

平成29年司法試験再現答案

民事系科目

第2問 商法

整理番号	ランク
1	C
2	A
3	A
4	A
5	A
6	B
7	C
8	B
9	A
10	B

再現答案(商法)

設問 1(1)

1. D は、A との間で「甲社発起人 A」の名義で、設立事務を行うための事務所用建物を賃料 60 万円で賃貸するという賃貸借契約を締結し、当該契約に基づく賃料 60 万円の支払を甲社に請求している。E は、A との間で「甲社発起人 A」の名義で設立事務を補助する事務員として雇用契約を締結し、その報酬 40 万円の支払を甲社に請求している。

そこで、AD 間の賃貸借契約及び AE 間の雇用契約の効果が甲社に帰属するかが問題となる。

2. 判例によれば、発起人が設立のため締結した契約の効果は、「設立に関する費用」(会社法(以下、法典名省略)28 条 4 号)として定款(26 条 1 項)に記載されている範囲内に限り会社へ帰属し、上記範囲を超える部分は会社へその効果は生じず、発起人のみが履行責任を負うこととなる。

本件では、上記賃貸借契約及び雇用契約は甲社の設立のために締結されたものであるから、賃料 60 万円及び報酬 40 万円は「設立に関する費用」に当たる。そして、甲社定款には、「設立費用は 80 万円以内とする。」との記載がある。そうすると、甲社には、上記契約のうち 80 万円以内の効果が及び、その履行責任を負うこととなる。

しかし、本件では、D に対する賃料支払額は 60 万円、E に対する報酬支払額は 40 万円と合計 80 万円を超えるが、個々の支払額は 80 万円を超えていない。そこで、いかなる範囲で甲社は責任を負うこととなるかが問題となる。

3.(1) まず、契約締結の先後によって会社の履行責任を負う相手方を決するという考え方がある。しかし、この考え方であると、契約締結の先後という偶然の事情により履行責任を負う者が異なることとなり、相手方の取引の安全を害することになるから妥当でない。

(2) 次に、個々の支払額が定款記載の設立費用の金額を超えない限り、全て会社が履行責任を負うとの考え方がある。これによれば、相手方の取引の安全を害することにはならない。しかし、28 条の趣旨は会社の財産的基礎を確保する点にあるところ、個々の支払額が定款記載の設立費用の金額を超えない限り、全て会社が履行責任を負うとすれば、会社の財産的基礎を危うくするおそれがあり、28 条の趣旨に反する。したがって、上記考え方は採り得ない。

(3) そこで、会社は設立費用の範囲内でのみ責任を負い、相手方は支払額で按分した金額を会社へ請求することができるとの考え方がある。この考え方であれば、相手方の取引の安全を害することとならないし、会社の財産的基礎が害されるおそれもない。そのため、本件では、この考え方に従い甲社は D に対して 48 万円の支払義務、E に対して 32 万円の支払義務を負うと解する。

設問 1(2)

1. 甲社は、F に対し、本件購入契約に基づき、本件機械の引渡を請求することができるか。本件購入契約は、A が F との間で、「甲社発起人 A」の名義で、締結されたものである。そ

れでは、本件購入契約の効果は甲社に及ぶか。

2. 本件購入契約は、成立後の甲社の事業に用いる目的で、甲社の成立を条件として締結されたものである。そして、本件購入契約は本件機械を目的物とする。そうすると、本件機械は、「株式会社の成立後に譲り受けることを約した財産」(28条2号)に当たる。そのため、本件購入契約の効力は、定款に記載がない限り甲社に及ばない(28条柱書)ところ、本件では定款に28条2号所定の記載がないから、上記契約の効力は甲社に及ばない。したがって、現在のままでは、甲社は、Fに対し、本件購入契約に基づき本件機械の引渡しを請求することはできない

そこで、甲社は、定款を変更して28条2号所定の事項を甲社定款に記載することにより、Fに対し、代金を追加して支払うことなく本件機械の引渡しを請求することができる。

3. また、甲社が定款を変更しない場合、本件購入契約の効力は甲社に及ばないが、Aとの関係では本件購入契約は有効に成立している。そこで、Aが、Fに対し、本件機械の引渡しを請求し、その後、Aが甲社に対し本件機械を賃貸ないし譲渡することによって、甲社は本件機械の引渡しを受けることができる。

設問2

1. Gは、本件決議の取消しの訴え(831条1項)を提起することが考えられる。Gは乙社「株主」であるから、原告適格が認められ、また、平成28年7月20日時点では未だ提訴期間は経過していない。したがって、Gは、上記訴えを適法に提起することができる。それでは、本件決議に取消事由が認められるか。

2. Kによる議決権行使について

(1)ア Kは、本件持株会理事長Hの代理人として、本件持株会が保有する1200株の議決権を行使している。本件持株会が保有する1200株は、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。そして、Kは本件持株会の会員であるから、上記1200株をその持分について保有している。

乙株式会社定款(以下、乙社定款という)16条は、議決権の代理行使を乙社株主に限定している。そこで、乙社株式の持分しか保有していないKが、Hの代理人として議決権を行使したことは、乙社定款に違反するものであり、「決議の方法が…定款に違反」(831条1項1号)するとして取消事由が認められないか。

イ 議決権の代理行使を株主に限定する趣旨は、株主総会が攪乱されることを防止する点にある。そして、株式の持分しか有さない者に議決権の代理行使を許容しても、そのような者に株主総会が攪乱されるおそれはなく、上記趣旨に反しない。そこで、株式の持分しか有しない者に議決権の代理行使を認めることも、議決権の代理行使を制限した定款の規定に反しないと解する。

したがって、本件でKによる議決権の代理行使は乙社定款16条に反せず、取消事由とはならない。

(2)ア 上記の通り、Kが議決権を代理行使した1200株は、本件持株会の会員が持分に応じ

て保有している。そして、乙株式会社従業員持株会規約(以下、本件規約という)11条において、本件持株会の保有する株式の議決権は理事長が行使するものと定められている。そうすると、本件持株会の理事長 H は、上記 1200 株の「権利を行使する者」として、乙社に「通知」されているといえる(106 条本文)。

それにもかかわらず、本件決議において、H ではなく K がその代理人として議決権を行使している。そこで、この議決権行使は、106 条本文に反し、「決議の方法が法令…に違反」(831 条 1 項 1 号)するものとして取消事由とならないか。

イ 106 条本文の趣旨は、株式の共有者に権利行使の機会を確保する点にある。そうすると、権利行使者から権利行使の委任を受けた者の権利行使を許すことも上記趣旨には反しない。そして、権利行使者は、株式の共有者から指定されているから、分別のある者であることが一定程度担保されているといえる。そこで、権利行使者が第三者に権利行使を委任することを許容しても、株式の共有者に不測の損害を生じさせるおそれは小さい。

したがって、権利行使者たる H が K に議決権行使を委任させたことは、106 条本文に反せず、取消事由とならない。

3. L の議決権不行使について

(1) L は、本件株主総会に係る議決権行使の基準日(乙社定款 11 条)において株主名簿上の株主でなかったことから、入場が認められなかった。もっとも、L は、I の死亡により、乙社株式 800 株を相続した(民法 896 条)者である。そして、I は、上記基準日に株主名簿上の株主であった。そうすると、L は、基準日株主である I の地位を承継したのであるから、本株主総会に出席し、議決権を行使することができたとして「決議の方法が法令に…違反」する取消事由が認められないか。

(2) 124 条 1 項の趣旨は、多数の変動する株主の権利行使について画一的に処理するという会社の便宜を図る点にある。そして、相続により基準日株主の地位を承継した者であっても、名簿書換えを懈怠した者について会社の事務処理の便宜より優先的に取り扱うべき必要性はない。そこで、基準日後に基準日株主の地位を相続したという特段の事情のない限り、基準日株主の地位を相続した者についてその権利行使を認めないことも許されると解する。

本件株主総会の基準日は平成 28 年 3 月 31 日である一方、I が死亡したのは平成 27 年 10 月 1 日である。そうすると、L は、名簿書換えを行う余裕があったにもかかわらずそれを懈怠したものといえる。したがって、乙社が L の本件株主総会への入場を拒んだことは適法である。

したがって、L の議決権不行使は取消事由とならない。

4. J の説明義務違反

取締役は、株主総会において説明義務を負う(314 条本文)ところ、乙社代表取締役 J は、株式の併合の本来の目的について説明していない。そのため、J には上記義務違反が存するとも思える。しかし、取締役の説明義務は、株主から具体的な質問がなされた場合に初めて発生するものである。そして、本件では、乙社株主から一切の質問は出ていない。そうする

と、Jに説明義務は発生しておらず、その結果、当該義務違反も存しない。したがって、これは取消事由とならない。

以上より、本件決議に取消事由は認められず、Gによる上記訴えは認められない。

設問3

Lは、乙社に対し、株式買取請求を行い、800株を「公正な価格」で買い取ることを請求することが考えられる(180条の4第1項)。株式買取請求は、「反対株主」が行うことができる。Lは、前記の通り、基準日株主ではないから、本件株主総会において議決権を行使することはできなかった。そうすると、Lは、「議決権を行使することができない株主」(同条2項2号)に当たり、「反対株主」に当たる(同条1項)

したがって、Lは、乙社に対し、株式買取請求を行うことができる。

商法 再現答案

設問 1

小問(1)

(1)A は甲社の設立前に甲社を代表して、D との間で事務所用建物の賃貸借契約を締結し、E との間で設立事務の補助員として雇用契約を締結した。そこで、かかる契約における効果帰属主体たる当事者が発起人たる A なのか、甲社なのかが問題となる。

