同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

2023年度前期日程
（2022年8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）

商法の既修者入学試験において問うているのは

同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

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。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

商法の既修者入学試験において問うているのは

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せん。
- 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、総会招集通知を誰に宛てて送付する必要があるかを出発点としつつ、譲渡制限株式の譲渡の効力（ここで判例の見解が問われます。）の判定を経て、会社が譲受人を株主として扱うことが許されるか否かについても論じることが期待されます。
  - 問（２）においては、非公開会社の募集株式発行のために必要な手続を考えて、株式発行無効事由にあたるかどうか、どのような事実に基づいて無効事由ありと判定するかが問われています。判例によれば、二つの法律構成があり得るのですが、少なくとも、総会決議による決定を欠くことが無効事由であることと、その根拠を論じることができれば良いでしょう。
  - 問（３）においては、募集株式の出資の払込が仮装される場合において、株式発行が無効となるか、不存在となるか、そのための判断枠組みはどのようなものかが問われています。
    - 出資の払込が仮装される、という事実だけであれば、平成２６年改正法の下では、払込は無効であるとしても株式発行は有効と解するのが多数説ですが、無効説もあります。
    - 加えて、発行手続の瑕疵が著しいこと、不公正発行と考えられることを加味すれば、株式発行不存在と評価することもできそうではあります。ここまでの検討を時間内に終えるのは大変かも知れません。

同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

２０２２年度（2021年8月28日実施）
前期日程入学試験問題の解説

商 法 その２

問（１）について

問（１）

1. 甲株式会社（以下、「甲社」という。）は、産業機械の製造販売事業を営む公開会社であり、その発行する株式を証券取引所に上場している。甲社の資本金は100億円であり、取締役会及び監査役会を設置している。甲社の定款には、取締役の員数を10名以下とする旨の定めがある。甲社においては、平成20年6月の定時株主総会において、取締役全員の報酬総額の上限を12億円とする旨の決議をしていた。甲社の発行済株式総数は10億株であり、その定款には種類株式、単元株式数に関する定めはいずれもなく、甲社は自己株式を有していない。
2. 甲社においては、取締役の個人別報酬については、毎年、定時株主総会の直後に開催される取締役会において、その決定を代表取締役に一任する旨の決議がなされ、この決議に基づいて、代表取締役が上記の上限の範囲内で個人別報酬額を決定してきた。甲社においては、30年以上前に株式を上場してから令和4年6月に至るまで、取締役の個人別報酬額の決定に関する方針を株主総会または取締役会の決議により定めたことは一度もない。
3. 令和4年6月に開催された甲社の定時株主総会において取締役に選任されたＡは、同日に開催された取締役会において代表取締役に選定された。Ａは、前年までの慣例に従い、自己を除く残りの取締役8名の個人別報酬の年額を各人8000万円とし、これに社外取締役1名の報酬額2000万円を加えた9名分の報酬額を総額6億6000万円と決定した。その上で、Ａは、代表取締役の報酬の年額を1億6000万円とする甲社の慣例に従わず、自己の報酬の年額が６億円となるように種々の費目で支払をすることを決定した。甲社においては、令和３年度の営業利益が特に好調だったというわけではない。

問（１）（配点：２０点）

甲社における取締役報酬の決定について、以下の①および②の観点から、その法的問題点を検討しなさい。

①取締役全員の報酬総額の上限を12億円とする旨を株主総会決議により定めていること。

②代表取締役Ａが、自己の報酬年額のみを増額し、６億円となるように定めたこと。

問（1）の出題趣旨

- 問われているのは、甲社における取締役報酬の決定についての法的問題点。
- 法的問題点が問われるときは、訴訟になり得る問題に加えて、手続上適用されるルールを明らかにして（判例があるときは、その判例法理を述べ、）、注意すべき事項を指摘することも含まれ得る。
  - ①については、取締役全員の報酬総額の上限を株主総会決議により定めていることについては、その法的根拠を確認し、問題文に記された内容の決議をすることで、決議内容が適法となるかを検討すべき。
    - 取締役報酬は、定款規定または株主総会決議により決定しなければならないところ（361条1項柱書）、報酬の総額上限のみを定めるということは、取締役の個人別報酬額は総会決議の段階では決定されていないということ。
    - このような総会決議が適法か、その理由は何故か（個人別報酬額を総会決議で決めなくて良い理由）を答えることになる。令和元年改正法361条が関係している。
  - ②については、性質の異なる問題が含まれているので、分けて検討する必要がある。
    - 個人別報酬額を代表取締役がその一存で決定していることは、②の問題に含まれるか？（①の問題と考えるのが素直であるが、②の解答にも影響する。）
    - 代表取締役Ａが自己の報酬年額のみを増額していることの問題点、つまり、そのような決定の適法性、適切さを検討する法規範は何か、という問題。
    - Ａの報酬を６億円とした場合に、甲社の取締役に対して支給される報酬の総額が12億6000万円となることの問題点。

