

[民事系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、35：40：25])

次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

1. A及びBは、Cから、加工食品の製造業及び卸売業を営む甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立するので、協力してほしいと頼まれた。そこで、甲社の設立に際し、Aは、唯一の発起人となるとともに、甲社の設立に際して発行される株式の一部を引き受け、出資の履行として1200万円を払い込み、Bは、発起人とならなかったが、残りの株式を引き受け、出資の履行として1800万円を払い込んだ。
2. Aは、甲社の設立手続を進める上で、当初の1か月間は、設立事務を行う事務所と設立事務を補助する事務員が必要であると考えた。そこで、Aは、Dから、平成23年5月9日、「甲社発起人A」の名義で、事務所用建物を、賃貸期間を1か月に限り、賃料を後払いで60万円とする約定により賃借した。また、Aは、同月12日、「甲社発起人A」の名義で、Eを、設立事務を補助する事務員として、期間を1か月に限り、報酬を後払いで40万円とする約定により雇用した。なお、当該賃料及び当該報酬は、相場に照らし、いずれも適正な金額であった。
3. Aは、Fとの間で、平成23年5月13日、「甲社発起人A」の名義で、成立後の甲社の事業に用いる目的で、食品加工用の機械（以下「本件機械」という。）を、甲社の成立を条件として、本件機械の引渡し及び代金の支払の期日をいずれも同年7月29日とし、代金を800万円とする約定により、甲社がFから購入する契約（以下「本件購入契約」という。）を締結した。
4. 平成23年6月14日、甲社の設立登記がされた。公証人の認証を受けた甲社の定款には、設立費用については「設立費用は80万円以内とする。」との記載のみがあり、また、甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けることを約する契約については記載がなかった。なお、当該設立費用については、裁判所の選任した検査役の調査等の必要な手続を経ている。  
甲社は取締役会設置会社かつ監査役設置会社であり、甲社の代表取締役はCである。甲社の設立時の株主は、A及びBの二人のみであり、甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれも、40%はAが、60%はBが、それぞれ保有している。甲社の純資産額は、設立後、数か月の間、3000万円を超えることがなかった。
5. 甲社は、Fから、平成23年6月16日、本件機械について代金として50万円を追加するように要求されるとともに、この要求に応じないのであれば、本件購入契約の有効性を問題とし、本件機械の引渡しに応じないと主張された。

[設問1]

- (1) Aは、Dに対して上記2の賃料60万円を、Eに対して上記2の報酬40万円を、いずれも支払っておらず、甲社は、その成立後、直ちに、D及びEから、これらの支払を求められた。この場合において、甲社がこれらの支払を拒否することができるかどうかについて、判例の立場及びその当否を検討した上で、論じなさい。
  - (2) 甲社の代表取締役Cは、本件機械が甲社の事業活動に不可欠であったことから、上記5のFの要求に応ずることもやむを得ないが、できれば代金を追加して支払うことなく本件機械の引渡しを受けたいと考え、平成23年6月20日頃、その旨を弁護士に相談した。当該弁護士の立場に立って、本件購入契約に関する会社法上の問題点について論じた上で、それを踏まえつつ、甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手続について、検討しなさい。
6. 平成27年12月、甲社の取締役会は、甲社と取引関係があった加工食品の小売販売業を営む

乙株式会社（以下「乙社」という。）が経営不振に陥り、乙社から援助を求められたことを受け、乙社の全ての発行済株式を取得して、乙社を完全子会社化した上で、乙社の経営を立て直すことを決定した。乙社を完全子会社化するのには、甲社の経営方針に反対する少数株主を排除するためであった。

乙社は、会社法上の公開会社であるが、金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。乙社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、その発行する株式について株券を発行する定めや単元株式数に関する定めはない。なお、乙社の定款のうち、本間に関係する定めは、別紙の1のとおりである。