この点については、契約を締結した者の意思を合理的に解釈して判断すべきである。そして、本件では「甲社発起人 A」名義で契約が締結されており、また、DE の契約は甲社の設立のためのものである。これらの事情によると、上記契約の当事者は A ではなく、甲社であると考えるのが合理的である。

(2)もっとも、契約時は甲社は設立前であったから、かかる契約の効果が甲社に効果が帰属するか。いわゆる設立中の会社の考え方が問題となる。

会社は登記により設立してはじめて法人格を取得するから（会社法 49 条）、設立中の会社は権利能力なき社団である。したがって、原則として設立中の会社は権利義務の帰属主体とはならない。

とはいえ、会社は設立手続きの過程を経て登記をもって当然に法人格を取得するに過ぎず、設立中の会社と設立後の会社は経済的に同一である。そうすると、設立中の会社を契約当事者とする契約の効力は、設立後の会社には効果が帰属すると考える。

本件においては、上記契約の当事者は設立中の甲社であるから、設立後の甲社にかかる契約の効果が帰属する。

(3)そうだとすると、A は甲社を本人とする代理人として契約を締結したのであり、代理権の範囲内で行った行為しか甲社に効果が帰属しない。そこで、A が D 及び E と契約を締結した行為は発起人たる A の権限の範囲内か。

この点について、判例は、発起人の権限は会社設立のために直接必要な行為、すなわち設立に法律上・経済上必要な行為であるとし、いわゆる開業準備行為は発起人の権限の範囲外であるとしている。

(4)では、かかる判例の立場は妥当か。この点については、発起人は会社が設立するまでの手続等を行うのであるから、会社設立のために法律上・経済上必要な行為は発起人の権限の範囲内と考えるべきである。また、開業準備行為まで発起人の権限の範囲内と考えると、設立後の会社が多額の債務を負うことになるが、設立後の会社は財産基盤が不安定なため、その基盤を確保する必要がある。したがって、開業準備行為は発起人の権限の範囲外であると考えべきであり、故に、判例の立場は妥当である。

本件においては、A は D から甲社の設立手続を行うための事務所を賃借しているのであるから、かかる契約は設立のために経済上必要な行為である。また、A は E を甲社設立のための事務員として雇っており、これは設立のために経済上必要な行為であるから発起人 A

の権限の範囲内である。よって、A が D 及び E と締結した契約は甲社に効果が帰属する。

(5) そうだとしても、甲社の定款には設立費用が 80 万円以内と記載されているが、D 及び E への支払債務は合計 100 万円であるから、定款起債額を超えている。そこで、定款起債額を超えた設立費用についても、設立後の会社である甲社は債務を負うかが問題となる。

この点について、判例は設立後の会社は定款記載額までの範囲でしか責任を負わないとして、定款記載額を超えた額については発起人にしか請求することができないとしている。

しかしながら、発起人の権限の範囲内である行為である以上、定款の記載により発起人と契約した相手方が設立後に請求することができる債権の範囲が異なると取引の安全を害するので妥当でない。他方で、会社法 28 条によると設立費用等は定款に記載することが要求されているが、これは設立後の不安定な財産的基盤を確保することを趣旨としている。そこで、発起人の権限の範囲内の行為については、契約の相手方は定款記載額に関わらず債権を請求することができ、定款記載額を超えた分については設立後の会社と発起人との内部求償の問題として処理するべきであると考ええる。

本件においては、前述の通り、D 及び E との契約は発起人 A の権限内行為である以上、定款記載額に関わらず甲社は D 及び E からの支払請求を拒むことはできず、定款起債額を超えた 20 万円については甲社が A に求償することができるに過ぎない。

(6) よって、甲社は D から賃料 60 万円の支払請求及び E からの報酬 40 万円の支払請求を拒むことはできない。

小問 (2)

(1) A は甲社の成立前に F との間で本件購入契約を締結しているが、かかる契約は設立後の甲社に効果が帰属するか。いわゆる財産引受けが発起人の権限の範囲かが問題となる。

(2) 小問(1)で述べた通り、発起人の権限は法律上・経済上設立に必要な行為であるから、いわゆる開業準備行為である財産引受けも本来は発起人の権限の範囲外である。しかしながら、会社法 28 条 2 号によると、本来は発起人の権限の範囲外であるはずであるが、その実質上の必要性から、定款に記載されることを条件として財産引受けも発起人の権限の範囲内であるとしている。したがって、定款に記載されない財産引受けは無効であると考ええる。

(3) 本件においては、本件購入契約は財産引受けであり、甲社の定款にはその記載がないから、本件購入契約は原則として無効である。

(4) では、甲社はかかる本件購入契約を追認することができるか。この点について、判例は財産引受けの追認を認めていない。なぜなら、追認は既成事実流されやすく、設立後の会社の財産的基盤を不安定にするし、厳格な事後設立規定（会社法 467 条）を潜脱することになるからである。

(5) もっとも、甲社は本件購入契約を維持したいとしており、新たに F との間で本件機械の購入契約を締結すると追加代金 50 万円が上乗せされた代金額で売買契約が締結されることになるが、甲社は従前の本件購入契約の代金額を維持したいと思っている。そこで、この

ような甲社の要望に応えるためにはどのように考えるべきか。

(6)判例は追認を否定しているが、事後設立規定を準用した上で肯定すべきである。なぜなら、このように考えると、事後設立規定の趣旨を潜脱することにはならないし、厳格な事後設立規定を準用するのだから既成事実には流れやすくなり、会社財産を不安定にするというおそれもないからである。また、追認を認めなくとも新たな契約を締結すれば足りると思われるが、従前の有利に運べた契約を維持したい場合もあるから、追認を認めるべき場合もあるからである。

(7)本件においても、甲社は本件購入契約を会社法 467 条の規定に従って追認することで、甲社は従前の本件機械の購入代金を維持することができ、追加代金を支払う必要がない。よって、本件購入契約を追認し、会社法 467 条の手續規定を準用して株主総会の特別決議を行うという方法を採用すべきである。

設問 2

1 K が本件持株会理事長 H の代理人として議決権を行使した点について

(1)G は本件決議の効力を否定したいので、本件決議の取消しの訴え（会社法 831 条 1 項）を提起して、本件決議の効力を争うことが考えられる。

では、本件持株会理事長 H の代理人として K が議決権を行使したことは取消事由たる瑕疵に当たるか。乙株式会社定款 16 条は議決権の代理行使を禁止していることから問題となる。

(2)まず、このように議決権の代理行使を禁止する定款の定めが会社法 310 条に反し無効ではないかが問題となる。この点については、会社法 310 条の趣旨は株主の重要な権利である議決権行使の機会を確保することにあるから、合理的な理由に基づいて株主のかかる議決権に相当な制限を加えることは同条に反せず許されると考える。

そして、議決権の代理行使を株主に限定する定款の趣旨は、会社にとって好ましくない者が株主総会に参加して総会をかく乱することを防ぐことにあり、このような目的は合理的な理由に基づいている。また、議決権の代理行使を一切禁止するのではなく、株主であれば代理行使を認めているのであるから相当な制限であるといえる。したがって、かかる定款は会社法 310 条の趣旨に反せず有効である。

(3)本件においては、乙株式会社定款 16 条の目的は乙株式会社にとって好ましくない者が議決権を行使することを防ぐことにあり、合理的な理由であるし、株主であれば議決権の代理行使ができるから相当な制限である。したがって、かかる定款は会社法 310 条に反せず、有効である。

(4)そうだとすると、本件の決議において株主でない K が議決権の代理行使することにつきかかる定款を適用するのは妥当か。

前述の通り、議決権の代理行使を株主に限定する定款の趣旨は会社にとって好ましくない者が議決権を行使することを防ぐことにある。そうすると、例え乙社の株主でなくとも

株主総会をかく乱するおそれがない者に議決権の代理行使を認めてもかかる定款の趣旨に反せず、許され则认为る。

本件においては、K は乙社の株主名簿に登録されていないので株主ではない。しかしながら、K は乙社の従業員であり、乙社の利益に反する行為を行うとは通常は想定できない。また、K は株式を他の持株会員と同様に共有しているのであり、完全に株主でないとはいえない。したがって、K は乙社の利益に反して株主総会をかく乱するおそれが小さいのであるから、K に本件決議の議決権代理行使を認めても乙株式会社定款 16 条には反しない。

(5)以上より、K が H の代理人として本件決議において議決権を行使した点については決議の方法の定款違反には該当せず、瑕疵がないので、上記乙の主張は妥当でなく認められない。

2 L に本件の株主総会への出席を認めず議決権行使を認めなかった点について

(1)L は平成 27 年 10 月 1 日に I から本件株式を相続しているにもかかわらず、議決権行使の基準日（会社法 124 条 1 項）において株主名簿上の株主でないことを理由に、L は本件株主総会への出席及び議決権行使が認められなかった。そこで、G はかかる L への対応が本件決議方法の法令違反として取消事由たる瑕疵に当たると主張することが考えられる。

(2)会社法 124 条の趣旨は、会社の事務処理上の便宜を図って基準日における株主名簿上の株主のみを株主として扱うことを認めることにある。もっとも、会社法 124 条は株式の売買等の特定承継を念頭に置いているのであり、相続による包括承継の場面では直ちに妥当しない。なぜなら、特定承継とは異なり、相続の場合には偶然の事情によって株主の変更が生じるし、相続による株式移転の場合に基準日による株主権の行使を認めないと被相続人は死亡しているから権利行使ができず、相続人は基準日株主でないから権利行使ができなくなるため権利の空白が生じるので妥当でないからである。ただし、死亡から基準日までに相当な長期間がある場合には、相続人は株主名簿書換えを会社に請求することが十分にできたのであるから、この場合には権利の空白を防ぐことが十分に可能であった以上、会社の事務処理上の便宜が優先すると考える。