問（1）①の解答のポイント

- 甲社の株主総会決議により、取締役報酬は、全員の総額上限を12億円とする旨が決議されている。これは適法か。
  - 361条1項が、取締役の報酬を定款または株主総会の決議事項と定めている趣旨は、いわゆるお手盛りの弊害を防止するため。つまり、不当に高額な報酬を取締役に支払うことにより、株主に分配される会社財産の額が不当に減少することの防止。
  - 361条1項1号にいう確定額報酬の場合に決定されるべき報酬の額とは、その趣旨から考えて、報酬総額の上限が定められていれば足りると解される。支払われる報酬の上限を株主が定めている以上、それを超える報酬の支払から株主は守られており、それをもって361条1項の目的は達せられたと考える。
- 報酬総額上限のみを決議したことについて、他に問題はないか？
  - 報酬の総額上限のみを総会決議により定める事案に取り組んだ従来の判例は、その枠内での分配を取締役会に委ねる旨の決議が併せて行われた事実を認定している。
  - これらの判例に従い、報酬額の決定に関する内規を定めるのが通常の実務であるが、事実２では、個人別報酬の決定に関する方針を定めたことはない。前年（令和３年）までは、代表取締役は慣例に従って個人別報酬額を決めていた（事実３）ようであり、これらの運用からみた問題点はないか？
  - 甲社は株式を上場した公開会社であり、また、その資本金は100億円であるから、甲社は大会社（会社法2条6号イ）であり、監査役会設置会社でもある。
  - この場合には、甲社は、361条7項1号に基づき、取締役の個人別報酬の内容決定に関する方針を取締役会決議により決定しなければならない。

問（1）①の解答のポイント

- 個人別報酬の内容決定に関する方針を定めていないとき、どのような問題が生じるか？（法学既修者としての学力を判定する上では、以下のものは必答ではない。）
  - 361条7項1号の定める取締役の個人別報酬の内容決定に関する方針を取締役会決議により決定することなく、同項に違反して、個人別報酬額の決定を代表取締役に一任する取締役会決議がなされた場合には、その取締役会決議は同項違反により無効となる。
  - 取締役の個人別報酬額が、取締役会決議により決定された方針によらずに代表取締役により決定された場合には、代表取締役により決定された個人別報酬額の決定が違法となるため、取締役に対する報酬の支払は無効になると解されている。
    - この問題は、後述のように、②の解答に含めることもできる。
- 以上のほかに指摘され得る問題点はあるか？
  - 取締役報酬の総額上限のみが株主総会により決議されるときは、その総額を変更するまでは、毎年総会決議を行う必要はない。
  - 取締役の報酬に関して361条1項に基づく総会決議が行われるときは、その議案を総会に提出した取締役は、その議案の内容を相当とする理由を説明しなければならない（361条4項）。例えば、報酬総額上限を増額する旨の決議をしようとするときは、その増額が合理的であることの理由を説明すべきである。
    - もっとも、本問では、報酬総額上限を変更する総会決議が行われようとする事案ではないので、これを解答することは出題趣旨から外れる。