7. 甲社は、乙社の株式を買い集め、乙社の発行済株式の60%に当たる6000株を取得した。乙社の取締役はいずれも乙社が甲社の完全子会社となることに賛成していたが、乙社の創業者の一族である株主Gは、乙社が甲社の完全子会社となることに強硬に反対し、甲社からの株式売却の勧誘にも一切応じない姿勢を見せていた。
8. 乙社は従業員持株制度を採用しており、乙社の従業員のうち希望者が従業員持株会に加入している。当該従業員持株会（以下「本件持株会」という。）は、平成28年3月31日の時点で、乙社の従業員20人から成る民法上の組合であり、乙社の株式を1200株取得しており、当該1200株については下記9のとおり株主名簿に株主として本件持株会の理事長であるHが記載されている。本件持株会の会員は、積立口数に応じて本件持株会が保有する乙社の株式について持分を有し、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託している。すなわち、当該1200株については、実質的には、本件持株会の会員である従業員20人が、その持分に応じて、保有していることとなる。本件持株会の規約のうち本間に関係する定めは別紙の2のとおりである。なお、本件持株会の規約の内容は適法であり、当該規約に基づく株式の信託を無効とする事由はない。
9. 平成28年3月31日の最終の株主名簿に記載された乙社の株主及びその持株数は、次のとおりであった。  
甲社：6000株、G：2000株、乙社従業員持株会（本件持株会）理事長H：1200株、I：800株
10. 甲社と乙社の取締役が話し合った結果、乙社を甲社の完全子会社とするため、乙社は、株式の併合をすることとなった。乙社の代表取締役Jは、取締役会の決議に基づき、平成28年6月1日に定時株主総会の招集通知を発した。当該招集通知には、株主総会の目的の一つが株式の併合であること、株式の併合に係る議案の概要として、①3000株を1株に併合すること、②株式の併合がその効力を生ずる日（以下「効力発生日」という。）を同年7月11日とすること、③効力発生日における発行可能株式総数を効力発生日における発行済株式の総数の4倍に当たる数とすること等が記載されていた。他方で、株主総会に出席しない株主が書面又は電磁的方法によって議決権を行使することができることとする旨は記載されていなかった。  
乙社は、当該招集通知を発した日に、上記①から③までの事項を公告するとともに、上記①から③までの事項を含む株式の併合に関する所定の事項を記載した書面を本店に備え置いた。
11. 上記10の招集通知に基づき平成28年6月20日に開催された乙社の定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、Gのほか、甲社の代表取締役Cが甲社を代表して出席し、また、本件持株会の発足以来その会員であるKが本件持株会理事長Hの代理人として出席した。Kは、その際、本件株主総会において議決権行使の代理人をKとする旨のHが作成した委任状を乙社に提出した。なお、本件持株会の会員でHに対し本件株主総会における議決権行使についての特別の指示をしたものはいなかった。
12. Iは平成27年10月1日に死亡し、Iの唯一の相続人であるLが、Iが保有していた乙社株式800株（以下「本件株式」という。）を相続した。Lは、Iの生前から、乙社の株主名簿上のIの住所においてIと同居しており、Iが死亡した後も、引き続き同所において居住してい

る。Lは、Iの生前から、Iが本件株式を保有していたことを知っていたものの、本件株式を相続により取得した後も、本件株式について株主名簿の名義書換えを請求していなかったが、I宛ての本件株主総会の招集通知を受け取った日の翌日である平成28年6月3日、乙社に対し、相続により本件株式を取得したことを証する書面を提示して株主名簿の名義書換えを請求するとともに、上記10の株式の併合に反対する旨を乙社に通知した。乙社は、同日、Lの請求のとおり株主名簿の名義書換えを行った。

本件株主総会の当日、Lは、本件株主総会の会場に現れ、入場を求めたが、乙社の受付担当者は、乙社の代表取締役Jの指示に基づき、Lが本件株主総会に係る議決権行使の基準日において株主名簿上の株主でなかったことを理由として、Lの入場を認めなかった。

13. 本件株主総会において、乙社の代表取締役Jは、株式の併合をすることを必要とする理由として、①株主への通知や配当金の支払に掛かるコストを削減するために株主の人数を減少させる必要があること、②乙社は、数年後に、会社の事業規模に合わせて資本金の額を減少する予定であり、そのためには、会社法上、発行済株式の総数を減少させる必要があることの2点を説明したが、乙社を甲社の完全子会社とした上で甲社の支援により乙社の経営を立て直すという本来の目的については説明しなかった。
14. 本件株主総会において、上記10の株式の併合の議案については、Gが反対したが、甲社及びHの代理人であるKが賛成したことにより、可決された（以下「本件決議」という。）。

〔設問2〕 Gは、本件決議の瑕疵を主張して、本件決議の効力を否定することを検討している。平成28年7月20日の時点で、本件決議の効力を争うためにGの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