(3)本件においては、L は本件株式を I の死亡を原因とする相続により所有するに至っているが、I が死亡したのは平成 27 年 10 月 1 日であり、本件株主総会の基準日は平成 28 年 3 月 31 日であり、相続から約半年程間が空いており、相当長期間が経過しているといえる。しかも、L は I が生前本件株式を所有していたのを知っていたのであるから、L は基準日までに株主名簿下書換えを乙社に請求することが十分に可能であった。したがって、乙社の事務処理上の便宜を優先させて乙社は基準日において株主名簿上に登録されていない L を株主として扱わないことが許される。

(4)よって、乙社が L に本件株主総会への出席を認めず議決権行使をさせなかった点については決議方法の法令違反たる瑕疵ではないので、上記 G の主張は認められない。

3 乙社代表取締役 J が本件株主総会において株式併合の真の目的について説明しなかった

点について

(1)J は本件株主総会において、株式併合を行う理由について問題文 13 の①及び②につき説明したものの、甲社の完全子会社として甲社の支援により乙社の経営を立て直すという真の目的については説明しなかった。そこで、G はこの点につき、会社法 180 条 4 項に違反し、決議方法の法令違反であるから取消事由たる瑕疵があると主張することが考えられる。

(2)では、このような G の主張は認められるか。確かに、G は①②の理由を説明している以上、株式併合の説明義務に違反していないとも思われる。しかしながら、会社法 180 条 4 項の趣旨は、株式併合は単元未満株が生じ、議決権行使ができなくなる等、株主にとって重大な影響を受けることに鑑み、株式併合をする際には併合する理由の説明義務を特別に課すことにある。したがって、かかる説明義務は一応の理由を説明しただけでは足りず、併合を行うに至った重要な理由について説明を怠れば同項に違反することになる。そうすると、J は乙社を甲社の完全子会社にするという重要な理由について本件株主総会であえて説明していない以上、同項に違反しているといえる。

(3)よって、J が本件株主総会において株式併合の真の理由につき説明していないことは会社法 180 条 4 項に違反する取消事由たる瑕疵があり、上記 G の主張は認められる。

4 特別利害関係人たる甲社が議決権を行使した点について

(1)G は甲社は本件決議における特別利害関係人であり、甲社が議決権を行使したことで著しく不当な決議がなされたので、本件決議の取消事由たる瑕疵があると主張する（会社法 831 条 1 項 3 号）。かかる主張は認められるか。

(2)確かに本件株式併合それ自体は甲社は利害関係者ではない。しかしながら、本件の株式併合は後に行われる乙社を甲社の完全子会社化する計画の準備行為として行われるのだから、株式併合は甲社の完全子会社化と一連一体として考えるべきである。そうすると、甲社の完全子会社化においては甲社は特別利害関係人であるから、本件株式併合も甲社は特別利害関係人であると考えられる。

そして、甲社は乙社発行済株式総数の 60%もの株式を有する株主であり、甲社が議決権を行使しなかったら株式併合は否決されていたことになるから、甲社が議決権を行使した結果、著しく不当な決議が行われたといえる。

(3)よって、甲社が本件決議において議決権を行使したことは特別利害関係人により著しく不当な決議がなされた会社法 831 条 1 項 3 号の取消事由たる瑕疵に当たるから、G の上記主張は認められる。

設問 3

(1)株式併合により L の有する本件株式は単元未満株式となるから、議決権行使が制限されることになる。このように、株式分割とは異なり、株式併合は単元未満株式が生じる等株主にとって重大な影響を及ぼすことになる。そこで、このように株式併合により単元未満株式が生じ、議決権行使等ができない株主を救済する必要があるから、会社法はそう

な株主を救済する手段を用意している。

(2)まず、L は乙社に本件株式の買取請求をすることができる。この買取請求権により、L は乙社に投下した資本を回収して乙社の株主を脱退することができる。

また、買取請求により買い取ってもらう価格に不満がある場合には、L は裁判所に対して本件株式の価格を定めてもらうことができる。

以上

第一設問 / 1 = 7117

1. 小問(1)について.

(1) AがDおよびEと契約を締結した当時、甲社は設立前であった。もっとも、甲社は設立中の会社として権利能力を有し、設立後の会社と実質的に同視できると解する。そして、発起人は設立中の会社の機関であるので、発起人の権限の範囲は設立中の会社の権限の範囲と一致するものと解する。

設立事務を代行する事務所と事務員は設立のために必要であるので、発起人にAがDおよびEと締結した契約も有効である。

(2) もっとも、甲社の~~設立登記~~^{定款}には「設立費用は100万円以内とする」と旨の記載がある(会社三法(以下省略)28条4号)。~~また~~他方、DおよびEからの請求金額はこれを超える。

この点、判例は、会社は定款記載の範囲でのみ責任を負うと解している。かかる見解に照ると、DとEのどちらが早い方しか全額員の支払いを受けられないことになる。

もっとも、この見解はDとEの間で不平等が生じるのだから、発起人の無責任の危険を相対的に負わせることになり、不当である。

そこで、会社が全額員負担できず、定款の範囲を超え部分については発起人に求償できると解する。

(3) したがって、甲社はDおよびEの支払いを拒むことはできない。

2. 小問(2)

(1) 平成23年5月13日、AとFは、成立後の甲社の事業に用いる目的で、本件機械を、甲社の成立を条件として購入する

（第 問）

1 契約を締結している。これは財産引受にあたる（28条2号）。

2 もとも、甲社の定款には甲社の成立を条件として特定の財産を
3 譲り受けることと締結する契約について記載を欠く。では定款に記載
4 を欠く財産引受は無効か。

5 財産引受について定款の記載を要求する趣旨は、現物出資
6 の場合と同様、財産の^過大評価において会社財産が流出
7 して、出資者間の公平を欠くこと防止の点にある。そして、現物
8 出資の逸脱として利用される点にもある。とすれば、
9 定款に記載を欠く財産引受は無効とすると解する。

10 したがって、本件買入契約は無効ともいう。

11 (2) もとも、定款に記載のない財産引受も会社に~~無効~~有利な
12 場合がある。そして、この場合の発起人の行為は無権代理
13 と同視できる。

14 したがって、民法116条本文において、甲社は追認できると解する。

15 したがって、本件買入契約は溯及的に有効であるので、
16 甲社は本件機械の引渡しを受けることができる。

17 (3) しかし、この場合にもなお前記趣旨逸脱のおそれがある
18 ので、会社は検査役を選任しなければならない（33条）。

19 したがって、甲社は適正な額を支払わなければならない。

20 第二設問2について

21 1. 訴訟要件

22 (1) Gは株式の1件において乙社株式を1株も有している。

23 もとも、本件決議が取り消された場合、株主…とある。

1 ので、原告適格を有する(831条1項柱書後段)。

2 (2) 417 本件決議が平成28年6月20日に行われていること
3 3月という出訴期間も問題はない。

4 2. 取消事由

5 (1) まず、乙社代表取締役丁が本件決議において株式
6 併合の本来の目的について説明しなかった点について検討する。

7 取締役は決議において併合の理由を説明しなくてはなら
8 ない(180条42項)。確かに丁は理由の2について一応説明しているが、
9 同項の趣旨は株主への適切な情報提供にある点にあること、
10 2点では不十分である。

11 17から、本株決議には決議方法の法令違反という
12 取消事由がある(831条1項1号)。

13 (2) 次に、丁が株主総会当日、その会場への入場を言明された
14 点について検討する。

15 ア. まず、丁が平成27年10月1日に死亡し、丁が乙社株式を相続
16 している。もっとも、丁は株主名簿の名義書換を怠っている。その後平成
17 28年6月3日に名義書換がなされているが、会社は基準日において
18 株主名簿に記載した者と権利行使者と一致を求めた(124条
19 12項、定款11条)。丁は基準日株主ではないので、議決権行使
20 は言明を求められとも用いる。

21 もっとも、会社は基準日後の株主について権利行使を言明すること
22 ができる(124条42項本文)。~~かかる趣旨~~そもそも基準日の趣旨は会社の
23 事務処理の便宜を図る点にあること、権利の空白を言明する件

（第 問）

1 であり、~~また~~に相続の場合、同項但書の趣旨は反し^たり。
2
3 したがって、会社は基準日後の株主の権利行使を認めなければ^{なら}
4 ならないと解する。

5 本件では会社はLと株主として権利行使を認めなければなら
6 ないとも認められず、これを認めたという。

7 したがって、決議方法の法令違反がある（おしるし1号）。

8 イ、その、おしるし瑕疵についてGも主張を主張と解する。というも、
9 株主に限定して、取消の請求の趣旨は決議の公正を因
10 点にあるからである。

11 (2) 次に、Kが代理人として議決権行使をしている点について、
12 検討する。

13 即ち、定款において、代理行使の主体として株主に限定してい
14 るが、これは有効である（定款10条）。というも、合理的に相当
15 と認められるからである。

16 といえは、持分しか有しないKの議決権代理行使は
17 定款に違反しないか。

18 この点、310条12頁の趣旨は株主の議決権行使を促す
19 点にある。といえは、実質的に株主の議決権行使を奪う
20 場合には定款の文は反し^たると解する。

