



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

**2021年度後期日程
(2021年2月実施)**

入学試験問題の解説

商 法

**その1
(総括的なコメント)**



これより、法学既修者入学試験問題のうち、商法の問題を解説します。

商法の解説は、次の3つの部分に分かれています。

- ・ 商法入試についての総括的コメント（法学既修者入試のポイント、後期入試問題の出題趣旨）
- ・ 問（１）の解説
- ・ 問（２）の解説

商法分野（主に会社法）の重要な法制度、法理についての知識と、簡単な事例問題の解き方を理解しているかを問うようにしています。具体的には、

1. 与えられた事実関係において生じている法律問題が何かを発見することができるか（**問題発見能力**）、
2. この問題に適用される**根拠条文**を正確に指摘することができるか（条文の位置を探せるか、条文を読みこなしているか）、
3. こうして特定された重要**条文の制度趣旨**を理解しているか、特に、判例により制度趣旨の説明が与えられているときは、判例の考え方を知っているか、
4. 条文の要件効果、条文解釈を補う**判例法理**があるときは、その判例法理を正確に再現することができるか、また、判例への批判が支持を集めているときは、判例法理の問題点を理解し、より適切な規範を、解釈により導くことができるか、
5. 以上の作業を経て導き出された法規範に対して、与えられた事実の中から、要件に対応する事実を指摘し、要件を満たしているか否かの当てはめをすることができるか（いわゆる**法適用の三段論法、法的三段論法**）、
6. 法的三段論法の結果得られた**法的結論（法律効果の発生不発生、請求などが認められるか否か）**を明確に提示することができるか

入学試験においては、前のページに挙げた6項目のうち、**第1の問題発見能力**、**第5の法的三段論法による検討**を経た、**事例問題の解答（第6）**については、必ず見るようにしています。

また、法学既修者として認定することができるか、という観点からは、会社法の膨大な条文の中から**重要条文に正しくたどり着くことができるか**、その文言を読み取ることができるか（**第2**）をみれば、商法の学修が進んでいるかどうかについて、ある程度わかります。

日頃の学修に際しても、六法を必ず引いて、会社法の条文を確認しながら基本書、判例集などを読み進めることが大切です。

- 判例については、会社法などの判例百選に掲載されたものが出題の中心となります。ただ、百選に掲載された判例の中には、やや高度な問題を扱う判例、使われる頻度の少ない制度についての判例もあり、百選に掲載された判例の全てに目が通っていることは求めています。
- その代わり、百選に掲載された判例のうち重要な判例については、その解説において言及されている判例に関する出題にまで及ぶ可能性があります。
- もちろん、判例はほとんどない事項であっても、制度運用上の重要条文、制度の特質を理解する上で重要な基本条文についても出題することがあります。

今回の出題についての総論的なコメント



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

- 商法の入学試験問題は、行政法と合わせて80分の試験時間で、各科目50点満点の試験を行います。今回の出題について、実質40分間で完全な解答を作成するのは、結構大変かも知れません。
- 時間が足りないときは、一部の問いに時間をかけるのではなく、要点を簡潔に答え、わかっている問題を解き残すことのないよう努めることが大切です。
 - 問（１）は、取締役会の構成に必要な役員数、代表取締役や監査役を置くこと、置かないことの可否につき、根拠規定を正しく指摘することができるかを確認するものです。
 - 問（２）は、株式会社の設立に際して不動産を取得させる取引について、それが出資の目的とされない場合には財産引受であること、現物出資との相違を正しく理解しているか否かを確認した上で、
 - 財産引受を定款に記載することがその効力発生要件であること、定款に記載しない場合には無効とされることにつき、判例の理解を確認し、その上で、
 - 定款に記載されなかった財産引受の効力を会社の設立後に適法なものとするために、会社が追認その他の行為を行うことができるか、追認その他の行為を適法になすには、いかなる手続が必要とされるかを問うものです。
- 判例の立場にしたがった解答をすることは求めませんが、特に判例の立場と異なる解釈をとる場合には、判例の立場がどのようなものであるかを理解していることが求められます。



