

## 目次

『アガルトの司法試験・予備試験 合格論証集 [商法・民事訴訟法]』 第2版はしがき  
 『アガルトの司法試験・予備試験 合格論証集』 発刊に当たって  
 『工藤北斗の合格論証集 [商法・民事訴訟法]』 第3版はしがき  
 『工藤北斗の合格論証集 [商法・民事訴訟法]』 第2版はしがき  
 『工藤北斗の合格論証集 [商法・民事訴訟法]』 はしがきに代えて—なぜ、今「論証」なのか—  
 本論証集の使い方

# 商法

## 第1編 商法総則・商行為

### 第1章 商法とは

### 第2章 商法総則

第1. 商人及び商行為	3
● 論点 商人資格の取得時期	C 3
第2. 商業登記 (8～10, 会社907～910)	5
● 論点 「正当な事由」(9 I 後段, 会社908 I 後段)の意義	A 5
● 論点 9条1項後段(会社法908条1項後段)と表見法理の適用関係	A 5
第3. 商号 (11～18の2, 会社6～9)	6
● 論点 名板貸人の責任の要件	A 6
● 論点 名板貸人の責任の範囲	A 8
● 論点 名板貸人の責任の類推適用	A 9
第4. 営業の補助者	10
● 論点 「営業所」(24)としての実質の要否	B 10
第5. 営業	11
● 論点 17条1項(会社法22条1項)の適用範囲	A 11

### 第3章 商行為法

第1. 商行為法総則	13
● 論点 504条本文とただし書の関係	B 13
第2. 商事売買	14

## 第2編 会社法

### 第1章 会社法総論

第1. 商法総則との適用関係	15
第2. 会社とは	15
● 論点 一人会社	B 15
● 論点 法人格否認の法理	B 17

第3. 会社の種類	18
-----------	----

## 第2章 株式会社総論

### 第3章 設立

第1. 設立の種類	19
第2. 設立手続の概略	19
第3. 定款の作成	19
第4. 変態設立事項	19
第5. 出資の履行	19
● 論点 見せ金	A 19
第6. 設立中の会社	21
● 論点 設立中の会社の意義	A 21
● 論点 設立中の会社の発起人の権限	A 22
● 論点 設立費用・財産引受け・(財産引受け以外の)開業準備行為の処理	A 23
第7. 設立に関する責任	25
第8. 会社設立の瑕疵	25
● 論点 設立無効の訴えにおける無効原因	B 25
● 論点 設立行為(現物出資)に対する詐害行為取消しの可否	B 26

### 第4章 株式

第1. 株式総説	27
● 論点 株式の共有	A 27
第2. 株主の権利及び義務	29
● 論点 会計帳簿閲覧謄写請求の要件	A 29
● 論点 会計帳簿閲覧謄写請求権の拒否事由(実質的競争関係(433 II ③))	A 30
● 論点 検査役選任請求と持株要件	B 31
第3. 株主平等原則	32
● 論点 株主平等原則の限界	A 32
第4. 株式の内容についての特別の定め	32
第5. 株券	33
● 論点 株券の成立時期	C 33
● 論点 株券発行前の株式譲渡の効力	C 33
● 論点 株券発行遅滞中の株式譲渡	C 34
第6. 株式の自由譲渡	35
● 論点 承認なき譲渡制限株式譲渡の効力	A 35
● 論点 自己株式取得の規制違反の効果	A 36
● 論点 自己株式取得の規制違反の効果～役員等の責任	A 38
● 論点 従業員持株制度	B 39
● 論点 株式の持合いと譲渡制限契約	B 41
第7. 株主名簿と名義書換え	42
● 論点 名義書換えの不当拒絶	A 42
● 論点 名義書換え未了の株主(失念株主)の地位～会社側からの権利行使承認の可否	A 43
● 論点 名義書換え未了の株主(失念株主)の地位～譲渡人(名義株主)・譲受人(失念株主)・会社の関係	B 44