21 本件通知には書面等で行う旨の記載はあり、Hが出席
22 できない場合、実質的に議決権行使の機会が奪わ
23 れる二点にある。他方、Kは当初から会員であり、持株会の
特段の指示はなかったと、権限三監用のもともなり。

(7) 67、定款の定めは反しない。

お、この点について取消事由と見なされ。

(4) とも、裁判所に裁量棄却されないが(831条2項)。

お、180条42頁の取消旨及び議決権行使の自体は重要である。

お、JがJに入場して、本株の目的について説明しているが、反対票が3分の1を超え可能性がある(767、結果に影響があるといはれる)。

(5) お、本件決議取消の旨は認められる。

第三設問3について。

1. Jは株式買取請求権を行使できるか(182条の4)。

お、Jは、株式の併合によりて株式を失っており、「一株に三割以上端数がある」。

2. では、Jが「反対株主」にあたるか。

確かに、Jは、株主総会決議に先立って反対を表明しているけれども、議決権行使ができた株主である(767、同条22頁3号)にあてられる。

とも、反対株主に買取請求権を認める趣旨は、株主に不利益を及ぼすのを防止する点にある。通常であれば「議決権行使ができた」にもおかしなところ、出席の株主が及ぼさなかった株主についても取消旨が妥当である。

(767、Jは反対株主にあたる(同項2号類推適用)。

3. お、Jは之に対して株式買取請求できる。

以上。

(第 問)

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

第1 設問1

1. 小問(1)

(1) 発起人が、法律行為を行った場合、法律効果は形式的には発起人に帰属し、会社が設立されると、当該法律効果が会社に帰属することになる。理論的には、発起人に帰属する法律効果は、実質的には設立中の会社に帰属し、発起人は設立中の会社の機関として行動すると説明することができる。したがって、発起人は設立中の会社の権限の範囲内で、設立中の会社のために行動し、権限外の効果は、設立中の会社に帰属しない。

AがDと締結した賃貸借契約、Eと締結した雇用契約は、いずれも設立のために必要な行為であって、設立中の会社の権限の範囲内であり、これらは設立費用(28条4号)にあたる。もっとも、定款には設立必要は80万円しか記載されていないところ、甲社はD及びEに対して支払いをするべきかが問題となる。

(2) 判例は、定款記載の範囲内でのみ会社が設立費用を負担すべきであるから、定款所定額についてのみ、支払義務を負うとしている。本問では、甲社は、80万円以上の支払いを拒むことができる。

しかし、判例の見解によれば、複数の債権者から請求された場合、誰にいくら支払えばよいか明確でなく妥当でない。

(3) そこで、発起人が定款所定の額を超過して設立費用を支出した場合にも、会社は全額の支払義務を負い、定款所定の額の超過部分については、発起人に求償できると解すべきである。理論的には、設立費用の支出を伴う契約の当事者は会社自身であるが、資本充実の観点から、超過部分は発起人に求償できると説明することになる。

本問では、甲社は D 及び E へそれぞれ全額支払わなければならない、支払を拒絶することはできない。甲社は、A に対して 20 万円を求償することができるにとどまる。

2. 小問 (2)

本件購入契約は、甲社の事業に用いるための本件機械を甲社の成立を条件として購入するものであるから、財産引受 (28 条 2 号) にあたる。財産引受は、現物出資規制の潜脱になるおそれがあるので、定款に記載がなければ発起人の権限の範囲内の行為として行うことはできない。では、甲社は本件購入契を追認することができるか。

(1) 判例は、定款に記載のない財産引受は追認することができないとする。なぜなら、追認が可能であれば、定款に記載する者がいなくなってしまうからである。

(2) もっとも、追認することが会社にも有利になる場合には、追認を認めるべきである。会社が追認することで、相手方が不利益を被ることはないし、会社の事業を円滑に進行することができるからである。

追認のために必要な会社法上の手続について、本件機械は、800 万円であり、甲社の純資産額は 3000 万円以下である。とすれば、本件購入契約は「重要な財産の…譲受け」にあたるので、取締役会決議が必要である (362 条 4 項 1 号)。さらに、追認をすることは、実質的には事後設立を行ったことになるので、株主総会特別決議 (467 条 1 項 5 号、309 条 2 項 11 号) が必要である。

第 2 設問 2

G は、本件決議の効力を否定するために、株主総会取消しの訴え (831 条

2 項) を提起する。G の主張について以下、検討する。

1. L に議決権を行使させなかったこと

G は、L が議決権を行使することができなかったことが、決議の方法が法令に違反している（同項 1 号）と主張する。

(1) まず、他人が議決権を行使することができなかったことを、瑕疵として主張することができるかが問題となるも、株主総会決議取消しの訴えは、公正な決議を実現するための制度であるから、この点は問題とならない。

(2) L は、平成 28 年 6 月 3 日に、名義書換を行っている。乙社では、基準日を毎年 3 月 31 日と定めており、基準日の株主は I であった（124 条 1 項）。では、乙社は L を株主として取扱わないことも許されるのではないかが問題となる。

この点、基準日株主制度が設けられた趣旨は、会社の事務処理上の便宜である。とすれば、基準日後に名義書換がなされた者であっても、会社にとって株主であることが明白であり、かつ、基準日株主に不利益が生じない場合には、その者を株主として取扱わなければならない。

本間についてみると、L は I の相続人であり、相続を原因として株主の地位を取得し、会社に対して名義書換請求を行い、乙社は現に名義書換を行っている。したがって、乙社にとって L が株主であることは明白であるといえる。そして、I はすでに死亡しており、物理的に議決権を行使することはできないので、I に対して不利益となることもない。したがって、乙社は L を株主として取扱わなければならなかったのに、L に議決権を行使させなかったことは、決議の方法が法令に違反しているといえる。

2. 株式併合について十分な説明をしなかったこと

J が株式併合の本来の目的を説明しなかったことは、決議の方法が法令に違反しているといえないか。

株式併合をする場合に取締役は、株式の併合をすることを必要とする理由を説明しなければならない（180条4項）。この趣旨は、株式併合は、株主の締め出しとしても利用され、株主の地位に重大な影響を及ぼすものである。したがって、株主が株主併合を行うことが適切かどうかの判断に重大な影響を及ぼす事実を説明しなかった場合には、株主は適切な判断をすることができないので、説明義務違反となる。

本問についてみると、乙社は甲社の完全子会社として経営を立て直すという本来の目的が説明されなかった。株主としては、株式併合の適否を判断するにあたっては、甲社がいかなる会社で、甲社の完全子会社となることで乙社の経営を立て直すことができるかどうかを考慮することが、株式併合の適否を判断するためには不可欠であったといえる。それにも拘わらず、J からはそのような説明はなされなかった。したがって、J には説明義務違反が認められ、決議の方法が法令に違反しているといえる。

3. K が H を代理したこと

定款には、議決権の代理行使は株主でなければならないと記載されているところ、K が H に議決権を代理行使させたことについて、決議の方法が定款に違反するといえないか。

議決権は代理行使することができるのが原則である（310条1項）。もっとも、株主総会の円滑な進行を図るために、議決権の代理行使について合理的な理由に基づく相当程度の制限を加えることができる。そして、株主以外の者が議決権を行使する場合であっても、株主総会の円滑な進行の妨げにならないの

であれば、議決権の代理行使は許される。

本問では、Kは本件持株会の会員である。そして、Hから代理権を授与されており、議決権の行使についての特別の指示をしたものはいない。したがって、Kの議決権行使は許される。

第3 設問3

1. Lは株式買取請求（182条の4）をすることが考えられる。

本件の株式併合では、3000株が1株となる。Lは800株を保有しているところ、本件決議によってLの保有株式は1株未満となる。

そして、Lは本件決議において、議決権を行使することができなかったので、「議決権を行使することができない株式」（同条2項1号）にあたる。

したがって、「公正な価格」で株式を買い取ることを請求することができる。

2. 上記の請求にたいする株式の価格の決定について協議が整わない場合には、裁判所に対して価格の申立てをすることができる（182条の5）。

平成29年度司法試験 再現答案

民事系科目 第2問

〔設問1〕(1)

発起人が締結した設立に関する契約の効力は、設立後の会社に帰属する。一方で、会社の定款には、「設立に関して出資される財産の価額又はその最低額」が記載されなければならない(会社法27条4号)。これを超えた契約の責任も、設立後の会社は負わなければならないのか。

判例は、定款の記載額を超えた場合、発起人が権限の範囲外の行為を行ったとして、そのすべての契約の効力は会社に帰属しないとする。確かに、会社財産を保護するという同規定の趣旨を鑑みると、会社の予期しない出費は避けるべきである。しかし、それでは、元々適法だった契約までも、発起人の事後的な契約の登場によって無効となってしまう。また、契約の相手方は会社に責任を追及できると考えて契約に入ったのであるから、発起人に責任を追及できることは十分な救済にならない。そこで、会社は定款記載額までの責任を負い、契約の相手方に対しては、その額を基礎として按分弁済をすべきである。これによって会社の予期せぬ出費は避けられ、一定程度相手方の保護も平等に図れる。残債務は発起人が負う。

D、Eとの契約はいずれも甲社の設立に関する契約である。甲社定款の設立に関して出資される財産の最低額は80万円であった。ところが、両者からの債務を合計すると100万円である。そこで、甲社は80万円の限度で、両者に3:2の割合で按分弁済する。すなわち、Dには48万円、Eには32万円の支払いをしなければならない。

〔設問1〕(2)