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

2021年度後期日程
入学試験問題の解説

商法 その2

問(1)について



問題（前半—設例 1）



次の（設例）を読んで、問（１）、問（２）に答えなさい。

（設例 1）

1. Aは、自己が所有する土地の一部に建てた「建物甲」を利用して、個人事業者として雑貨の販売店「乙」を経営していた。Aは、好調な乙の事業を法人化して拡大することを考え、乙の事業を営む株式会社丙（以下「丙社」という。）を設立し、時価2000万円の建物甲を丙社の事業用財産に抛出して事業を展開することを検討している。
2. Aは、乙の事業をこれまで手伝ってくれたBおよびCに、丙社に対する出資を依頼したところ、B、C両名とも、各700万円の出資に応じるとの返答である。また、Aは、B、Cの両名以外に、出資者の範囲を広げるつもりはなく、また、丙社の役員（本問では取締役および監査役をいうものとする）となる者の範囲を広げるつもりもない。
Aは、丙社の定款を作成するに当たり、B、Cに丙社の取締役となることを依頼するか、いずれか一方に監査役となることを依頼するか、株主となることのみを依頼するかの間で迷っている。

問（１）（配点：20点）

- （ア）A、B、Cの3名のみを役員とするとき、丙社は取締役会を置くことができるか否かを説明しなさい。
- （イ）A、B、Cの3名のみを役員とするとき、代表取締役を定めることができるか、また、代表取締役を定めるにはどのような手続が必要かを説明しなさい。
- （ウ）AおよびBを取締役とし、Cを監査役に選任することができるか否かを説明しなさい。

問（１）について



- 問（１）は、**問われている事項を定めた条文を正確に探し、漏らさずに指摘することができるか否かをみている（基礎学力の確認）**。

（ア） 331条5項、327条2項を併せ読むと、取締役会を置く場合には、取締役3名に加えて監査役1名を置く必要があるため、役員3名のまま取締役会を適法に置くことはできない。

- 331条5項によれば、取締役会設置会社においては、取締役は3名以上であることを要し、327条2項によれば、取締役会設置会社は監査役を置く必要があり、監査役を置かない非公開会社の場合でも、会計参与を置かなければならない。
- このため、（設問の指定上、会計参与のことを考えないとすれば、）取締役会を置く限り、取締役3名に加えて監査役を置く必要があり、役員の員数は4名が必要となる。

（イ） 役員が3名であるので、取締役会を設置しないことが前提となる。この場合には、349条3項に基づき、取締役の中から選定した代表取締役を置くことができる。その手続は、同項の定める次の3種のいずれかとなる。

- ①定款の規定において、代表取締役を直接定める方法、
- ②定款規定に基づき取締役が互選する方法、
- ③株主総会の決議により選定する方法。

（ウ） 326条2項により、取締役会非設置会社が監査役を置くことはでき、これを制約する規定はない。

- 取締役会非設置会社は、監査役の設置を義務付けられていない。この場合に監査役を置いたからといって取締役会を置くことは義務付けられない。
- 取締役会非設置会社は非公開会社となるが（327条1項1号）、この場合には監査役の権限を会計に限定することができる（389条1項）。ここまでの解答は必要ない。



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

2021年度後期日程
入学試験問題の解説

商法 その3

問(2)について



問題（後半—設例 2）



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

（設例 2）

（設例 1）の事実 1、2 の後、以下の事実 3 があったとする。

3. A は丙社の設立時には 1000 万円の出資金を拠出することとし、建物甲については、丙社の成立時に丙社に 2000 万円を取得させること（以下「本件取得」という。）にして、2000 万円が評価額として相当であるとの証明および鑑定を得た。出資額及び本件取得に関する A の提案に合意した A、B、C の 3 名が定款に署名し、各自の負担する出資金全額をそれぞれ払い込んだ。

問（2）

本件取得を丙社の定款に記載した場合と、これを定款に記載していない場合を比較して、それぞれの場合における本件取得の効力を検討しなさい。その効力に問題が生じ得るときは、本件取得を丙社の成立後に適法なものとするための方法、そのために丙社において取るべき手続を併せて説明しなさい。以上の検討に際し、最高裁判例があるときは判例の立場を明らかにすること。（配点 30 点）