第8. 株式の消却, 併合, 分割及び無償割当	46
第9. 単元株制度	46

## 第5章 機関

第1. 機関総説	47
第2. 株主総会	47
論点 取締役会設置会社における株主総会の決定可能事項の拡張	A 47
論点 取締役会設置会社における株主総会決議により代表取締役を選定又は解職する旨の定款規定の効力	A 47
論点 全員出席総会	B 48
論点 代理人が指示に違反した場合の議決権行使の効力	B 49
論点 定款による代理人の資格制限	A 49
論点 株主総会における議事運営の方法	B 50
論点 株主総会における取締役の説明義務	A 51
論点 他の株主に対する招集通知漏れが取消事由に当たるか	A 52
論点 取消事由追加の可否	B 52
論点 委任状勧誘と利益供与	A 53
論点 株主総会決議取消判決の遡及効	A 54
論点 株主総会決議の瑕疵と訴えの利益	A 56
論点 否決の決議取消しの訴えの適法性	A 58
第3. 取締役及び取締役会	59
論点 「正当な理由」(339条2項)の意義	A 59
論点 取締役会決議における特別利害関係の有無	A 60
論点 取締役会決議事項(「重要な財産の処分及び譲受け」「多額の借財」(362IV①②)の意義)	A 61
論点 取締役会決議の瑕疵	A 62
論点 代表権の濫用	B 65
論点 表見代表取締役(354)	A 65
第4. 役員等の義務と責任	67
論点 監視監督義務	A 67
論点 内部統制システム	A 67
論点 親会社取締役の子会社管理義務	B 68
論点 競争取引規制	A 69
論点 利益相反取引	A 71
論点 退職慰労金が「報酬等」(361)に含まれるか	A 75
論点 報酬額等の決定を他の機関へ委任することはできるか	A 75
論点 使用人兼取締役の報酬	B 76
論点 具体的報酬請求権の発生時期	A 77
論点 報酬の減額・無報酬化の可否	A 78
論点 株主総会の決議が事後的になされた場合	B 78
論点 任務懈怠と帰責事由の関係	A 79
論点 「法令」(355)の範囲	A 80
論点 善管注意義務と経営判断の原則	A 80
論点 「株主の権利の行使に関し」(120I)の意義	A 81
論点 429条の要件の解釈	A 82
論点 「損害」(429)の範囲	A 83

論点 「役員等」(429)の範囲	A 84
論点 過失相殺の可否	B 85
論点 提訴請求の相手方	B 86
論点 「責任」(847I)の範囲	A 87
論点 担保提供制度における「悪意」の意義	B 87
論点 子会社株主・債権者の保護	B 88

第5. 監査役及び監査役会	89
論点 業務監査の範囲	B 89
論点 監査役の就任資格	B 89
第6. 会計監査人及び会計参与	91

## 第6章 計算

第1. 計算の目的	92
第2. 資本金及び資本準備金	92
論点 違法配当	A 92
第3. 剰余金配当	92

## 第7章 資金調達

第1. 資金調達総論	92
第2. 募集株式の発行	92
論点 他人名義の株式の引受け	A 92
論点 「特に有利な金額」(199III)の意義	A 93
論点 「著しく不公正な方法」(210②)の意義	A 94
論点 募集株式の発行の無効原因	A 95
第3. 特殊の新株発行	99
論点 新株予約権無償割当と敵対的買収	A 99
第4. 新株予約権	101
第5. 社債	101

## 第8章 会社の基礎の変更

第1. 組織再編	102
論点 事業譲渡	A 102
論点 組織再編行為における無効の訴え	A 104
論点 「公正な価格」(785I, 797I, 806I, 816の6I)を巡る諸問題	A 105
論点 許害的な会社分割と債権者保護	B 108
第2. 組織変更	109

## 第3編 手形小切手法

### 第1章 有価証券総論

第1. 有価証券の意義	110
第2. 有価証券の特色	110
第3. 有価証券の種類	110
第4. 有価証券の用途	110

## 第2章 約束手形

第1. 約束手形の振出し	110
論点 白地手形と無効手形の区別	B 110
論点 白地手形の性質	C 111
第2. 手形行為	112
論点 手形行為独立の原則と悪意者	B 112
論点 法人の署名	C 113
論点 偽造と無権代理人の責任・表見代理	B 114
論点 受取人欄の変造	C 115
論点 手形理論	B 116
論点 手形行為への意思表示に関する規定の適用	B 117
論点 表見代理における「第三者」の範囲	B 117
第3. 約束手形の流通	118
論点 戻裏書	B 118
論点 隠れた取立委任裏書の法的性質	B 119
論点 裏書不連続の場合の権利行使	B 120
論点 善意取得の適用範囲	B 121
第4. 原因関係と手形関係	122
論点 「害スルコトヲ知りテ」(17ただし書)の意義	A 122
論点 後者の抗弁	C 123
論点 二重無権の抗弁	B 124
論点 融通手形の抗弁	C 125
第5. 手形保証	126
論点 保証人による抗弁の援用	B 126
第6. 手形上の権利の消滅	127
論点 悪意又は重過失(40Ⅲ)の対象	B 127
論点 利得償還請求権～利得の有無	C 128
論点 白地手形と除権決定	C 129
論点 除権決定と善意取得	C 130