1. 本件購入契約の問題点

本件購入契約は、甲社の成立後に本件機械を譲り受ける事を約する内容であるので、28条2号の契約(財産引受け)に該当する。そのため、同契約を行うには、甲社の定款に記載が必要である(同条柱書)。これがない財産引受けは無効である。その無効の主張は、誰からも主張しうる。

本問では、本件購入契約についての記載がなかった。そのため、本件購入契約は無効である。Fにこのことを主張されれば、甲社は本件機械を本件購入契約に基づいて手に入れることができなくなる。

2. 採りうる方法

(1) 追認の可否

定款記載の趣旨は、会社財産の散逸を防ぐことである。そのため、事後的にも会社が当該財産引受けをすることが有利であるとして、追認することはできるのではないか。追認の方法としては、株主総会での特別決議を要する(467条1項5号類推適用)。

しかし、この追認を認めてしまうと、面倒な手続を要する財産引受けの定款記載は行われなくなり、28条2号は空文化してしまう。また、無効な法律行為を事後的に追認する

ということは理論上できない。そのため、当該弁護士立場に立ったとしても、甲社が追認すれば代金の追加なく本件機械を手に入れることができると助言することはできない。

(2) 事後設立の手続き

本件購入契約は467条1項5号に記載される金額を超えており、同条の適用はない。そのため、同条を利用することもできない。

以上より、本件購入契約に基づいて800万円で本件機械を手に入れることはできない。Fの無効主張を避けるためには、50万円の追加に応じるほかない。甲社とすれば、定款に記載さえすればこの事態を避けられたのだから、やむを得ない。

[設問2]

1. Gは831条1項に基づいて本件決議の取消しの訴えを提起する。Gは乙社の「株主」であるし、平成28年7月20日は本件決議の日の平成6月20日から3ヶ月以内である。よって、Gは適法に本件決議の取消しの訴えを提起できる。

2. 取消事由の検討

(1) Lの入場を認めなかった事実について

Lは平成27年10月1日にIを相続し、甲社の株主となった。ところが、JはLを本件株主総会の会場に入場させることを認めなかった。株式併合に反対するLを株主総会から排除することで、経営陣に有利な決議をする意図がうかがえる。そこで、同事実は決議方法の法令違反(831条1項1号、105条1項3号)に当たらないか。

株式会社は株主総会で議決権を行使できる株主を、基準日に株主名簿に記載されている者に限定できる(124条1項)。乙社定款に基づくと、本件株主総会で議決権を行使できるのは、平成28年3月31日に乙社株主名簿に記載のある株主に限られる。Lは平成28年6月3日に株主名簿上の株主となっている。よって、乙社がLを本件株主総会において株主と認めない措置をとることは適法である。

以上より、Lの入場を認めなかったことは、831条1項1号の取消事由とは評価されない。

(2) 株式併合の目的の説明について

Jは株式の併合について本来の目的を秘匿し、経営陣に有利な決議がなされるように振舞った。このことが、決議の方法の法令違反あるいは著しく不公正(831条1項1号)と評価できないか。

取締役が株主総会で説明義務を負うのは、株主から説明を求められた場合に限られる(314条)。本問では、株主が株式の併合について説明を求めたという事情はない。そのため、同事実について314条違反であると評価することはできない。一方で、乙社が甲社の完全子会社化するという事情は、株主、特に従業員たる株主には重要な事項である。そのため、その事情を秘匿することは、本件持株会の株式における議決権行使に不当な影響を与えていると評価すべきである。そのため、Jが株式の併合の本来の目的を秘匿した事実は、決議の方法が著しく不公正であるという取消事由にあたると評価できる。

(3) Kの議決権の代理行使について

乙社の定款によれば、議決権の代理行使は乙社の株主に限定されている（定款16条）。本件持株会の議決権を代理行使したKは乙社の株主ではない。そのため、Kが議決権行使した事実は、決議の方法の定款違反（831条1項1号）に当たらないか。

議決権行使の代理人の限定は、株主総会の運営の円滑化のために必要かつ合理的な範囲で認められる。確かに、代理人を株主に限定することは、当該会社に正当な利害を持つ者にのみ代理を認めることで、総会屋防止に資する。しかし、310条1項が株主の議決権行使の機会をできるだけ保障する趣旨であることに鑑みると、株主でないものであっても、株主総会の円滑な運営を害しないことが明らかな者であれば、議決権の代理行使は認めるべきである。乙社の定款もそのように解釈すべきである。

Kは本件持株会の会員であり、実質的には株式を保有している立場にある。Kは本件持株会の発足以来の会員であるから、本件持株会についても理解していると考えられる。そのため、Kの議決権の代理行使によって、本件株主総会の円滑な運営が害されるとは考えにくい。そのため、Kに議決権を代理行使させたという事実は、乙社定款16条に違反しない。したがって、831条1項1号の取消事由にも該当しない。

(4) 甲社が議決権行使をしている事実について

甲社も本件決議について議決権を行使している。このことは、特別利害関係人による議決権行使（831条1項3号）にあたると評価できないか。

特別利害関係人とは、株主としての一般的な利害を超えて、特別に当該決議によって利益を得る者のことをいう。甲社は株式の併合によって、乙社の完全親会社になる地位を得ることになる。そのため、甲社は本件決議によって、株主としての一般的な利害を超えた利益を得る者であり、特別利害関係人であったと評価すべきである。そして、甲社の議決権行使によって本件決議は成立し、株式の併合がなされた。よって、「著しく不公正な決議がなされた」とも評価できる。よって、甲社が議決権行使をした事実は、831条1項3号の取消事由に該当すると評価できる。

以上より、Jが株式の併合の本来の目的を秘匿した事実（831条1項1号）、甲社が議決権を行使した事実（831条1項3号）によって、本件決議は取り消されるべきである。

〔設問3〕

Lは株式買取請求権を行使することによって、経済的利益の保護を図る（182条の4第1項）。本件の株式の併合は3000株を1株にするという内容である。Lは800株しか有していない。そのため、Lは「株式の併合をすることにより株式の数に一株に満たない端数が生ずる」。そして、上述のとおり、Lは本件決議について議決権を行使することができない立場にあった。よって、「反対株主」にあたる（182条の4第2項2号）。

以上より、Lは182条の4第1項の要件を満たす。Lは株式買取請求権を行使することができる。

以上

H29 会社法再現答案

設問 1(1)

1. 請求を拒否できるためには会社に売買契約・雇用契約の効果が帰属していないことが必要である。

(1)設立中の会社と設立後の会社は登記(会社法 49 条)の有無に違いがあるだけで、実質的には同一の存在である。そのため設立中の会社の実質的に帰属していれば設立後の会社に効果帰属すると考える。

(2)設立中の会社の実質的に効果帰属するためには、①設立中の会社の実質的権利能力の範囲内であり②発起人の権限内である必要がある。

①については、設立を直接の目的とする行為のみならず設立に必要な行為も含み、さらに設立後すぐに業務執行できるように開業準備行為にも及ぶ。②については、発起人は設立中の会社の執行機関なので①と同様である。

(3)D の賃料も、E の報酬も設立に必要な行為の対価であるので設立費用である。その合計は 100 万円である。もっともこれについては定款には設立費用(28 条 4 号)は 80 万円と記載されている。

判例は、設立費用として記載された範囲でしか会社に効果帰属しないとする。これに従えば本件では按分した結果 D が 48 万円 E が 32 万円を請求できるにとどまる。

しかし、これでは発起人と会社の内部的分担のための定款記載によって、取引の相手方に不測の損害を与えるので妥当でない。そこで全部につき会社に帰属すると考える。その後定款に従って会社と発起人で分担すればよい。

2. よって本件では D も E も会社に全額請求できる。

設問 1(2)

1. 本件購入契約は、会社設立後に会社に財産を受けさせる売買契約であり財産引き受け(28 条 2 号)に当たる。しかしこれについては会社に定款記載が無い。そこで会社に効果不帰属とも思える。

2. しかし 28 条 2 号の趣旨は、発起人の権限が財産引き受けにも及ぶことを前提にその権限濫用により会社財産に損害が及ぶことを防止するために政策的に権限を制限したものである。そこで定款に記載の無い財産引き受けは無権代表的行為と類似する。そのため、会社はこの行為を追認(民法 113 条 1 項類推適用)できると考える。

3. したがって本件売買契約を会社は追認できる。もっとも権限濫用防止の観点から、通常その財産を譲り受けるのに必要な手続を要すると考える。

本件機械は、800 万円であるところ、これは甲社の純資産 3000 万円の 5 分の 1 を超える。そのため事後設立(467 条 1 項 5 号)として、株主総会特別決議を要する(309 条 2 項 11 号)。よって特別決議をすれば本件売買契約は甲社に帰属する。

E が請求している追加の 50 万円については、本件売買契約の内容ではないため甲社は支払

わなくてよい。

設問 2

1. G は株主総会取り消しの訴え(831 条 1 項)を提起して本件株主総会の取り消しを請求すると考えられる。まず、本件株式併合を定めた株主総会によって株主たる地位を失った G は当該決議の取り消しにより株主たる権利義務を取得する者(同条 1 項柱書後段)に当たる。そして現在は株主総会決議から 3 ヶ月はいまだ経過していない。