問（２）の解答のポイント



問（２）には、複数の問いが含まれているので、まず、何を問われているかを正しく理解することが必要。

1. 本件取得は何か。会社法が定めるとのルール of 適用を受けるか。
2. 本件取得を定款に記載した場合の本件取得の効力。
3. 本件取得を定款に記載しない場合の本件取得の効力。
 - － 設問文には明示されていないが、効力が無効であるとすれば、無効の意味についても説明することが望ましい（その解釈に争いがあるため）。
4. 丙社の成立後に本件取得を適法なものとするための方法。
5. そのために丙社においてとるべき手続。

以上のうち、最高裁判例があるのは３．および４．

問（２）の解答のポイント



1. 本件取得の法的性質は財産引受

もしAが建物甲を出資の目的とするならば、それは現物出資（28条1号）となる。他方、本件取得は、丙社の成立時に、建物甲を丙社に2000万円で（2000万円の対価を丙社が支払って、という意味になる）取得させるものであるから、28条2号に定める財産引受到当たる。

- － 会社設立時における現物出資の規制は、金銭以外の出資財産についてはその公正な評価額を算定することが困難な場合があり、また、出資財産が過大評価されると、他の株主や会社債権者を害するために、そうした出資の有無を定款に記録させると共に、検査役の調査にかからせることを目的とする。
- － 財産引受に対して現物出資と同様の規制が加えられるのは、それが開業準備行為の一種として実務上二重があること、他方、その目的物の価値が過大評価されると会社の財産的基礎を危うくし、また、現物出資規制を免れる目的で利用されるおそれがあるために、厳格な手続の下でこれを行わせることにある。

2. 3. 財産引受の効力

財産引受は、定款に記載することが効力要件であり（28条柱書）、定款に記載がなければ無効（開業準備行為の一種であり、会社法28条が定める厳格な手続を踏んだもの以外は、公益の見地から、法が発起人の権限外とした）。この無効は、判例によれば、会社、他の株主に加えて会社債権者保護を目的とする公益に関する強行規定違反、つまり、いわゆる絶対的無効であって、会社以外の第三者も無効を主張することができる。

判例の立場は、次のページ以下に紹介。

財産引受に関する発起人の権限―裁判例

最判昭和36・10・17判時277号29頁

「設立中の株式会社の発起人組合の代表者が設立中の会社のため、**会社の設立を条件として財産取得を約束する売買契約を締結した場合において、これについて商法168条1項6号による定款の記載がなされていないときは、右売買契約は設立後の右会社に対して効力を有しないもの**といわなければならない（最高裁判所昭和33年（才）第809号、同36年9月15日第二小法廷判決参照）。

…原審は、昭和24年1月20日、設立前の株式会社荒木組の発起人組合…が本件土地を右会社設立後の将来の材料置場及び事務用地とするため伊豆野敬太郎から買受けたこと…、右会社は同25年1月14日設立登記を経て設立されたことを判示している。けれども**右発起人組合の本件土地取得は右会社設立のため必要な行為そのものではなく、設立後の右会社の将来の営業に必要な財産の取得である**ことは原判文上明らかであって、かかる売買契約は商法168条1項6号により**右会社の定款に記載されなければ直ちに設立後の右会社に対して効力を有するものとはいえない**。のみならず設立後の右会社に対して本件土地が移転されるような法律行為がなされた旨の事実も原審の判示していない…。」

最判昭和38・12・24民集17巻12号1744頁

「商法は、資本充実の要請から、同法168条1項6号に規定する財産引受をもっていわゆる変態設立事項の一として厳重な制限を課しているが、単純な債務引受のごときは、…同条にいう財産引受に該当しないと解すべき…である。しかし、**積極消極両財産を含む営業財産を一括して譲り受けるときは、消極財産が積極財産に対してある程度の対価的意義を持ちうるから、発起人において会社の成立を条件としてかかる営業財産を一括して譲り受ける旨の契約をした場合は、これをもって同条にいう財産引受に該当するものと解するを相当とする**。…商法168条1項6号の立法趣旨からすれば、**会社設立自体に必要な行為のほかは、発起人において開業準備行為といえどもこれをなしえず、ただ原始定款に記載されその他厳重な法定要件を充たした財産引受のみが例外的に許されるものと解される**ところ、…本件債務引受については破産会社の原始定款にその記載がなかったというのであり、右債務引受が会社の設立自体に必要な行為と解されないことはいうまでもないから、そもそも本件債務引受が財産引受に該当すると否とにかかわらず破産会社に対してその効力を生じえない…。」

