

第 1 問 答 案 用 紙

(企 業 法)

(注) 解答は、この答案用紙 1 枚で行うこと。

問題 1	1. 甲会社が種類株を発行する場合は、発行可能種類株式総数に加えて、108 条 2 項各号の事項を定款で定めなければならない(108 条 2 項)。これは、株式の内容という重要な事項が軽々しく変更されないようにするとともに、自己よりも有利な株主が現れる可能性があることを既存株主に覚悟させておくためである。 2. まず、①のためには、甲会社は、剰余金の配当について異なる定めをした種類株を発行すればよい(108 条 1 項 1 号)。そして、そのためには、配当財産の価額の決定方法、剰余金の配当に関する取扱いの内容を定款に定める必要がある(同条 2 項 1 号)。そこで、甲会社は、社債の利払に相当するものとして普通株の株主に対する剰余金の配当に先立ち毎事業年度に 1 株につき 3 万円の配当を行うには、剰余金配当優先株を発行すればよく、毎事業年度に 1 株につき 3 万円を配当すること、優先的取扱いを受けてまだ会社に剰余金があっても普通株主とともにその配当に与ることはできないが、当期の配当が優先的取扱いに達しない場合は不足分が次期の剰余金から填補される非参加的・累積的優先株とする定めをする必要がある。また、社債の利払に相当するものとして償還までの 5 年間を通算して 1 株につき合計 15 万円の配当を行うには、そのような取扱いが可能となる内容の定めをする必要がある。 3. 次に、②のためには、甲会社は、取得条項付種類株を発行すればよい(108 条 1 項 6 号)。そして、そのためには、一定の事由が生じた日に甲会社が当該株式を取得する旨及びその事由、当該株式 1 株を取得するのと引換えに当該株主に対して交付する財産の内容等を定款に定める必要がある(同条 2 項 6 号、107 条 2 項 3 号)。そこで、株式の内容を②の内容とするには、甲会社は、発行から 5 年を経過した日をもって当該株式の全部を取得すること、取得対価は金銭であること、その 1 株あたりの額は 100 万円であること、の定めをする必要がある。
問題 2	1. 甲会社が、新たに発行する種類株を社債(議決権がない)に類似する性質を有するものとするには、前述した①②に加えて、③の内容を有する株式を発行することが考えられる。 2. ③のためには、甲会社は、議決権制限種類株とりわけ完全無議決権種類株を発行すればよい(108 条 1 項 3 号)。そして、そのためには、株主総会において議決権を行使できる事項及び議決権行使条件を定めるときはその条件を定款に定める必要がある(同条 2 項 3 号)。そこで、株式の内容を③の内容とするには、甲会社は、株主総会において議決権を行使できる事項はないこと、議決権行使条件として 2 事業年度連続して剰余金の配当が行われない場合は全ての株主総会決議事項について議決権を行使できること、の定めをする必要がある。また、2 事業年度連続して剰余金の配当が行われなかった後に剰余金の配当が再開された場合に、議決権は再び行使できなくなるのか等の行使条件についても定めておく必要があると考えられる。

第2問答案用紙

(企業法)