2. 出席しない株主に書面電子投票での議決権行使を認めない処置について召集手続の法令違反はあるか

乙社の株主は 1000 人に満たないので、かかる処置をとらなくとも違法ではない(298 条 2 項、同 1 項 3 号)。よって法令違反は無い。

3. L の入場を認めなかった行為に決議方法が著しく不公正といえるか

(1) 乙社は L が基準日株主でないことを理由に入場を断っている。そもそも基準日株主制度(124 条 1 項)の趣旨は、常に変動する多数の株主の把握の事務処理の負担を軽減するものである。そうだとすれば会社が事務処理上の便宜以外の目的で上記制度を理由に株主の議決権行使を拒否する行為は権利濫用として違法となる。

本件では、乙社は L が基準日株主でないことを理由に入場・議決権行使を拒絶しているが、その真の目的は、L が過去に株式併合に反対通知をしたため L に議決権行使をさせないことで議案を可決させる点にある。そのため真の目的が事務処理上の便宜を超えた点にあるためかかる処置は権利濫用であり違法である。

(2) そして L が入場して議決権行使をしていれば議案が否決されていた可能性もある。

(3) したがって決議方法が著しく不公正であった。

4. J が乙社を甲社の子会社化するという目的を説明しなかった行為は、これによって一般的平均的株主が議案の合理的判断をするに足る説明が無いため 314 条に反するため決議方法が法令に違反する。

そして代表取締役の説明は株主が議決権行使をするためにもっとも重要な情報源のうちのひとつであるから、その説明が無いことは違反が重大である。よって裁量棄却(831 条 2 項)されない。

5. 以上より G は取り消しを請求できる。

設問 3

1. L は株式買取請求権(182 条の 4 台 1 項)行使をすることが考えられる。

2. (1) まず、L は反対通知をしていたので反対株主(同 2 項 1 号)にあたる。

(2) 公正な価額とは、株主に不当に投機の機会を与えないために、株式併合が無ければ得られていたであろう価値をいうと考える。そしてその算定基準時は、買取請求権行使によって売買契約が締結されたと擬制されるため、行使時をいうと考える。

(3) なお、価格につき協議がととのわなかった場合は裁判所が決定する(182 条の 5 第 1 項)。

設問 1 (1)

1.後者は A がした D 及び E との契約の効果が自己に帰属しないと主張して、賃料及び報酬支払債務の履行を拒絶することが考えられる。

(1)判例は、発起人がした設立に必要な契約の効果は会社に帰属するとする。このことは以下の通り妥当であると考ええる。

(2)そもそも甲者は設立中の会社であったから、権利能力がなく、契約の効果は帰属し得ないのではないか問題となる。

設立中の会社は、設立し会社になることが予定されているものである。そうすると設立中の会社の法律行為は実質的に設立後の会社の行為とみれる。よって、設立中の会社の機関である発起人がその権限内でなした法律行為の効果は設立中の会社に帰属し、何らの手続なくして設立後の会社に承継されると解する。

そして、発起人の権限はこれを授権する会社の権利能力と同一の範囲で認められると考えられる。会社は設立後すぐに事業に取り掛かることができる必要がある一方で設立中の会社の財産的基礎を保護する必要もある。よって、設立に直接必要な行為だけでなく設立に必要な行為についても権限の範囲内であると考ええる。

本件で、設立事務を行うための事務所及び設立事務を賃借すること及び補助する事務員を雇用することは、設立に必要であるといえる。よって、会社に効果帰属し得る。

(3)もっとも、設立に必要な行為についての支出は設立費用に当たるから、定款に記載された金額(会社法(以下略)28条4号)の範囲内である必要がある。本件では定款で「設立費用は80万円以内とする」とされており、E

への40万円とCへの60万円を合わせた100万円はこれを超える。かかる場合、甲は支払を拒絶できないか。

設立費用の定款記載は、会社財産の保護のためにされるものであり、これを超える金額について、会社に契約効果は帰属せず、契約は無効となると解する。優劣は、契約締結の先後によると解する。

本件で、Aは先にDとの契約をしているから、Dへの60万円の支払いは拒絶できない。しかし、Eについては、40万円のうち20万円について、支払を拒否することができると思う。

以上より甲社はEに対する20万円の支払いを拒否することができる。

設問 1(2)

1.甲社は代金を追加して支払うことなく本件機械の支払を受けたいと考えているから、新たな契約を締結するのではなく、平成23年5月13日に締結した本件購入契約に基づき本件機械の引渡しを求めるべきと考えられる。

2.もっとも、本件購入契約の効果が甲社に帰属するか問題になる。

財産引き受けは、会社財産の基礎を害する可能性が高いから、定款に記載されないと(28条2号)、絶対的に無効であると解する。本件で、本件機械の財産引き受けについて定款に記載はないから、甲社が追認することも出来ず、契約は絶対的に無効であるから、甲社は前述の引渡し請求はできないとも思える。

3.もっとも、事業に不可欠なものについてまで一切引き受けできないとすると、むしろ会社経営を妨害し、会社財産に損害を加えかねず妥当でない。そこで、事後設立(467条1項5号)の手続を経ることで、財産引

き受けできないか。手続を経ることで、財産の基礎を害しないことを担保できるから、同条により財産の引き受けが可能になると考える。

本件で、甲社の準財産は3000万円であり、機会は800万円であるから、「五分の一…を超えない場合」でなく、株主総会の決議によって、契約の承認を受けなければならない(同条1項柱書)。よって、株主総会決議を経れば、甲社が本件機械の引渡しを受けることができると考える。

設問2.

1.Gは本件決議の効力を否定するため、株主総会決議取消の訴え(831条1項)を提起することが考えられる。

本件決議は平成28年6月20日に行われており、3ヶ月を経過していないから、提訴期間は満たされる。もっとも、Gは本件決議によって単元未満株主になっており、議決権を有していない(189条1項)から、原告適格のある「株主」に当たらないとも思える。しかし、「取消により株主…となる者」と同視できるから、原告適格は認められ得ると考える。

2.本件株主総会においてLの入場が認められず、議決権行使できなかったことが「株主総会…の決議の方法」の「法令」違反(同条1項1号)に当たらないか。

(1)まず、GがLの議決権行使について主張できるのか問題となるが、株主総会決議取消の訴えは、株主総会の適正な運営を確保するための訴訟であるから、他の株主に対する瑕疵についても主張することも認められると解する。よって、Gが主張することも認められる。

(2)Lは本件株主総会前の平成28年6月3日に名義書換をしており、株主として議決権行使できるはずである。もっとも、確かに甲社の議決権

行使の基準日は3月31日であり、この時点で名義書換はなされていない。そうすると、「当該株式の基準日株主を害する」として、議決権行使は認められない(124条4項)とも思える。

しかし、相続された株式については、もはや基準日株主を害することは有りえない。よって、4項ただし書に当たらない。

そうだとした場合でも会社は基準日後の譲受人を「行使することができるものと定めることができる」(同条本文)に過ぎず、行使を認める義務までないのではないか。この点、株式が相続された場合に、相続人の議決権行使を認めないと、議決権行使者の空白化を会社が認めることを意味するから、不当であり、かかる会社の行為は認められないと考える。本件でLは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をしているから、甲社には、Lの議決権行使を認める義務があると考えられる。

よって、Lの議決権行使を認めなかったことは「法令」違反に当たる。

(3)もっとも、裁量棄却(同条2項)されないか。

Lの議決権行使が認められても、決議の結果に影響しなかったといえるような事情がある場合には、裁量棄却されると考える

本件で、決議に賛成しているCとKは合わせて7200株持っており、反対のGとLをあわせても2800株しかないから、いずれにしても反対数が過半数をこえることはない。そして、Lが特に発言力等を有していたという事情もない。そうすると、違反事実は重大でなく、かつ決議に影響を及ぼさないものであるといえ、裁量棄却される。

3.本件株主総会において、Jが併合の本来の目的について説明しなかつ

たことが説明義務(180条4項)に反し、「決議の方法」に法令違反があるといえないか。

同条は、株主に株式併合における株主決議についての判断を可能とする趣旨にあるから、平均的株主にとって、決議内容を判断・理解するに合理的に必要な範囲について説明することが必要と解する。

本件で、本来の目的が説明されていない以上、上記判断が可能とはいえない。よって、違法であり、かかる違法は重大であるから、裁量棄却もされない。よって、上記請求は認められる。

3.乙の代表 C が議決権行使したことで「著しく不当な決議がされた」(3号)として取り消し請求できないか。

C は乙を代表しており、乙は、本件併合によって甲の子会社となる利益を得るものだから、議題について C は他の株主と共通しない利害関係を有する「特別の利害関係を有する者」に当たる。そして、あえて乙社を完全子会社化することを説明していないことから、本件決議は株主を害する目的を有する著しく不公正な決議であったと考えられる。よって、3号の取消事由も認められる。

設問 3.