付録：商法紛争型別チェックリスト

# 民事訴訟法

## 第1編 訴訟関係者

### 第1章 裁判所

第1. 裁判所の組織	147
第2. 除斥・忌避・回避	147
第3. 管轄	147

### 第2章 当事者

第1. 当事者の意義	147
論点 当事者の確定基準	B 147

論点 氏名冒用訴訟	B 148
論点 死者を当事者とする訴訟	B 149
第2. 当事者能力	150
論点 民法上の組合の当事者能力	B 150
論点 法人格なき社団の当事者能力・当事者適格	B 150
第3. 訴訟能力	153
論点 訴訟無能力者の訴訟行為(訴訟無能力者による控訴)	B 153
第4. 弁論能力	153
第5. 代理人	154
論点 弁護士代理原則違反の効果	B 154
論点 法人の代表者と表見法理	B 155
論点 和解権限の範囲	B 156

## 第2編 第一審手続

### 第1章 訴えの提起

第1. 訴えと請求	157
論点 境界確定の訴え	B 157
論点 境界確定の訴えにおける当事者適格	B 158
論点 訴訟物理論	B 159
第2. 処分権主義	160
論点 一部認容判決	A 160
論点 債務不存在確認の訴え	A 162
論点 一部請求の可否	A 164
論点 一部請求における残部請求の可否(前訴判決に棄却部分が含まれる場合の処理)	A 166
論点 一部請求における相殺の抗弁・過失相殺の抗弁の取扱い	A 167
論点 一部請求において残部を相殺の抗弁に供することの可否	A 168
論点 後発損害の賠償請求の可否	A 169
第3. 訴訟要件	171
論点 訴訟要件の調査と本案判決との関係	B 171
第4. 訴権的利益	172
論点 将来給付の訴え	A 172
論点 確認の訴えの利益(確認の利益)	A 173
論点 遺産確認の訴え	A 175
論点 遺言無効確認の訴え	A 177
論点 建物賃貸借契約期間中の敷金返還請求権存在確認請求	A 178
論点 遺言執行者の当事者適格	B 179
論点 明文なき任意の訴訟担当の可否	A 180
論点 紛争管理権	C 181
第5. 訴訟の開始手続	182
論点 二重起訴の禁止	A 182
論点 相殺の抗弁と二重起訴	A 183
論点 相殺の抗弁と二重起訴(応用判例)	A 184

● 論点	債権者代位訴訟と二重起訴	A	185
● 論点	手形訴訟と二重起訴	A	186

## 第2章 訴訟の審理と進行

第1.	序論～裁判所と当事者の作業分担～	187	
第2.	口頭弁論の諸原則	187	
第3.	口頭弁論の準備	187	
第4.	口頭弁論の実施	187	
● 論点	時機に後れた攻撃防御方法の却下 (157)	B	187
● 論点	送達と再審事由	A	188
● 論点	確定判決の不正取得	A	191
● 論点	公示送達と訴訟行為の追完	B	192
第5.	訴訟行為	193	
● 論点	訴訟行為への私法規定の類推適用の可否	B	193
● 論点	訴訟契約 (訴訟上の合意)	B	195
● 論点	訴訟契約の法的性質	B	196
● 論点	訴訟上の形成権の行使	B	197
● 論点	訴訟上の相殺の再抗弁	A	198
第6.	訴訟資料の収集	199	
● 論点	弁論主義の適用範囲	A	199
● 論点	不特定概念と主要事実	A	199
● 論点	所有権の来歴経過	A	201
● 論点	債務の弁済と弁論主義	A	202
● 論点	公益的制度と弁論主義	A	203
● 論点	権利抗弁	B	204
第7.	証拠	205	
● 論点	裁判上の自白の効力 (裁判所拘束力)	A	205
● 論点	裁判上の自白の効力 (当事者拘束力)	A	206
● 論点	権利自白	A	207
● 論点	違法収集証拠	B	208
● 論点	証明責任の配分	C	209
● 論点	文書提出義務	A	210
● 論点	二段の推定	A	211

## 第3章 訴訟の終了

第1.	総説	212	
第2.	当事者の意思による終了	212	
● 論点	「同一の訴え」(262II)の意義	B	212
● 論点	放棄・認諾・和解と訴訟要件の具備	B	213
● 論点	和解調書の既判力	A	214
● 論点	和解の解除	A	216
第3.	終局判決による終了	217	
● 論点	形成判決・訴訟判決の既判力	A	217
● 論点	瑕疵ある判決と判決の無効	B	217
● 論点	形成権の行使と遮断効	A	218