(注) 解答は、この答案用紙1枚で行うこと。

問題 1	1. 本件取締役会決議は、議決に加わることができる取締役5名のうち過半数の3人が出席し、その過半数である全員の賛成によって成立しているから、決議要件(369条1項)は満たしている。しかし、取締役会の招集通知は取締役全員に発する必要があるが(368条1項)、本問では、取締役Eに招集通知を発しておらず、Eが当該取締役会を欠席した状態で本件取締役会決議がなされている。そこで、一部の取締役に招集通知がなされず、そのために当該取締役が欠席して取締役会決議がなされた場合の取締役会決議の効力が問題となる。 この点、取締役会決議に瑕疵がある場合の効力については、株主総会決議に瑕疵がある場合と違って特別の規定がないから、民法の一般原則により、原則として無効であると解する。ただし、招集通知を欠缺された取締役が取締役会に出席しても決議の結果に影響を及ぼさない特段の事情がある場合(当該取締役が名目的取締役である等)には、831条2項の趣旨を類推して、例外的に有効であると解する。なぜなら、このような場合にまで無効とするのは、あまりにも形式的であり、法的安定性を害するからである。 2. 本問では、招集通知を欠いたEは、名前だけの取締役であり、取締役会に全く出席しておらず、会社経営にも関与していなかったのだから、名目的取締役であるといえ、上記の特段の事情があるといえる。よって、本件取締役会決議は有効である。
問題 2	1. 本件契約当時、乙会社の使用人Pには代表権もなく、また、代理権もなかったから、Pの行為は無権代表行為となり、本件契約の効果は乙会社に帰属せず、乙会社は丙会社に代金支払責任を負わないのが原則である。しかし、Pは「乙会社副社長P」名義を使用している。そこで、354条の表見代表取締役制度を適用して、丙会社を救済できないかが問題となる。 2. 354条は権利外観理論を基礎として取引の安全を図る規定であり、同条が適用されるには、①平取締役が代表権を有すると認められる名称を有し、②会社が平取締役に当該名称を付し、③第三者が代表権の不存在について善意であったことが必要である。②に関して、本条の趣旨から、会社の許諾は黙示の許諾でもよいと解する。また、③に関して、本条の趣旨から、第三者には無重過失も要求されると解する。さらに、354条は908条1項の例外規定であり、354条の適用がある場合は、908条1項の商業登記の積極的公示力は適用されないと解する。 3. 本問では、①に関して、Pは354条に例示の「副社長」という名称を使用しているが、Pは使用人にすぎない。しかし、本条の趣旨から、外観を信頼した相手方保護の必要性は同じだから、本条の類推適用を認めるべきと解する。また、AはPの当該名称使用を認めていたのだから、少なくとも黙示の許諾があり、②の要件もみたす。よって、丙会社が善意・無重過失である場合は、354条が類推適用され、乙会社は丙会社に対して代金を支払う責任を負う。

【解答への道】

I 合格ライン

今年の企業法の論文式試験の問題は、内容的には例年どおり基本的なものであった。とくに、第2問は基本的な問題で、かつ、書きやすい問題である。真面目に勉強してきた受験生は報われたと思う。ただ、第1問は、種類株式からの出題（背景的には「株式と社債の接近化」を出題テーマにしている）で、出題が非常に強く予想されていた分野からの出題ではあったが、何を書くことが求められているのかよくわからず不安を感じた受験生が多かったのではないかと予想される。第1問は、従来訊かれることが多かった「手続」を訊く問題ではなく、定款に「何をどのように記載するか」ということが訊かれている。しかも、抽象的な定款記載事項を論述すれば済む問題ではなく、「問題文に即した具体的な記載事項」を「自分なりに考えて論述すること」が求められている。今までになかった実務型の新しい発想の問題であり、新しく試験委員になられた先生による出題ではないかと予想される。今後もこのような出題が続くかは何ともいえないが、注意しておく必要はある。

いずれにしても、第1問については、多くの受験生が定款記載事項については簡単な論述で終わってしまい、解答用紙のスペースを埋めようとして「手続」を書いた受験生の方も多いと予想される。もちろん、論述した「手続」の内容自体が間違っていれば減点となるが、論述自体に間違いがない場合にそれが余事記載として減点されるかどうかは現時点では何ともいえないところである。ほとんどの受験生が「手続」も論述したとなると、減点対象とはならないのかもしれない。合格発表時における審査会のコメント及び受験生の方に送付される成績通知書を検討して判断したい。

<第1問>

1. 問題1について

「種類株式」からの出題である。ただ、問題文に「社債に類似する性質を有する種類株式」とか「社債の利払に相当するものとして」とあるように、社債に接近した株式（株式と社債の接近化）が背景テーマにある。種類株式を被参加的・累積的な剰余金配当優先株式（①）かつ一定の日の到来をもって強制取得する取得条項付種類株式（②）かつ完全無議決権株式（③）とすると、その性質は社債に近づく。この理解を背景とした出題である。

問題文は、問題1・問題2とも、「甲会社は新たに発行する株式の内容に関して会社法上どのような定めをする必要があるか」と訊いている。したがって、①②③の内容を実現するための種類株式がどのような種類株式である必要があるかを論述することは当然として、108条2項各号の定款記載事項を問題文に記載された①②③の内容を実現できるように具体的に論述する必要がある。

なお、「株式の内容に関して」の記載事項が訊かれているから、募集株式の発行に際しての募集事項（199条1項各号）の論述はしてはいけないことになる（当然ながら、募集株式を発行する「手続」も訊かれていないことになる）。

まず、甲会社が新たに種類株式を発行しようと考えているわけだから、新たに発行しようとしている種類株式（以下では、仮にこれをB種類株式とよぶ。従来の甲会社の株式は種類株式となるが、以