問（1）②の解答のポイント

- 代表取締役Ａが自己の報酬年額のみを増額していることの問題点。つまり、そのような決定の適法性、適切さを検討する法規範は何か？
  - 取締役の個人別報酬額を代表取締役が決定する行為は、会社の経営判断に属する事項であるから、その内容または手続が法令違反、または株主総会決議違反（会社法355条）に当たるときは、直ちに善管注意義務違反に当たると考えられる。
  - また、取締役が会社の利益に反して自己の利益を図ることを禁ずる忠実義務（会社法355条）の違反に当たるかどうか、という問題もある。
  - 法令違反、総会決議違反、忠実義務違反のいずれにも当たらないときは、経営判断原則の下で、善管注意義務違反かどうかが判断される。
  - ①においてみたように、甲社においては、個人別報酬額の決定方針を取締役会決議により決定すべきであったから、代表取締役Ａは、取締役会の一任決議によらず、その決定方針を取締役会により決定する必要があった。個人別報酬額の決定方針を取締役会により定めずにＡが個人別報酬額を決定したことは、361条7項違反。
  - （仮に361条7項違反を見落としたとしても）その決定内容は、報酬を増額する客観的に正当な事由がないのに、（前年までの慣例から逸脱し）会社の利益に反して自己の報酬額のみを増額するＡの行為は忠実義務違反である。経営判断原則により裁量逸脱の有無を検討することは適さない。

問（1）②の解答のポイント

- Ａの報酬を６億円とした場合に、甲社の取締役に対して支給される報酬の総額が12億6000万円となることの問題点。
  - Ａ以外の取締役に総額6億6000万円を支給し、Ａ自身に６億円の報酬を支給すると、その報酬総額は12億6000万円となり、総会決議により定めた報酬総額上限の12億円を超過する。この見地からは、Ａに対する報酬額を含む個人別報酬額の決定を全体としてみれば、総会決議違反の決定である。
  - 上限を超過して支払われる取締役報酬は、その超過額6000万円が法律上の原因を欠くもので不当利得（民法703条）となり、受給した取締役は、その報酬を会社に対して返還する義務を負う。また、その支給を行ったことにより甲社に損害を与えたＡは、甲社に対して損害賠償責任を負う（423条1項）。
    - 法学既修者の学力を判定する上では、ここまでの解答があれば十分である。
  - 個人別報酬額の決定手続が361条7項違反であることを加味すれば、本問において返還されるべき報酬の範囲（Ａが負うべき賠償責任）は、12億6000万円の全額。
  - 他方、各取締役は甲社に対して、取締役の職務執行という役務を提供し、会社はこれにより相応の利得を得ている。このことを勘案すると、Ａ以外の取締役は、役務提供により会社が得た利得との間で返還利得の相殺が行われるべきことを主張すれば、361条7項違反により支払われた報酬の全額を返還する必要はなさそう。
  - Ａのみが、甲社に提供した役務を勘案しても過大な報酬額を得たと評価されるので、Ａは、６億円の報酬の大半（全額と見てもよい）の返還義務を負う。
  - 361条7項違反の問題がないときは、12億円の総額上限までは不当利得でない。その上限を超過した6000万円のみが不当利得となる。この場合には、利得はＡに生じたと解し、Ａが6000万円全額の返還義務を負うと考えて良い。

同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

２０２２年度（2021年8月28日実施）
前期日程入学試験問題の解説

商 法 その３

問（２）について

［問２］

問（２）（配点：２０点）

令和２年から継続して１０００株の甲社株式を保有するＸは、甲社におけるＡに対する報酬の支払額が大幅に増えたことを知った。

① Ａが受け取った報酬を甲社に返還させるため、また、Ａに支払われた報酬につきＡの甲社に対する責任を追及するために、ＸがＡに対して、適法に株主代表訴訟を提起することができるかを検討しなさい（実体的な請求の可否について問うものではない）。

② 令和５年６月下旬に行われると見込まれる次回の定時株主総会において、甲社の取締役の個人別報酬の年額上限を２億円とすることを株主総会の議題及び議案とすることを、Ｘが甲社に対して請求することができるかを検討しなさい。

※ 講評における追記

問（２）①において、実体的な請求の可否を出題から除外したのは、試験時間を考えれば、多くの受験生にとって解答すべき量が多すぎると判断されたことが主な事情であるが、他方、問（１）において解答される可能性もあり、出題の重複を回避するためでもある。

問（２）の出題趣旨

- 問（２）は、過大な報酬が取締役に支払われたことを知った株主が、株主の監督是正権に基づいて、会社または取締役に対して行使し得る権利のうち、①では株主代表訴訟（会社法847条）、②では株主提案権（303～305条）を行使するための要件を満たしているか否かについて、根拠条文を正しく指摘し、甲社の類型に即してこれらの条文を正確に読み取り、的確に要件充足の有無を説明することができるかを問うもの。