● 論点	限定承認と遮断効	A	220
● 論点	114条2項の「既判力を有する」の具体的内容	C	223
● 論点	争点効理論	A	224
● 論点	法人格否認の法理における背後者への判決効の拡張	B	226
● 論点	係争物の仮装譲渡と既判力	A	227
● 論点	債権者代位訴訟の債務者への判決効の拡張	A	228
● 論点	口頭弁論終了後の承継人の意義 (訴訟物理論との関係)	B	229
● 論点	口頭弁論終了後の承継人の意義	A	230
● 論点	反射効理論	A	232

## 第4章 請求・当事者の複数

第1.	請求の複数	234	
● 論点	客観的予備的併合と上訴	B	234
● 論点	反訴請求と本訴との関連性	C	235
● 論点	反訴要件を欠く反訴の取扱い	B	236
第2.	当事者の複数	236	
● 論点	共同訴訟人間の証拠共通	A	236
● 論点	共同訴訟人間の主張共通	A	237
● 論点	主観的予備的併合 (主観的選択的併合)の可否	B	238
● 論点	同時審判申出訴訟	A	238
● 論点	通常共同訴訟と固有必要的共同訴訟の区別	A	239
● 論点	固有必要的共同訴訟と訴えの取下げ	B	239
● 論点	固有必要的共同訴訟と非同調者の取扱い	A	240
● 論点	類似必要的共同訴訟となる場合	B	241
● 論点	明文なき主観的追加的併合の可否	A	242
● 論点	独立当事者参加の要件	A	243
● 論点	独立当事者参加における二当事者間の和解の可否	B	244
● 論点	独立当事者参加における請求定立の要否	C	245
● 論点	上告審での独立当事者参加の可否	C	245
● 論点	独立当事者参加における敗訴当事者の一部の者による上訴	B	246
● 論点	類似必要的共同訴訟における一人の上訴の他の者への効果	B	248
● 論点	訴えの取下げについての参加人の同意の要否	B	250
● 論点	脱退 (48) における参加人の同意 (承諾)	B	250
● 論点	脱退 (48) の効果	B	251
● 論点	補助参加 (42) の要件	A	252
● 論点	補助参加人のなし得る行為 (形成権の行使)	B	253
● 論点	参加的効力	A	254
● 論点	利害関係の対立がある者に対する訴訟告知の効力	B	255
● 論点	訴訟承継	A	256
● 論点	引受承継における請求定立の要否	B	257
● 論点	被承継人からの引受申立ての可否	B	257
● 論点	承継原因がないことが判明した場合の処理	B	258
● 論点	任意的当事者変更	B	259

## 第3編 上級審手続

### 第1章 上訴総説

第1. 意義	261
第2. 三審制	261
第3. 種類	261
第4. 効力	261

### 第2章 控訴

第1. 意義	261
第2. 控訴権の発生	261
論点 上訴の利益（控訴の利益）	A 261
論点 不利益変更禁止の原則と相殺の抗弁	A 262
論点 附帯控訴の法的性質	C 263
第3. 控訴審の構造	263
第4. 審判の範囲	263
第5. 附帯控訴	263
第6. 控訴権の消滅	263
第7. 終局判決	263

### 第3章 上告

第1. 意義	263
第2. 審判	263
第3. 上告理由と裁量上告制度	263

### 付録：民事訴訟法 一行問題対策集

㊦ 処分権主義	A 264
㊦ 口頭弁論準備の制度	B 266
㊦ 当事者の欠席	B 269
㊦ 弁論主義	A 272
㊦ 弁論主義と処分権主義の関係	B 273
㊦ 釈明権（釈明義務）	A 274
㊦ 経験則	C 276
㊦ 自由心証主義	B 277
㊦ 証明の負担の軽減・立証困難緩和の法技術	C 278
㊦ 表見証明と間接反証	C 279
㊦ 証拠収集手段	B 280
㊦ 既判力	A 282
㊦ 訴えの変更（143）	B 284
㊦ 反訴（146）	B 286
㊦ 訴えの変更と反訴の比較	B 287

商法判例索引	288
民事訴訟法判例索引	290

## 本論証集の使い方

### 1 論証のインプット

筆者が本論証集の読者として想定しているのは、予備校の基礎講座などで各科目の基本知識を身につけている受験生です。もし、本論証集を手に入れている読者の皆さんで、まだ当該科目を学習していないという方は、まず個々の論点に関する判例・学説を理解し、知識を身につけるところから始めてください。