1.株式併合決議の前に「反対する旨」を「通知」(182条の4第2項)しておけば、株式を「公正な価格で買い取ることを請求」できる(同条1項)。この価格については、協議でき(182条の5第1項)、協議が整わない場合、裁判所に対し価格決定の申し立てができる(同条2項)。

2.併合後でも、単元未満株式については、株式会社に対し株式買取りを請求できる(192条1項)。価格決定の方法も前述と同様の規定がある(193

条)。

なお、価格の公正さについては、取締役の忠実義務(355条)が認められ、株主は損害賠償請求できる(429条1項)。確かに、取締役は会社の利益を追求するが、株主の共同利益にも配慮しないといけないためである。このようにして公正な価格での買い取りが担保される。

会社法

設問 1 (1)

1 判例

発起人は会社の設立に直接に必要な行為、およびその手続きに必要な行為について権限を有する。そして、設立中の会社と設立後の会社は実質的に同一の存在であることから、発起人がその権限内で行った行為は、設立後の会社に帰属することになる。また、株式会社の設立に関する費用については会社法（以下略）28 条 4 号で定款の記載がない限りその効力を有しないとしている。そのため、本件では A は 80 万円を限度として支出することが認められている。

D との間の設立のための事務所用建物の賃貸も、E との間の設立事務の補助のための雇用契約も設立のために必要な行為である。もっとも、D との間では 60 万円、E との間では 40 万円で契約しており、計 100 万円となるため、80 万円を超えている。そのため、判例の処理によると 28 条 4 号に照らし、80 万円を超える 20 万円については A に権限がなくその契約の効果は甲社に帰属しないとしている。そして、D と先に契約していることから、D は 60 万円について全額甲社に請求でき、後に契約した E は 20 万円については甲社に請求できるが、残りの 20 万円については甲社に請求できないことになる。

2 判例の処理の問題点

上記の判例のような処理では、他に発起人と契約を結んだ人がいるか、現時点でいくらの設立費用が掛かっているか用意に知りえない E などの保護に欠ける結果となり、取引の安全性を著しく害する。また、その契約の先後が判断できない場合にも問題となる。そのため、28 条 4 号は発起人と会社との間で効力が生じないという意味に解釈すべきであって、設立のために必要な行為の効果は原則として、全て会社に帰属し、限度を超える費用については会社が発起人に求償できるという処理とすべきである。

したがって、D・E とともに全額を甲社に請求でき、甲社は 80 万円を超える 20 万円については A に求償できるというように処理すべきである。

設問 1 (2)

1 検討条文

28 条 2 号は、成立後に財産を譲り受ける場合には、定款の記載がない限りその効力が生じないとしている。この条文の趣旨は発起人が単独で財産の譲受けをすることにより、成立後の会社に過大な負担が課されることによって、会社財産が危険にさらされることを防ぐことにある。以上の 28 条 2 号の文言、趣旨に照らせば定款の記載がない場合に発起人のなした財産譲り受け行為は原則として無権の行為として会社に効力は生じないと解する。

本件では、定款には甲社の設立を条件として特定の財産を譲り受ける事を約する契約については記載がなかった。そのため、本件購入契約は甲社と F との間に成立していないこ

となる。

2 対応手段

A が本件購入契約を結んだ際には、甲社はまだ存在していない。そのため、無権代理行為とはいいがたい。しかし、本件購入契約の際、甲社発起人甲の名義でなしていること、甲社の実質的に同一の存在である設立中の会社が存在していることから、A の行為は実質的に甲社を本人とした無権代理行為である。そのため、民法 116 条の類推適用により甲社が本件購入契約を追認すれば、本件購入契約の成立を主張し F に対して追加費用を払うことなく、本件機械の購入を主張できると考える。

3 手続

もっとも、取締役会限りで追認を認めるとすると、会社に過大な負担を課さないよう財産譲受けを相対的設立事項として会社を保護しようとした 28 条 2 号の趣旨に反しかねない。そこで、財産譲受けを事後的に追認するためには株主総会決議が必要となると解する。そして、その要件については、全会一致が最も会社保護に資するが厳格に過ぎる。定款の記載があれば取引可能であったことから、定款変更（466 条）に準じて、309 条 2 項の要件を満たせば追認は可能であると解するべきである。

設問 2

1 検討条文

本件株主総会から、平成 28 年 7 月 20 日の時点では 3 ヶ月経過していないことから、831 条の株主総会取消訴訟を提起することが考えられる。

会社法

第 1, 設問 1 (1)

1, 会社の設立過程において発起人がその執行機関としてその権限の範囲で行った法律行為に関する権利義務関係を実質的には設立中の会社に帰属し, 設立後は, 成立後の会社に帰属することになる。

2, 設立事務を行う事務所用建物の賃貸借契約と設立事務を補助する事務員の雇用契約に関しては, 会社設立費用であり, 発起人の権限内の行為である。

したがって, 定款に記載した額の限度であれば, 当然に成立後の校舎にその権利義務関係が帰属する(会社法(以下略) 28 条 4 号)。

そして, 上記の設立費用の合計額は 100 万円であるところ, 定款においては 80 万円が限度額とされているのであるから, これを超える。そこで超過分の 20 万円についても, 甲社に帰属するのかが問題となる。

3, この点について, 判例は, 超過した場合には, 設立費用として定款に記載された額を債権者の債権額の割合で案分して支払えばよく, 超過部分については, 会社は責任を負わない旨, 判断している。

確かに, 判例の見解によると, 本件のような場合において, 計算が複雑となり妥当でないという批判がなされている。

しかしながら, 複雑であるとしても, 結論として債権者の平等は図れるのであるし, 債権者は, 発起人に対して超過部分を請求することができるのであるから, 別段保護に欠けるというわけでもない。したがって, 判例の判断は適当であると考ええる。

したがって, 本件においては, D は甲社に対し 48 万円, E は後者に対して, 32 万円の支払いを求めることができ, 不足部分について A に対して請求することができるものと考ええる。

第 2, 設問 1 (2)

1, 本件購入契約は, 財産引き受け(28 条 2 号)に該当するものである。そして, 甲社の定款には財産引き受けについての記載がないため, 甲社が追認することにより定款に記載のない財産引き受けを有効にすることができないかが問題となる。

2, この点について, 無権代理に準じて考えて, 追認を認める考えもある。

もっとも, 判例は, 株主債権者等の会社の利害関係人の保護という目的のために厳格な手続きを設けている 28 条 2 号の立法趣旨に鑑みて, 追認を認めると, 法に規定された厳格な手続きを無に帰することになり, 立法趣旨を遵守することができなくなるから, 絶対的に無効としている。

そして, 自分としても判例の理論は妥当であると考ええる。

したがって, 追認によって, 本件購入契約を有効とすることはできないと考える。

3, もっとも, 事後設立を利用して, 甲社において株主総会の特別決議を経れば本件購入契約は有効となると考える。

第3、設問2

1、Gとしては、乙社に対して株主総会決議取り消しの訴え（831条1項）を提起し、以下の主張をすることが考えられる。

2、まず、Kは本件持株会の会員20名の代理人として議決権を行使しているところ、このような代理は許されるか、代理人資格を乙社及び株主に限定する乙社定款16条に抵触し、決議方法の定款違反（831条1項1号）となるのではないかと問題となる。

この点について、まず、代理人を限定する規定が310条1項との関係で有効かどうかの問題となる。総会屋の排除等の会社側において代理人資格を制限する必要性がある場合もあるから、310条1項は、代理人資格について、合理的な理由に基づく相当程度の制限を加えることは許容されていると考えるべきである。

もっとも、株主総会は、株主が自己の意見を会社経営に反映させるための限られた場であり重要なものであるから、その機会を最大限保障すべきである。

そこで、株主以外を代理人としても制限の必要性が存する特段の事情のおそれがない場合、又は、当該定款規定により株主の議決権行使の機会が事実上奪われるに等しい場合には、当該定款規定の効力は及ばないと考える。

本件についてこれを見ると、Kは、乙社の従業員であるとともに、持株会の会員として本件株式を純共有する者であるから、乙社の会社経営に対して利害関係を有している。したがって、Kの株式行使は、株主以外を代理人としても上記特段の事情の恐れがあるとはいえない。

よって、Kは代理権制限規定の適用を受けず、Kによる議決権の代理行使が行われた点は、決議方法の定款違反という決議取り消し事由には該当しない。

3、次に乙社が本件株主総会においてLを株主として認めず、入場を拒んだ点について、決議方法の法令違反となるのではないかと問題となる。

この点について、乙社定款11条で毎年3月31日が基準日とされている一方、Lが本件株式について名義書き換えを完了したのは平成28年6月3日であり、Lは基準日株主ではない。したがって、Lの議決権行使を認めないことは違法とは言えない。

もっとも株式会社は基準日株主の権利を害することが無い限り、基準日後の株式取得者の行使を認めることができる（124条4項）。それにも関わらず乙社がLの議決権行使を認めなかったことは、違法ではないか。

基準日制度の趣旨は株式譲渡自由の原則の下で株式が広く流通し、頻繁に株主が入れ替わる可能性があることから、一定の日の株主に議決権等を与えることを認めることで会社の便宜を図る点にある。一方、124条4項は新株主の権利行使の要請に鑑みて、基準日株主の権利を害することが無い限りは、会社は基準日後に株式を取得した者に対して権利行使を認めることができるとしている。

そして、議決権が、株主にとっては、会社経営に自己の意見を反映させる極めて重要な権利であることからすると、基準日株主の権利を害することがなく、基準日後に取得した

株主が申し出ているような場合には、会社は、原則として議決権の行使を認めなければならないと考える。

本件についてこれを見ると、Lの議決権は死亡したIからの相続により取得されたものであるところ、認めたところで、Iによる議決権の行使は考えられず、基準日株主の権利を害する者ではない。またLは株主総会に出席し、乙社に対して議決権の行使を申し出ている。このような状況の下では、乙社としては、Lの議決権の行使を認めなければならないと考える。

よってLの議決権の行使を拒んだ乙社の本件株主総会における対応は、決議方法に法令違反があったと言え、決議取り消し事由となる。

4、次に本件株主総会は、株式併合を内容とするものである。そこで、乙社取締役としては、乙社において「株式の併合をすることを必要とする理由」について説明しなければならない（180条4項）。