〔設問3〕 上記10の株式の併合により乙社の株式を失うこととなるLの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、論じなさい。ただし、株式の併合をやめることを請求し、株式の併合の効力を否定し、又は損害賠償を請求するという手段については、論じなくてよい。

## 別 紙

### 1 乙株式会社定款（抜粋）

（なお、以下の定めは、設立時から本件株主総会の終結の時までの間、変更されていない。）

（定時株主総会の基準日）

第11条 当社は、毎年3月31日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもって、その事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とする。

（決議）

第15条 株主総会の普通決議は、法令又は定款に別段の定めがある場合のほか、出席した議決権を行使することができる株主の議決権の過半数をもって決する。

2 会社法第309条第2項に定める決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって行う。

（議決権の代理行使）

第16条 株主は、当社の他の株主1名を代理人として、その議決権を行使することができる。

### 2 乙株式会社従業員持株会規約（抜粋）

（株式の管理及び名義）

第10条 会員は、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託するものとする。

2 前項により理事長が受託する株式は、株主名簿において理事長名義とする。

（議決権の行使）

第11条 理事長名義の株式の議決権は、理事長が行使するものとする。ただし、会員は、各自の持分に相当する株式の議決権の行使について、理事長に対し、株主総会ごとに特別の指示を与えることができる。



# 表

試験科目	受験番号	フリガナ	
商法		氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会  
 講師：弁護士 宮下 俊満  
 質問：shumma\_miyashita@klo.gr.jp  
 2025.4.1実施 Aゼミ 商法

商法 1 頁

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22

商法 2 頁

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出は一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次を書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時は「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：弁護士 宮下 俊満

質問：shumma\_miyashita@klo.gr.jp

2025.4.1実施 Aゼミ 商法

商法  
3  
頁

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

商法  
4  
頁



# 表

## Bゼミ

試験科目	受験番号	フリガナ	
商法		氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会  
 講師：弁護士 宮下俊満  
 質問：shumma\_miyashita@klo.gr.jp  
 2025.5.14実施 Bゼミ商法

商  
法

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

商  
法

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出は一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時には「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：弁護士 宮下俊満

質問：shumma\_miyashita@klo.gr.jp

2025.5.14実施 Bゼミ商法

商法

商法

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

1  
設問 1

2  
第 1 小問(1)について

3  
(1) 甲社としては D 及び E の支払い請求に対し、D 及び E に対する  
4  
債務の負担は甲社の発起人が甲社の設立中に権限の範囲外の行為として  
5  
行ったものであるため甲社に債務負担の効果は帰属しないとして支払い  
6  
を拒むと主張することが考えられる。

7  
(2) 前提として設立登記前は、設立中の会社という権利能力なき社団  
8  
が存在すると考えるべきであり、実質的同一性を保ったまま会社として  
9  
設立される。そのため、発起人がその権限内でした行為は実質的には設  
10  
立中の会社に効果帰属し、会社が設立されれば当然に会社に帰属する。  
11  
そして、発起人の権限は、設立後の会社の財産的基盤が危うくなるとい  
12  
う観点から会社の設立のために法律上必要な行為にのみ及び、事実上必  
13  
要な行為については及ばないとする。

14  
(3) この点定款の記載等の法定の要件(会社法 28 条 4 号)を充足した設  
15  
立費用の限度内において発起人のした当該取引の効果は当然に成立後の  
16  
会社に帰属し取引相手方は会社に対し支払を請求できるとも考えられる。  
17  
もっともこの場合当該債務の総額が定款の記載額を超える場合につきど  
18  
の債権者が会社に請求できるかが不明確になり、結果として成立  
19  
時の会社の財産的基盤を危うくしかねないという問題が存在する。した  
20  
がって取引相手方との関係では取引の効果は発起人に帰属し、発起人は  
21  
定款記載額の限度で成立後の会社に求償できると解すべきである。  
22

23  
(4) 本件において A は甲社の設立手続を進める上で設立事務を行う事  
務所用建物を D から賃借し、また設立事務を補助する事務員として E を

1  
雇用する際に D 及び E から債務を負担しており、これは両行為とも法  
2  
律上要求されたものではないが設立のために事実上必要な行為に該当す  
3  
る。したがって発起人 A の権限の範囲外であるため設立後の甲社には債  
4  
務は帰属しないため甲社は D 及び E の請求を拒めると考える。甲社の  
5  
定款には「設立費用は 80 万円以内とする。」との記載があるが本問の結  
6  
論には影響なく、発起人 A は D 及び E に対する債務を弁済した場合に  
7  
80 万円の限度で設立後の甲社に求償できるととどまると考えるべきで  
8  
ある。