個々の論証は、最高裁判例がある場合には、最高裁判例に従って、最高裁判例がない場合には、下級審判例や通説に従って記述しています。参考として、サイドコメントに、（裁）判例の年月日と百選掲載判例については百選番号（【百選〇〇】と表記）、また最高裁判所判例解説（調査官解説）を参照している場合にはその該当箇所も付記しています（最判解〇〇篇〇〇年〇〇頁と表記）。

司法試験では、判例・通説の立場に従って論述をすることが求められますので、基本的には本論証集の立場に従ってインプットしてもらえれば結構です。



個々の論点の判断枠組み（規範）や理由付けの部分（ゴシック体にして強調してあります。）にマークをしておき、その部分を中心として、ザッと流し読んでください。覚えようとせず、何度も何度も流し読みを繰り返すことによって、自然と論証が残像として残っていく状態になるのが理想です。

なお、注意しておかなければならないのは、論証を丸暗記する必要はないということです。判例が用いている判断基準（規範）などは正確に再現できることが望ましいですが、細かい言い回しやニュアンスなどは当然自分なりにアレンジしていただいで結構です。

論証が残像として残っていく状態とは、理由付けや判断基準（規範）などの論証の核となる部分がパツと頭に浮かび、それを自分の言葉を用いて、論理的に並べることができるようになることです。ある程度しっかりと記憶すべきは骨組の部分で、それに肉付けをして文章化する段階は、かなり自由度が高いと思ってもらえればよいでしょう。



どのような事案で論証を用いればよいのか分かりにくいものについては、当該論点の問題となる典型事案を記載しています。

ただし、当該論証を用いるべきかという判断能力の養成は、主に問題演習によるものですので、本格的な訓練は本論証集ではなく、市販の問題集や、予備校の論文講座を用いて行ってください。

また、頻出論点の論証については、【短文】バージョンを記載している場合があります。

当該問題で記述しなければならない論点の数や、当該問題における当該論点の比重等を考え、【短文】バージョンを用いてください。

なお、論証中カッコでくくっている部分がある論点がありますが、これは反対説であったり、判例を敷衍している学説であったりと基本的に省略が可能な部分を意味しています。

## 2 論証のアウトプット

はしがきにも記載したように、どの問題でも、本論証集掲載の論証をそのまま貼り付ければよいというわけではありません。まずは、①事案分析において、典型事案、典型論点と異なる問題だと確認できた場合には、論証をマイナーチェンジするなどして、個別具体的な事案に対応する形でアウトプットする必要があります。



また、仮に、典型事案、典型論点だと確認できた場合でも、問題に応じてアウトプットすることが必要です。仮に、その問題で問題となる論点が他にもたくさんあり、その論点の比重が相対的に軽いといった場合に、フルスケールで論じる必要はありません。例えば、理由付けを短くする、問題提起を省くなどして分量の調整をしてください。



論証とは、法解釈についての判例・学説（自説）の正確な理解を、答案に表現するためのツールですので、暗記して貼り付けて解答が導き出されるようなものではなく、あくまでも個別具体的な事案処理のパーツになるにすぎないということ肝に銘じておいてください。

## 3 本論証集の使い方

百選番号は、『会社法判例百選〔第4版〕』、『商法判例百選〔初版〕』、『手形小切手判例百選〔第7版〕』、『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』に依拠しています。



論文式試験の商法は、司法試験・予備試験・法科大学院入試問わず、会社法が出題の9割（以上）を占めています。したがって、会社法の論文式試験問題の処理が非常に重要となるのですが、基本的な解き方は民法とさほど変わりありません。ただ、民法と異なるのは、会社法の方がより詳細に条文の定めがあるため、論点ではなく条文操作によって解決できる問題が多いという点です。そこで、まずは条文の指摘を第1に心がけてください（これは会社法に限らず、全ての論文式試験に当てはまることです）。本論証集掲載の論証を答案に記載するのは、（法人格否認の法理などの条文が存在しないことが問題の所在そのものであるといった論点を除き）その後です。

また、司法試験の商法では見たことも聞いたこともない問題が出題される傾向にあります。当然本論証集掲載の論点以外の論点が問われることも多くあります。そのような問題でも、まずは関連する条文を探しましょう。条文を探し当てた後は、要件を確認し、その要件の解釈等に困った際に、本論証集掲載の論証でヒントになりそうなものはないか、探してみてください。