もっとも、本件においてはこの点について何ら説明をしたとの事情がない。そこで、この点についても、決議方法の法令違反があると言え、決議取り消し事由となると考える。

5、そして、本件株主総会は、乙社を甲社の完全子会社にするという内容を含んでいる。したがって、甲社は当該決議について特別利害関係人（831条1項3号）に該当する。

また、当該決議の目的は、甲社の経営方針に反対する少数株主の排除という点にあり、甲社がいなければ、当該決議は承認されなかったと考えられるから、「著しく不当な決議」がなされたと言える。

よって、831条1項3号の取り消し事由も認められると考える。

第4、設問3

1、本件株式併合によって、Lが保有する株式は端株となり処理がされる。

そこで、Lとしては182条の4に基づく反対株主の株式買取請求権を行使するべきであると考える。

2、まず株式買取請求権の行使のためには、「反対株主」に該当しなければならないところ、株式買取請求権の趣旨は、少数株主の保護にあるから、「反対株主」には、決議に反対した者のみでなく、議決権を行使することができなかった者も含まれる。

したがって、Lは「反対株主」に該当する。

3、そして「公正な価格」とは、上記の株式買取請求権の趣旨から、株式併合が無ければ、少数株主が有していたであろう経済状態のことをいうと考える。

4、以上よりLは反対株主の株式買取請求により、株式併合が無ければ有していたであろう価格による経済的利益の保護が認められる。

民事系第2問

第一、設問1

1. 小問(1)について

(1) 設立に関する費用については、定款認証必要事項である(会社法(以下法典名省略)28条4号)。これは、設立中の会社の行為の効果が設立後の会社に帰属しうることを前提としつつ、設立後の会社財産が流出し、会社債権者や株主が害されることを防止するための規定である。

「設立に関する費用」には、設立に通常必要な費用、即ち登記等事務に必要な費用の他、事務所の賃借費や事務員雇用料が含まれる。

(2) 本件甲社は、事務所賃借費としてDに60万円、事務員雇用料としてEに40万円、計100万円の債務を負担しているが、定款には設立費用を80万以内とする旨規定されている。このとき、甲社はD・Eにいくら支払うべきか。

(3) 判例は、先に債務が成立した日、即ち契約締結日の早いものから、定款記載費用に満つるまで順に支払うべきとする。これは、支払先の決定方法としては簡便である。このとき甲社は、平成23年5月9日に契約を締結したDに60万円、同年5月12日に契約を締結したEに20万円を支払うことになる。

しかし、契約の相手方にとって、自らの債権が他の債権者に先んじて成立したかは知り得ず、偶然によって弁済を受ける可能性が左右されるが、これは債権者の地位として著しく不安定にし、不公平な結果を生む。

債権者の信頼保護と公平担保のためには、定款記載限度額を債権者の債権額で按分比例した額を支払うことが妥当である。

(4) 従って甲社は、80万円をDの債権額60万円とEの債権額40万円で按分比例し、Dに48万円、Eに32万円を支払うべきである。

2. 小問(2)について

(1) 本件購入契約は、甲社にとって、所謂財産引受に当たる。財産引受契約についても、設立後に過大な財産が流出することを防止するため、定款に記載がなければ設立後の会社に効果は帰属しない(28条2号)。

本件においても、定款に本件購入契約について記載がなく、原則当該契約は無効である。

(2) もっとも、両当事者が当該契約の効果発生を望む場合、設立後に会社が追認をすることは可能である。追認は遡及効であり(民法116条)、代金額は契約締結時の合意が有効となる。よって、追認がされた場合、甲社が追加代金を支払う必要はなくなる。

(3) 追認は、財産引受契約を有効にする点で、新たな法律行為に準じる。よって、原則会社の代表権を有する代表取締役Cの単独で可能である。

しかしながら、追認によって甲社が負担する債務が重大な場合、「重要な財産の譲受け」に該当する場合、取締役会承認決議が必要である(362条4項1号)。「重要な財産」に該

当するか否かは、当該資産の機能が会社運営上果たす重要性や、目的物価額の純資産額に占める割合の大きさに鑑みる。

（４）本件において、本件機械は甲社の事業活動に必要不可欠なものである。そして、本件機械の代金は 800 万円であり、これは甲社純資産額 3000 万円の 26%を超える価額である。事業活動に重要な枠割を果たし、かつ純資産額の 2 割を超える価額の本件機械は、甲社にとって、「重要な財産」といえる。

よって、甲社は取締役会決議の承認を得たうえで、本件購入契約を追認し、代金 800 万円と引き換えに本件機械を取得することができる。

第二、設問 2

1. G の採る手段

（１）G は、本件決議について取消訴訟（831 条 1 項）を提起する。

（２）提訴要件について、提訴する平成 28 年 7 月 20 日時点において、本件決議のあった平成 28 年 6 月 20 日から 3 カ月の出訴期間は経過していない。

また、乙社株式 2000 株を有していた G は、3000 株を 1 株とする株式併合のされた平成 28 年 7 月 11 日に、株主の地位を喪失している。しかし、本件決議の効力が否定され、株式併合も無効となると G は株主の地位を取り戻すので、「当該決議の取消しにより株主…となる者」として、原告適格も有する。

2. L の入場制限について

（１）乙社は、L を本件株主総会会場に入場させなかった。これは、議決権という株主の権利（105 条 1 項 3 号）を会社が侵害したことになり、総会手続の法令違反として取消事由に当たる（831 条 1 項 1 号）。

（２）当該主張に対し、乙から、L は基準日（平成 28 年 3 月 31 日（定款 11 条参照））において株主名簿上の株主ではなく、そもそも議決権を行使することはできなかった（会社法 21 条）、との反論が提出されることが予想される。

しかしながら、21 条は、株主の地位の移転があった場合に、基準日名簿上株主を画一的に株主として扱えば会社は免責される、という会社の事務処理手続の便宜を図る規定である。よって、会社側が、既に株主の地位の移転を把握しており、株主として扱う場合、21 条の趣旨は及ばない。

本件において、L は平成 27 年 10 月 1 日に I の有していた本件株式を相続し、株主の地位が移転した。本件株主総会の通知は I 宛で発送されたが、I の生前から同居し住居を移転することもなかった L が受領した。そして、平成 28 年 6 月 3 日には名義書換えがされており、乙社も I の株主の地位が L に移転したことは把握していた。

以上より、乙社は本件株主総会時点、既に L が株主となったことを認識しており、基準日株主でないからと言って、基準日名簿上株主 I を株主として扱う必要性はない。よって、乙社は L を入場させる必要があったのであり、J の指示を受けた受付担当者の措置は、L の株主権侵害に当たる。

(3) もっとも、手続上の瑕疵が軽微であり、当該瑕疵がなかったとしても決議に影響がない場合、請求は裁量棄却となる(831条2項)。

本件において、Lの保有株式数は800株であり、本件決議に反対していたGの保有していた株式数2000株と合わせても、賛成派たる甲社6000株とHの1200株の計7200株を上回ることではない。また、株式併合は特別決議であるが、Lの票が反対派に加わったとしても、当該決議が覆ることではない。

よって、Lが本件株主総会会場には入れたとしても、決議に影響はないのであり、当該事由に基づく取消訴訟は裁量棄却となる。

3. 反対株主締め出し目的であった点について

(1) 本件株主総会は乙社が甲社の子会社となることに反対していたGを締め出す目的で、甲社とKが結託してなされた。会社運営の意思決定が多数決による原則であるとしても、自益権・共益権を有する少数派株主を経営から締め出すことは、著しく不当な決議として、取消事由に該当する(831条1項3号)。

(2) しかしながら、乙社は反対派締め出し目的を本件株主総会において提示せず、①コスト削減、②資本金減少といった目的を掲げている。よって、本件決議の目的が締め出しにあったか否かは、主要目的ルール、即ち決議の目的が専ら①②ではなく、反対派締め出しにあったと認められるか否かによる。

(3) 本件において、乙社は上場しておらず、株主は甲社・G・本件持株会理事長H・Lの実質4者である。よって、株主への通知等にコストはさほどかかっておらず、株式併合によるコスト削減の利益はそれほど生まれない。

資本金額減少のために発行済み株式総数を減少させる必要があるとの説明についても、3000株を1単位とする必要性までは認められない。

1単位を3000株とする本件決議に基づく株式併合は、2000株市は保有していないGの締め出しであると推認される。総会において、甲社の支援を受けて乙社の経営を立て直すという本来の目的をJが説明しなかった点も、子会社化反対のGが総会において強硬な態度をとることを防止するためであったと解される。

(4) 以上より、本件決議の主要な目的はGの締め出しにあったと認められ、著しく不当な決議に当たる。よって、831条1項3号に基づき、取り消しが認められる。

第三、

1. 182条の4に基づく請求

(1) 株式併合によって単位未満の株式しか有せず株主の地を失う株主は、182条の4第2項各号に該当する場合、株式を公正な価格で買い取ることを会社に請求できる(同条1項)。

(2) 本件Lは、本件株主総会に先立って反対の旨乙社に通知している。しかし、総会において併合に反対していない。このとき、182条の4第2項1号を充足していないのではないかとも思われる。

しかし、総会に出席したうえで反対票を投じたことを求める趣旨は、株主の保護必要性

を計ることにあり、本件 L のように、参加する権利を有していたにもかかわらず参加できなかった（第二、2. 参照）場合、実際に反対できなかった L についても、買取請求権は行使可能と解される。

（3）よって、L は反対株主の株式買取請求権を行使できる。

2. 192 条に基づく請求

本件決議に基づく株式併合は 3000 株を 1 単位としており、800 株の本件株式しか保有していない L は、単元未満株主となる。このとき、192 条に基づき、L は乙社に単元未満株式を買い取るよう請求することができる。

以上