## 9 第 2 小問(2)について

10  
(1) まず本件購入契約は発起人 A が甲社のため甲社の設立を条件とし  
11  
て本件機械を F から譲り受ける旨の契約であることから財産引き受けに  
12  
該当する。財産引受については定款に必要事項を記載しなければその効  
13  
力が生じない(会社法 28 条柱書、同条 2 号)ところ本件において甲社の定  
14  
款には財産引受についての記載が存在しない。したがって本件購入契約  
15  
は定款に記載のない財産引受として無効である。この規定は設立手続に  
16  
おいて会社財産を確保する趣旨にあるが、これは会社債権者保護を図る  
17  
ためでもあるので財産の譲渡人側も無効主張をすることが可能である。

18  
(2) そこで C から相談を受けた弁護士としては甲社は発起人 A が行っ  
19  
た本件購入契約の締結を追認することで契約締結当初の代金 800 万円で  
20  
本件機械の引き渡しを F から受けるべきだと主張することが考えられ  
21  
る。この点定款に記載のない財産引受けは絶対的に無効であって、会社  
22  
財産の健全性を保つ観点から一律に追認は認められないとも考えられる。  
23  
もっとも同規制は発起人は会社の前身である「設立中の会社」の機関と

1  
2  
3  
4  
5  
6  
して成立後の会社に効果を帰属させる財産引受けを本来なし得るが濫用  
防止の趣旨で法が一定の制約を課したに過ぎない。したがって法定要件  
を充足しない財産引受けであっても発起人による無権代理行為に準ずる  
ものとして扱い成立後の会社が自己に有利と評価したときには会社とし  
て所要の手続きを踏んで追認をすることは可能であると考えられる。

7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
(3) 本件において本件機械は甲社の設立前に購入契約を締結している  
ことから甲社の成立前から存在する財産に該当し、また甲社の事業活動  
に不可欠である。また本件購入契約における代金は800万円であるのに  
対し甲社の純資産額は設立後数か月の間3000万円を超えることがなか  
ったことから本件機械は甲社の純資産額の5分の1以上の価値を有する  
財産に該当する。以上のような事情から、本件機械の購入契約の追認は  
事後設立(会社法467条1項5号)と同様の手続を経るべきであると考え  
られる。したがって甲社設立時から2年以内である平成25年6月14日  
までに甲社内において株主総会特別決議による本件購入契約についての  
承認を得る必要がある(会社法309条2項11号)。

17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
(4) 以上のような手続を踏むことによって本件購入契約は追認され、  
契約締結当初の代金800万円の支払と引き換えに本件機械の引き渡しを  
求めることができる。

## 商法 解説レジュメ

### 1. 問題の概要（平成29年民事系第2問設問1）

- ① 発起人が取引の相手方に対し設立費用について未払額を残した状態で会社が成立した場合において設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていたときの設立費用の負担（設問1(1)）
- ② 定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否等（設問1(2)）

以上2点であった。

### 2. 解答のポイント

設問1(1)については、判例は設立費用の全部又は一部が未払の状態で会社が成立した場合には、債務は、定款に記載した金額（会社法第18条第4号）の範囲で、成立後の会社に帰属し、その金額の範囲では、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができ、発起人に対しては、弁済等を請求することができないという立場を採っていることを明らかにするとともに、判例に賛成し、又は反対するいずれかの立場から、その当否を検討することが求められる。

設問1(2)については、甲社の代表取締役Cから相談を受けた弁護士の立場に立って、判例が、定款に記載がない財産引受けは、無効であり、譲渡人も無効を主張することができ、会社成立後、株主総会の特別決議をもってこれを承認しても、有効とならず、成立後の会社が追認しても、有効とならないとしていることを意識しながら、本件購入契約に関する会社法上の問題点として、定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否について、説得的に論ずることが求められる。

### 3. 採点実感

設問(1)については、判例の考えを適示しない答案が散見されたので要注意である。特に、本問では①発起人の権限の範囲と②発起人の権限の範囲内であっても定款に記載のない金額分についてはどのような権利義務関係になるか、の2点を判別して記載すべきところ、この2点を漠然と記載する回答が多かった。