論文式試験の民事訴訟法は、司法試験・予備試験・法科大学院入試で大きく傾向が異なるので一概には言えませんが、比較的「論点」が問われる可能性が高いと言えます。本論証集掲載の論証が活躍する場が多くあることでしょう。

若干注意が必要なのは、司法試験との関係です。司法試験では、必ずと言っていいほどいわゆる「誘導」が付されていますので、本論証集掲載の論証をそのまま吐き出すだけでは足りません。「誘導」で示されたヒントをもとに、本論証集掲載の論証を問題に応じてカスタマイズして用いることとなりますので、過去問を分析するなどして、その感覚を養ってください。



本論証集には、他の科目にはない工夫として、付録を付しました。これは、論文式試験の対策を視野に入れたものです。

商法では、「紛争型類型別チェックリスト」を付し、論文式試験で出題されることの多い事例の類型ごとに、本論証集掲載の論点や関連条文をリスト化し、学習の便宜を図っています。

民事訴訟法の付録は、「一行問題対策集」です。（新）司法試験になった今でも、いわゆる一行問題（実質的な一行問題も含む）が出題されています（平成19年、平成24年）し、法科大学院入試では頻出です。そこで、（旧）司法試験や法科大学院入試の過去問を参考に、一行問題で狙われやすいテーマを集めて、論証化しました。こちらもご活用ください。



論証についてランクを付記してあります。

A：頻出の論証。規範と理由付け（2つ以上）をしっかりと押さえ、問題に応じて、長短自在に操れるようになるべき

B：Aランクに比べれば、出題頻度が下がる論証。規範と理由付け1つを押さえれば十分

C：時間がなければ飛ばしても良い

本論証集掲載の論証は、重要な論点に関するものに厳選していますが、皆さんの可処分時間に応じて、ランクに基づいた柔軟な学習をしてください。

# 商 法

# 第1編 商法総則・商行為

## 第1章 商法とは

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

## 第2章 商法総則

### 第1. 商人及び商行為

**論点** 商人資格の取得時期

C

**論証**

**事例**

映画館の経営を計画した甲が開業資金とするため友人乙（非商人）から金銭を借り入れた（本件借入れ）。その際に、甲の親である丙（非商人）が保証人となった。

本事例で、丙は連帯保証人となるか。

丙が連帯保証人となるのは、「債務が主たる債務者の商行為によって生じたものであるとき、又は保証が商行為であるとき」（511条2項）であるところ、本事例では、後者には当たらない。では、前者に当たらないか。

甲が行おうとする映画館の経営は、502条7号により商行為に当たる。また、甲自身が権利義務の主体となって、反復継続して、営利を目的として、事業活動を行うものであるから、遅くとも、甲が映画館の営業を開始した後は、甲は4条1項にいう「商人」に当たる。そうだとすれば、それ以後は、本件借入れは、「商人がその営業のためにする行為」（503条1項）に該当し、商行為に当たる。

しかし、本件借入れ当時、甲ははまだ映画館の営業を始めてい

なかった。では、甲は本件借入れ時点において、「商人」（4条1項）であったといえるか。

商事取引における取引の安全を図るため、**基準の明確性**が重要となる。そこで、**事業意思の客観的認識可能性が生じた時点で「商人」となる**と解すべきである。もっとも、行為者が営業のために行った**準備行為**と**知って取引関係に入った相手方**は商法の適用があると考えるのが通常だから、「商人」として、商法の適用を肯定してかまわないと考える。

本事例において、映画館の経営という甲の意思が客観的に認識可能であった場合、ないし乙が甲の意思を知っていた場合は、甲は「商人」となるから、503条1項及び511条2項により、丙は連帯保証人となる。

●最判昭33.6.19  
【商法百選2】  
最判昭47.2.24  
最判解民事篇昭和47年度151頁  
参照

## 第2. 商業登記（8～10, 会社907～910）

**論点** 「正当な事由」（91後段, 会社9081後段）の意義 **A**

### 論証

「正当な事由」とはいかなる事実を指すのか、条文上明らかでなく問題となるも、登記は公の制度として尊重することが必要であるから、「正当な事由」とは**登記簿の消失、天変地異など客観的障害の**ことを指すと解すべきである。

●最判解民事篇平成6年度305頁、310頁（注9）参照

**論点** 9条1項後段（会社法908条1項後段）と表見法理の適用関係 **A**

### 論証

1 代表取締役でないが代表取締役であるかのような外観を有する者と取引を行った第三者は表見代表取締役の規定（会社法354条）により保護される。もっとも、代表取締役の氏名は登記事項（会社法911条3項14号）であるから、保護要件である「善意」は**悪意擬制**（会社法908条1項後段）との関係で満たされることはありえないとも思える。

