強していなかったとしても、条文に食らいつく意識が大切であり、その意識があれば、最低限の答案は書けるはずである。

(2) 吸収合併無効の訴え

主体、出訴期間等の各要件を検討できているか、条文を引用できているか、また、基本論点である無効事由の論証を正確かつ端的に書けたかを確認してもらいたい。ここで、明文がないという問題の所在（解釈のスタート）を示していなかったり、理由が抜けていたり、規範が正確でなかったり、三段論法でなかったりした答案は、準備の仕方を大きく見直す必要がある。すべて、事前に準備できる事柄である。

(3) 無効事由と取消事由の関係

本件は、設問1との整合性も問われている。設問間が関連する問題は、司法試験でも頻繁にでているところであるから、常にその意識を持つことを忘れないようにしてもらいたい。

なお、設問1で、吸収合併の決議の取消訴訟（取消事由）を検討した場合、設問2では、決議が遡及的に無効であるとして、総会決議がないことが無効事由にあたるかという形で検討することも考えられるが、正確にいうと、問題文には取消訴訟が認められた旨の事実はないわけであるから、決議の取消事由が無効事由になるかという問題提起の方が適切である。

もっとも、いずれにしても、法律関係の早期安定を目的とする取消訴訟の出訴期間の定めに対して、一定の配慮を示す必要があるだろう。

(4) 債権者異議手続き

ア 債権者異議手続きは、実務上重要な手続きであるから、この点に焦点があたる問題が出ていても不思議ではない。また、択一でも重要知識でもあるから、今回の問題を契機として、789条等を精読し、その手続、要件、効果をしっかり理解してもらいたい。

イ 趣旨

吸収合併では、消滅会社の権利義務のすべてを存続会社が包括的に承継するため、合併の一方当事者の財務状況が悪いと、他方当事会社の債権者の債権回収可能性が低下し、その利益が害されるおそれがある。債権者保護手続きは、債権者がそのような不測の損害を受けないようにするための制度である。かかる趣旨からわかるように、各当事会社の財産変動がない、株式交換等では、債権者保護手続きは存在しない。また、債権者から異議がでたとしても、当該吸収合併が「当該債権者を害さない場合」には、弁済等の対応をする必要がないとされている点にも注目である（789条5項ただし書）。

本件の無効事由の検討にあたっては、形式的な違反だけでなく、上記趣旨との関係で瑕疵の重大性を検討すると説得力のある答案になる。

ウ 「知っている債権者」

789条2項は、官報公告の他、「知っている債権者」に対しては格別にこれを催告しなければならない規定している。この「知っている債権者」とは、債権者が誰か、またどのような原因に基づく請求権かの大体が会社に知られている債権者をいう。

本件では、取引相手の債権者であるから、これに当たることは明らかであるが、理解をアピールするためにも、認定はしておきたいところである。

第4. おわりに

各自、自身が答案に書いた条文をマーカーし、その数や正確性を参考答案と比較してもらいたい。また、本問は、すべての請求において、要件をフルに検討していたのでは、時間と記載量が足りなくなるはずである。会社法は、民法等と比して、請求が限られているので、主要な請求については、事前に短い記載で要件を網羅する記載方法を研究してストックしておくことを勧める。その意味で、参考答案の分析が重要である。

【参考文献】

- ・最高裁昭和43年11月1日 百選32（第2版）
- ・最高裁昭和51年12月24日 百選39（第2版）
- ・株主総会ハンドブック 第2版 商事法務
- ・株式会社法 第5版 江頭憲治郎
- ・リーガルクエスト 第2版, 有斐閣

以 上

2020年3月22日

担当：弁護士 丸山 彬