設問(2)については、判例に反対する立場からは、「実質的には事後設立になっている」点に着目する必要があるが、財産引受と事後設立の違いを理解できていない答案が散見されたので注意である。

#### 4. レジюме

##### 【発起人の権限内の行為】

設立登記前は設立中の会社という権利能力なき社団が存在すると考えるべきであり、実質的同一性を保ったまま会社として設立される。そのため、発起人がその権限内でした行為は実質的には設立中の会社に効果帰属し、会社が設立されれば当然に会社に帰属する。

##### 【発起人の権限内の行為】

発起人の権限は、会社の設立のために法律上必要な行為のみ認める説もあるが、取引の安全に考慮し、設立に事実上・経済上必要な行為も権限内の行為であるとする。

なお、開業準備行為は権限外の行為であるとする。

##### 【設立に関する行為】

・ 設立を直接の目的とする行為 定款の作成、株式の引受け・払込みに関する行為、創立総会の招集など	発起人がなしうることに争いはない
・ 設立のために必要な行為 ア 定款認証手数料・印紙税、払込取扱機関に支払う手数料・報酬、検査役の報酬、設立登記の登録免許税 イ ア以外の設立費用： <b>設立事務所の賃料、設立事務員の給料</b>	アは 28 条 4 号かっこ書で定款に記載する必要はないとされている。 イは、28 条 4 号により、定款にその額（ <b>総額を記載すれば足りる</b> ）を記載し、検査役の調査（33 条 1 項）を受けることが必要である（変態設立事項）。
・ 財産引受け	28 条 2 号により、定款に必要事項を記載し、検査役調査（33 条 1 項）を受ける必要がある。
・ 開業準備行為 会社が成立後にすぐに事業を行えるように、土地・建物等を取得、原材料の仕入れや製品の販売ルートを確立しておく、宣伝広告等の行為。	財産引受けの条文を類推すべきという説もある。しかし、 <b>事業資金の借入れや、雇入れ等の相当性を検査役が調査することを法は予定していない。したがって権限外の行為とすべき。</b>

### 【開業準備行為の追認（設立後の一部弁済等）】

設立後の会社が開業準備行為の効果が自社に帰属することを前提にした行動をとった場合にはその際に発起人がなした開業行為と同内容の契約が黙示的に締結されたと考えるべきであり設立後の会社に効果帰属するという説もある。

しかし、設立時の会社財産の基礎を保護するため、開業準備行為は検査役による調査になじまないことから、発起人の権限外の行為と考える以上、追認を認めることは妥当ではない。

禁反言や取引の安全よりも、設立時の会社財産の基礎を優先すべきである。

### 【設立費用の定款記載額（28条4号）をオーバーする場合】

定款記載債額の範囲でのみ、設立後の会社へ請求できるとする説もある。

しかし、これでは会社債権者はどちらがどれだけ請求できるかわからず、定款所定の額を上回る場面では法律関係が複雑になってしまう。

したがって、定款記載の額を超えるかどうかにかかわらず、発起人の権限内の行為ならば、成立後の会社に帰属すると考えるべきである。

## 最優秀答案

回答者 K・Yさん

### 第1 設問1 小問(1)について

1 D及びEはAと契約を締結しているため、この契約の効力が甲社に帰属するのかが問題となる。

(1)ア 設立中の会社には権利能力が認められないことから(会社法(以下略)49条)、D及びEとの契約の効力は甲社に及ばないように思える。しかし会社は登記によって一挙に成立するのではなく、登記がなされるまでに徐々に実体を備えていくものであるから、設立中の会社と成立後の会社は実質的に同一の存在であるといえる。そして発起人は設立中の会社の機関として活動するから、発起人がこの権限の範囲内で行った取引の効力は、実質的には会社に帰属し、成立後は会社はその効力が及ぶと解する。

次に、発起人の権限の範囲が問題となるが、開業準備行為と事業行為を明確に区別することが困難なことや取引の安全を害することから設立に必要な行為に限られ、開業準備行為は含まれないと解する。

イ 設立事務は会社の設立に不可欠なものであり、設立事務を行う事務所を設立事務を補助する事務員を内容とするDとの賃貸借契約とEとの雇用契約は設立に必要な行為といえる。

(2) もっとも、甲社の定款には「設立費用は80万円以内とする。」との記載があるため、上記2つの合計額は100万円であることから、この場合でも契約の効力が甲社に及ぶのかが問題となる。