下では、それをA種類株式とよぶ)について、「発行可能種類株式総数」および「108条2項各号の事項」を定款で定めなければならない(108条2項柱書)。問題文は「(新たに発行する)株式の内容に関して」の記載事項だけを訊いているから、論述の中心は「(B種類株式に関する)108条2項各号の事項」であり、「(B種類株式の)発行可能種類株式総数」については論述しなくてもよいともいえるが、これは一言論述してもよいと思う。また、これらが定款記載事項とされた「趣旨」も訊かれてはいないが、「趣旨」は論述すべきである。

なお、前述したように論述する必要はない「手続」について説明すると、甲会社は種類株式発行会社ではないから、①かつ②かつ③の内容のB種類株式を新たに発行するための定款変更をする必要がある(定款にその記載を設ければ甲会社は種類株式発行会社となる。2条13号参照)、定款変更のための株主総会特別決議が必要となる(466条、309条2項11号)。しかし、甲会社は現時点では種類株式発行会社ではないから、種類株式発行会社を前提とする種類株主総会(特別)決議が必要であるとか(たとえば、324条2項4号等)、②に関して種類株主全員の同意が必要とか(111条1項)、を論述した場合は、明確に減点となる。また、仮に、現時点では種類株式発行会社ではない甲会社が既存の株式に取得条項を付すのであれば、株主全員の同意が必要となるが(110条)、本問はそうではなく、種類株式の一つの内容として②の取得条項の内容をもつB種類株式を新たに発行するだけだから(A種類株式に取得条項を付すわけでもない)、110条も無関係である。したがって、110条が必要であると論述したら、明確に減点となる。

①については、細かいことであり、以下のような配慮をしなくても減点はないと思うが、①の問題文が前半と後半に分かれており、それらが「又は」という接続詞で結ばれている点に注意する必要がある。すなわち、前半の(1)「社債の利払に相当するものとして、普通株の株主に対する剰余金の配当に先立ち毎事業年度に1株につき3万円の剰余金の配当を行う」という内容と、後半の(2)「社債の利払に相当するものとして、償還までの5年間を通算して1株につき合計15万円の剰余金の配当を行う」という内容が「又は」で結ばれている。したがって、(1)と(2)は別々の内容であり、甲会社としては(1)の内容にするか、それとも(2)の内容にするか、どちらかの内容にしたいと考えている…という文脈で捉えるべきである。(1)は、いわゆる剰余金配当優先株式であり、これを非参加的かつ累積的な優先株式にすればよい。それに対して、もし(2)の内容にしたいのであれば、そのような取扱いが可能となる内容の定めを定款にする必要がある。たとえば、その期の剰余金の額の多少にもよるが、每期可能な限り15万円を限度として配当し、合計15万円になった時点で配当は終了する、などが考えられるが、具体的に論述する必要はないにしても、その辺の理解が答案に出ると印象がよい。さらに、①②③全般にわたって108条3項に触れる必要はない(触れても間違いではないが)。108条3項で許されている要綱だけを定款に記載した場合は、後日(B種類株式を発行する時まで)に、株主総会等で必要事項を定める必要があるが、甲会社はB種類株式を近々発行したいと考えているわけだから、あまり意味がない。

②については、問題文に「償還」とか「償還額」とあるのは、社債に類似する性質を有する種類株式を発行したいとの狙いからそのような表現となっている点を理解する必要がある。そして、これを実現するためには取得条項付種類株式を発行すればよく、「取得対価として金銭を交付すること」「その1株あたりの額を100万とすること」で問題文の「償還」や「償還額」という内容を実現できる。

また、取得条項付種類株式は当該種類株式の全部でも一部でも強制取得できるが、問題文の「『全部』を償還する」という記載に応じて、その旨を論述に入れておくべきである。なお、問題文の「全部」という記載に引きずられて全部取得条項付種類株式を答えとするのは、間違いである。全部取得条項付種類株式としてしまうと、これを取得するには株主総会を開催して株主総会特別決議で取得する必要がある（171条1項、309条2項3号）、また、取得対価の内容等も当該取得時に決定されるから、甲会社が5年経過日にB種類株式を1株あたり100万円の金銭を取得対価として必ず取得できる保証がないからである。また、細かいので【解答例】にも指摘していないが、B種類株式は5年経過日に強制取得することが決まっているわけだから、108条2項6号イ→107条2項3号ロ（「会社が別に定める日」の到来）としなくても（してもよいが、後日、一定の日を株主総会等で定めなければならない面倒である）、107条2項3号イの「一定の事由が生じた日」には「一定の日」も含まれると解されているから、107条2項3号イの記載事項として、たとえば「2021年9月1日の到来をもってB種類株式を取得する」と記載しておけばよい。