- ①においては、報酬を甲社に返還させる場合と、支払われた報酬についての取締役の会社に対する責任を追及する場合とでは、請求権の性質が異なることに気づくことができるか、そして、その性質の違いに応じて、株主代表訴訟の対象となるか否かについての最高裁判例が関係していることに気づき、その判例法理に当てはめることができるかどうかを問うていた。
  - 試験時間が不足していたためと考えられるが、代表訴訟の適用範囲の見地から、その可否につき検討した答案は見当たらなかった。

問（２）①の解答のポイント

- 甲社の株主Ｘが、甲社の取締役Ａに対して株主代表訴訟を提起することができるための要件は、次の通り。
  - 請求が、責任追及の訴えに属するものであること
  - 847条1項に定める代表訴訟提訴権（会社に対して提訴請求をなす権利）が認められること。甲社は公開会社であり、Ｘは令和4年6月からみても６か月以上前にあたる令和２年から１株以上を継続保有することをもって、その提訴請求、代表訴訟の原告適格は認められる。
- 責任追及の訴えに含まれるのは、
  - 423条1項に基づく任務懈怠責任その他の会社法上の責任を対象に含む（争いはない）。
  - 争いがあるのは、会社法上の責任以外の責任。代表訴訟の範囲に関する、いわゆる限定債務説によれば、会社法上の責任のみが代表訴訟の対象と解されるのに対して、全債務説によれば、取締役の会社に対する契約上の責任、不法行為責任や、会社の有する物権法上の請求権も広く代表訴訟に含まれることになる。
  - この点に関する判例（最判平成21･3･10民集63巻3号361頁）は、取引債務説と言われる立場。会社法上の責任に加えて、取締役と会社の間の契約に基づく契約責任が代表訴訟に含まれる。具体的には、利益相反取引から生じた債務の履行請求、契約債務の不履行による損害賠償請求、契約から生じる不当利得返還請求などが代表訴訟の対象となる。取引債務説によれば、不法行為責任、物権法上の責任は対象外。
  - 取締役と会社の間で締結された任用契約は委任契約であり（330条）、この契約に基づき支払われる報酬につき、会社に対する返還義務が生じるときは、その請求権の法的性質は不当利得返還義務（民法703条または121条の2第1項）である。
  - 全債務説または取引債務説によれば、報酬返還請求は代表訴訟の対象になる。他方、限定債務説によるときは、代表訴訟の対象でないことになる。

問（２）②の解答のポイント

- Ｘが、甲社に対して株主提案権を行使するための要件は、次の通り。
  - 請求する会議の目的（議題）が、株主総会の権限に属するものであること
    - 個人別報酬の年額上限は、361条1項との関係において、株主総会の権限事項であるか（この論点は、法学既修者の学力を判定する上では、解答することを要しない）。
    - 甲社にも適用される361条7項は、個人別報酬額の決定方針を取締役会決議により決定することを求めているが、同項柱書は、総会決議により1項各号の定めがある場合に、「当該定めに基づく取締役の個人別の報酬等の内容についての決定に関する方針」と述べており、総会決議に基づいて取締役会に個人別報酬額の決定が委ねられる場合にはその方針を取締役会決議により決定することを求めるもの。取締役会に委ねることなく、株主総会決議により個人別報酬額が定められることは、本来的には株主総会の権限事項であるから、その権限をどこまで行使するかを総会が決定することも許されると考えて良く、個人別報酬額の上限を総会決議により定めることをを排除しないと解される。
  - 株主提案権が認められる少数株主権の要件を満たすこと
    - 甲社は、公開会社かつ取締役会設置会社であるから、Ｘは、議題につき303条2項、議案につき305条1項に基づき、総株主の議決権の1／100以上または議決権300個以上を、提案権の行使日から遡って６か月以上継続して保有していることが必要。令和２年から継続して1000株を保有しているＸは、少数株主権の行使要件を満たす。
  - 提案権の行使期限を遵守すること
    - 303条、305条に基づく株主提案は、株主総会の日の８週間前までに会社に到達するように行使されなければならない。
    - 加えて、上場会社、即ち、振替株式（社振法128条1項）の発行会社である甲社において、少数株主権である株主提案権を行使する際には、総会の８週間前までに社振法154条3項の定める個別株主通知を行わなければならない（社振法154条2項）。提案株主が権利行使要件を備えるか否かを、振替株式発行会社が判断し得るために必要な通知だから。