ア この点、設立費用を定管に記載することを求めた(28条4号)趣旨は会社の財産的基盤を害することを防止することにあるから、定款記載の額に限り、会社に効力が及ぶと解する。判例も定款記載の額に限り会社に効力を及ぼしている。そして、基準の明確性から、契約の先後によって判断する。

イ 本件についてみると、Dとの契約が平成23年5月9日に締結されており、Eとの契約は平成23年5月12日に締結されている。このことから、Dの契約が先行している。

2 したがって、Dへの支払を甲社が拒否することはできない。Eへの支払は、Dへの支払を除いた残額である20万円は甲社に効力が及ぶため支払を拒否することはできないが、残りの20万円については拒否することができる。

## 第2 設問1 小問(2)について

1 本件購入契約は、甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けるものであり、財産引受け(28条2号)にあたるため、甲社の定款には財産引受けについての記載はないため、甲社へ効力が及ぶのかが問題となる。

(1) 財産引受けは定款に記載がない場合には効力を生じない(28条柱書き)。そして厳格な条件を課していることから(28条、33条)常に無効であり、追認は認められない。

(2) もっとも、事後成立(467条1項5号、309条2項11号)の手続きにより改めて契約を締結することで本件機械の引渡しを受けることができる。

2 したがって、代金50万円を追加することになるが、株主総会の特別決議(309条2項11号)を経ることで本件機械の引渡しを受けることができる。

以上

表

試験科目
商法

最優秀答案 K・Yさん

第(設問)(小問)(1)(2つまで)

1 D及びEはAと契約を締結しているため、この契約の効力が甲社に及ぶ  
かどうか問題となる。

(1) 甲設立中の会社には権利能力認めらるることから(会社法(以下略)  
49条)、D及びEとの契約の効力は甲社に及ぶように思われる。しかし  
会社は登記によって一季に成立するのではなく、登記が行われてから  
除々に実体を備えていくものであるから、設立中の会社と成立後の会社  
は実質的に同一の存在であるといえる。よって発起人は設立中の会社の  
機関として活動するから、発起人としての権限の範囲内で行った取引  
の効力は、実質的には会社に向けられ、成立後は会社はその効力を  
及ぶと解する。

次に、発起人の権限の範囲が問題となるが、開業準備行為と事業  
行為を明確に区別することから困難なところ取引の安全を容れようとする  
以上には必要行為に限られ、開業準備行為は含まれると解する。

1 設立準備は会社の成立に不可欠なものであり、設立準備を行う事務所を  
設立準備を補助する事務員を内容とするDとの貸借借受契約とEとの  
雇用契約は設立に必要行為といえる。

(2) もともと、甲社の定款には「設立費用は80万円以内とする」との記載が  
あるため、上記2つの合計額は100万円以内であることから、この場合でも  
契約の効力が甲社に及ぶの問題となる。

ア この点、設立費用を定款に記載することを求めた(28条4号)  
趣旨は会社の限定的形態を容れようとする目的であることにあるから、

定款記載の範囲限り、会社に支払能力が及ぶと解する。判例も定款記載の範囲限り会社に支払能力を及ぼしている。として、基準の明確性から、契約の先後によって判断する。

1 本件についてみると、Dとの契約が平成23年5月9日に締結されており、Eとの契約は平成23年5月12日に締結されている。このことから、Dの契約が先行している。

~~2~~ したがって、Dへの支払を甲社が担保するとはできない。  
Eへの支払は、Dへの支払を除いた残額である208円は甲社に支払能力及びたため支払を担保するとはできない。<sup>判例</sup>208円については担保するとはできない。

## 第2 段 問1 小問(2)について

1 本件購入契約は甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けするものであり、財産引受け(28条2号)にあると23、甲社の定款には見直し引受けについての記載はないため、甲社へ支払能力及ぶのかは問題となる。

(1) 見直し引受けは定款に記載がない場合は支払能力がある(28条不主義)。として取捨存続を採っていることから(28条、33条)命(支払能力)は認められない。

(2) もっとも、~~判例~~事後設定(467条1項5号、309条2項11号)の手続きにより既に改めて契約を締結することで本件不執行の引受けを履行するとはできない。

2 したがって、代金50円を返済するとは認められ、不主義違反の特例

59 決議(309条2項(1号)を程序2で本件職務の引渡しを返すこと  
46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64  
47 以上