2. 問題2について

③については、議決権制限種類株式とりわけ完全無議決権種類株式を発行すればよく、そのための定款記載事項と問題文に沿った具体的な記載内容を論述することになる。

【解答例】には、冒頭に「社債に類似する性質を有する種類株式」という問題文の記載を理解している旨の論述があるが、これはとくに訊かれていないから、なくてもかまわない。

また、【解答例】には、最後に「2事業年度連続して剰余金の配当が行われなかった後に剰余金の配当が再開された場合に、議決権は再び行使できなくなるのか等の行使条件についても定めておく必要がある」との論述があるが、これも細かいので論述していなくても気にする必要はない。

3. 合格点について

必要とされる知識は基本的な内容でありながら、問題文の記載に沿った具体的な定款記載事項を自分なりに考えて論述することが求められる新しいタイプの問題であり、何を書くべきなのか多くの受験生を悩ませたと予想される。その関係で、第1問は、素点が低くなることが予想される。素点で15点程度が合格ラインではないかと予想する。

<第2問>

1. 問題1について

「取締役会」の分野からの出題であり、「一部取締役への招集通知の欠缺がある場合の取締役会決議の効力」という有名な論点を訊く問題である。

【解答例】はテキストの論証例どおりに論述している。ただ、原則論（民法の一般原則により原則として無効）について、取締役会の招集通知が取締役全員に発する必要がある（368条1項）趣旨から論述してもよい。たとえば、「取締役会の招集通知が取締役全員に発する必要がある（368条1項）のは、取締役全員に取締役会への出席の機会を与えるための強行法的なものであり、これを欠いた手続上の瑕疵がある取締役会決議は原則として無効であると解する」といった論述でもよい。

問題文の記載から、Eは名目的取締役であると認定してよい。したがって、判例の立場では、本問の場合は「特段の事情」があるといえ、本件取締役会決議は有効となる。

なお、取締役会で代表取締役の選定決議（362 条 3 項）をする場合に代表取締役に選定される取締役本人は、特別利害関係取締役にはあらず、したがって、当該取締役は当該決議の議決に加わることができる（369 条 2 項参照）。この点を、本問の B について論述する必要があるかどうかは悩むところではある。論述しても間違いではないが、論述したところで、B にも適法に招集通知を発しているし、おまけに、B は当該取締役会に欠席していることから、論述する実益が全く見つからない。したがって、論述する必要はないと考える（もっとも、論述しても問題はないと思う）。

2. **問題 2** について

「代表取締役」の分野からの出題であり、出題が強く予想されていた外観法理（表見法理）の一つである「表見代表取締役（354 条）」からの出題である。ただ、P が「平取締役」ではなく、「使用人」であることから、354 条の「類推適用」を論じる必要がある。それを除けば、答練でも何度も出題した外観法理の論述のパターンに従って、効果不帰属の原則を指摘→問題提起の後には、354 条の成立要件を論述（本問の解決に必要な付随論点も含めて）したうえで、本問にあてはめていけばよい。

なお、外観法理を基礎とする会社法上の制度には、354 条や同様の制度である 421 条（表見代表執行役制度）のほかに、名板貸人の責任（9 条）、表見支配人制度（13 条）、不実登記の効力の制度（908 条 2 項）がある。本問はあくまで 354 条の類推適用の肯否という形で議論されている問題であり、たとえば 13 条の表見支配人制度の類推適用という形では議論されていない。ただ、他の外観法理の類推適用という形で論じたとしても、部分点はもらえるのではないかと思う。

3. 合格点について

第 1 問と違って、第 2 問は内容も基本的であり論述すべき事項について悩むこともほとんどない。問題 1 が有名論点であること、問題 2 は出題が予想された外観法理からの出題で答練等でも繰り返し論述のパターンを学習した受験生が多いことを考えると、第 2 問は素点で 25 点程度が合格ラインではないかと予想する。

Ⅱ 答練との対応関係

<第 1 問>

問題 1

論文基礎答練 第 3 回 第 2 問 問 1

論文直前答練 第 4 回 第 2 問 問 1 問 2

<第 2 問>

問題 1

論文直前答練 第 4 回 第 1 問 問 2

問題 2

論文基礎答練 第 1 回 第 2 問 問 2

論文応用答練 第 2 回 第 2 問 問 1 問 2