財産引受の効力―無効の意味

最判昭和28・12・3民集17巻12号1744頁

「商法一六八条一項六号にいわゆる財産引受けは現物出資に関する規定をくぐる手段として利用せられる弊があつたので、これを防ぐため現物出資と同様な厳重な規定を設け、公証人の認証を受けた定款にこれを記載しないと財産引受の効力を有しないものと定められたのである。従って単に**財産引受は会社の保護規定であるから、会社側のみが無効を主張し得るということとはできない。この無効の主張は、無効の当然の結果として当該財産引受契約の何れの当事者も主張ができるものであるから**、本件訴訟において売主である被上告人のこの主張を容れたことにつき原判決には所論の違法はない。

右の如く財産引受が定款上無効なる場合と雖も、会社成立後に新に商法二四六条の特別決議の手續をふんで財産取得の契約を有効に結ぶことは可能であるが、**原判決はかゝる新たな売買契約の成立を認めていない。単に会社側だけで無効な財産引受契約を承認する特別決議をしても、所論のごとくこれによつて瑕疵が治癒され無効な財産引受契約が有効となるものとは認めることができない。」**

最判昭和61・9・11判時1215号125頁

「二 1 …増田が被上告会社との間で締結した本件営業譲渡契約は、…増田が上告会社の発起人組合の代表者として設立中の上告会社のために会社の設立を停止条件としてした積極消極両財産を含む営業財産を取得する旨の契約であると認められるから、本件営業譲渡契約は、商法一六八条一項六号の定める財産引受に当たる…。そうすると、本件営業譲渡契約は、上告会社の原始定款に同号所定の事項が記載されているのでなければ、無効であり、しかも、**同条項が無効と定めるのは、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であつて、設立後の上告会社が追認したとしても、あるいは上告会社が譲渡代金債務の一部を履行し、譲り受けた目的物について使用若しくは消費、収益、処分又は権利の行使などしたとしても、これによって有効となりうるものではないと解すべきであるところ、**原審の確定したところによると、右の所定事項は記載されていないというのであるから、本件営業譲渡契約は無効であつて、契約の当事者である上告会社は、特段の事情のない限り、右の無効をいつでも主張することができる…。」

問（２）の解答のポイント



4. 丙社の成立後に本件取得を適法なものとする方法

- 1) 会社（の一方的意思表示）による追認を不可と解する立場（これが最高裁判例の立場）によれば、Aと成立後の丙社の間で、同じ内容の（建物甲を譲渡する）契約を改めて締結する必要がある（価格その他の契約条件の合意も再度必要）。
- 2) 会社による追認を肯定する立場によれば、丙社が一方的に追認をすればよい。追認肯定説は、財産引受を会社の利益保護（開業準備行為につき発起人の権限を制限）を目的とする、という解釈に立脚しており、発起人の無権限につき、会社がその保護をの成立後に追認することは差し支えないとする。

5. 本件取得を適法なものとするための手続

本件取得と同じ内容の再契約であれ、一方的追認であれ、本件取得は467条1項5号の事後設立にあたるので、株主総会特別決議の承認に基づき行われる必要がある（追認については同号の類推適用）。

また、丙社と、丙社取締役Aの間の契約となるから、356条1項2号の直接取引にも該当し（ここでも、会社の追認には356条1項2号が類推適用される）、丙社は取締役会非設置会社であるので、株主総会の承認が必要となる。

この承認決議は普通決議で良いが、Aは利害関係株主に当たる。本件取得の内容が公正である限り（公正価格による譲渡）、承認決議に際してAが議決権を行使しても、承認決議取消（831条1項3号）の問題は生じない。

以上で、商法の既修者入試問題の解説を終わります。
最後までのご視聴ありがとうございました。