しかし、商取引は**反復・迅速**に行われるものであるから、法が**逐一登記簿の閲覧を要求している**とは考えられない。

そうだとすれば、**会社法354条を会社法908条1項後段の例外**と考えるのが妥当である。

したがって、会社法354条の要件を満たせば、相手方は保護される。

2 これに対して、民法の表見代理規定は外観法理に関する一般的規定にすぎないから、会社法908条1項後段の例外と考えることはできない。むしろ、**会社法908条1項後段（9条1項後段）が民法112条の特則を定めている**と解すべきである。実質的に考えても、登記がされているにもかかわらず、なお民法112条の表見代理が成立するというのでは商業登記に公示力を認めた趣旨が没却されてしまう。

したがって、**民法112条が適用されることはない**。

●最判昭42.4.28  
最判解民事篇昭和42年度215頁  
参照

●最判解民事篇昭和49年度23頁  
参照

●最判昭49.3.22  
【商法百選6】

### 第3. 商号 (11~18の2, 会社6~9)

#### 論点 名板貸人の責任の要件

A

#### 論証

1 名板貸人の責任が発生するための要件は、①名板借人が名板貸人の「営業又は事業」に関して「商号」を使用すること（外観の存在）、②名板貸人が商号を使用して行うことを「許諾」すること（帰責事由）、③第三者の「誤認」（相手方の信頼）である（14条、会社法9条）。

2 ①の要件に関して

(1) 「商号」の同一性

「商号」は全く同一である必要はない。一般人にとって営業主体の同一性に関する誤認を生ずべきものであれば足りる。

●最判昭33.2.21  
最判昭41.3.11  
参照

(2) 「営業又は事業」

ア まず、「営業又は事業」のための商号の許諾であることが必要である。

したがって、手形振出だけのために商号の使用許諾を行った場合はかかる要件を満たさない。

●最判昭42.6.6  
【手形小切手百選12】

そこで、類推適用を肯定するか否かが問題となるが、肯定すべきである。本条の趣旨は表見法理にあるが、相手方の誤認が生じるのはこの場合も変わらないからである。

イ 次に、名板貸人と名板借人の「営業又は事業」は同種である必要があるか。

名板貸人の責任は相手方が営業主体を誤認することから認められたものであるところ、「営業又は事業」が同種でなければ、誤認のおそれが低く本条を適用して相手方の信頼を保護する必要はない。

したがって、原則として「営業又は事業」は同種である必要があるものと解する。しかし、例外的に営業主体の誤認を招くような特段の事情があれば同種性は不要である。この場合には相手方の信頼が生じるからである。

●最判昭43.6.13  
【商法百選13】

(3) 名板貸人又は名板借人が商人（会社）ではない場合

ア 名板貸人が商人（会社）ではない場合

まず、名板貸人が商人ではない場合は本条の適用はない。名板貸人は「商人」又は「会社」でなければならないのは条文中

明らか（14条、会社法9条）である。この場合は、類推適用も否定すべきである。

もっとも、同条の趣旨は、名板貸人が、営業主であるかのような外観を信頼して取引をした第三者を保護する点にある。そうだとすれば、名板貸人の商号であった名称を用いて名板借人が営業・事業を行う直前まで名板貸人が商人であった場合のような例外的な場合には、同条の類推適用を肯定すべきである。会社その他の商人が、名板貸人の氏や氏名・名称の使用を許諾するなど、商号使用の許諾以外の態様で、営業主・営業主が同一であるとの外観作出に帰責性を有する場合も同様である。

イ 名板借人が商人（会社）ではない場合

名板借人が商人ではない場合も適用は否定される。「営業又は事業」（14条、会社法9条）をすることを成立要件としているからである。

この場合に類推適用を認めるか否かについて問題となるも、肯定すべきである。本条の趣旨は表見法理にあるところ、相手方の誤認が生じるのはこの場合も変わらないからである。

3 要件②に関して

「許諾」は黙示でもかまわない。名板貸人の帰責性を基礎付ける要件だからである。

●最判昭33.2.21  
最判昭43.6.13  
【商法百選13】

4 要件③に関して

「誤認」とは、善意・無重過失を指す。重過失は悪意と同視できるからである。

●最判昭41.1.27  
【商法百選12】

**論点** 名板貸人の責任の範囲

A

**論証**

名板貸人の責任の範囲はいかに考えるべきか。具体的には、事実行為としての不法行為に基づく損害賠償債務まで名板貸人は責任を負うのか。

事実行為によって不法行為責任が生じた場合には、相手方の保護は不法行為法理による救済で足りる。「当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う」(14条、会社法9条)の文言からも、事実行為の場合に名板貸人の責任の適用を認めるのは無理がある。

したがって、取引の外形を伴うものを除き、事実行為としての不法行為に基づく損害賠償債務は含まれないと解すべきである。この場合、相手方の保護は不法行為法理、具体的には、民法715条や民法709条によることが考えられる。

●最判昭52.12.23  
【商法百選7】  
最判昭58.1.25  
最判解民事篇昭和52年度451頁、  
最判解民事篇平成7年度(下)  
1001頁

**論点** 名板貸人の責任の類推適用

A

**論証**

**事例**

スーパーの店舗内でテナントが営業しており、スーパーとの区別が曖昧になっていたところ、当該テナントと取引をした客に取引による損害が発生した。

本事例で、当該客はスーパーに対して名板貸人の責任を追及することが考えられるが、この場合商号使用の許諾がなく14条(会社法9条)を直接適用することはできない。では、同条を類推適用することはできないか。

14条(会社法9条)は表見法理を根拠とするものであるから、営業主体を誤認させる外観が生じていた場合には、類推適用を認めるべきである。

具体的な要件としては、まず①営業主体の誤認を生ぜしめるような外観の存在が必要である。外観の存在の有無を判断するに当たっては看板、営業時間、営業行為等の事情を考慮する。次に、②(商号使用の許諾と同視できるような)①に対するスーパーの帰責性が必要である。そして、③最後に取引の相手方の誤認が要求される。

本事例において、当該客が①～③の要件を満たせば14条(会社法9条)類推適用により、スーパーに責任追及が可能である。

●最判平7.11.30  
【商法百選14】

#### 第4. 営業の補助者

**論点** 「営業所」(24) としての実質の要否

**B**

##### 論証

表見支配人の定め適用において、外観の存在が要件とされるが、「営業所」(24条、会社法13条)は実際に営業所としての実質を備えたものである必要があるか。

24条(会社法13条)の趣旨は営業の主任者としての外観に対する相手方の信頼を保護するものであり、営業所としての実質を備えていない点まで治癒するものではない。

したがって、営業所としての実質は必要である。

具体的には、営業所とは、営業活動を統括するために一定の人的・物的施設を備えた場所的中心であって、①専属の従業員がいること、②その長が部下への指揮権をもつこと、③帳簿が本店と別であること、④営業所名義で銀行に口座を有することなど諸事情の総合判断によって実質を備えているか否かを決する。

●最判昭37.5.1  
【商法百選23】

#### 第5. 営業

**論点** 17条1項(会社法22条1項)の適用範囲

**A**

##### 論証

##### 1 商号の続用の有無

同条項の趣旨は、商号の続用がある場合は、債権者が同一の営業主体による営業が継続しているものと信じたり、営業主体の変更があつたけれども譲受人により譲渡人の債務の引受けがされたと思はれたりするものであるところ、このような信頼を保護することにある。

そこで、商号が同一ではなく、類似しているにすぎない場合であっても、取引上の通念によって、譲渡人の債権者が同一の営業主体であると誤解する程度の商号を譲受人において続用している場合には、商号の続用が認められる。

●最判解民事篇昭和47年度250～251頁、最判解民事篇平成16年度(上)139頁

●最判昭38.3.1  
【商法百選17】  
最判解民事篇平成16年度(上)141頁

##### 2 現物出資の場合

##### 事例

Aは「甲」という商号で運送業を営んでおり、BはAに対してトラックの売買代金債権を有している。その後、Aは営業全部を現物出資して株式会社「甲」を設立した。

本事例で、Bは株式会社「甲」に対してトラックの売買代金を請求することができるか。

本事例で問題となっているのは現物出資であつて、営業(事業)譲渡ではないから、会社法24条2項(以下略)、22条1項を直接適用することはできない。では、会社法22条1項を類推適用することはできないか。

(会社法22条1項の趣旨を論じて)

そうだとすれば、営業譲渡と現物出資とでは、**いずれも法律行為による営業の移転である点で、債権者の持つ信頼は同じであるということができ、類推の基礎がある**と考えるべきである。

したがって、現物出資であっても、商号の続用がある場合には、会社法22条1項の類推適用は肯定される。

●最判昭47.3.2  
最判解民事篇昭和47年度251頁