

## 目次

はしがき i

本書の使い方 iv

### 商 法

|                     |    |
|---------------------|----|
| 1 商法総則・商行為 .....    | 2  |
| 2 会社法総論・設立・株式 ..... | 8  |
| 3 機 関 .....         | 28 |
| 4 計算・資金調達・組織 .....  | 54 |
| 5 手形・小切手 .....      | 66 |

重要判例要旨一覧 .....

79

重要条文一覧 .....

99

判例索引 154

### 本書の使い方

#### 問題ランク

**A**は学習初期から必ず押さえてほしい基本的な問題を、  
**B**はそれ以上のレベルの問題を表します。  
 1周目は**A**だけを、2周目は**B**を中心に問題を解いて  
 いくと学習を効率的に進められます。

【左側：問題】

#### チェックボックス

解き終わったらチェックし  
 て日付を記入しましょう。

#### 問題文

基本・重要論点を順序立て  
 て端的に問う内容となっ  
 ています。

#### 通し番号

単元ごとの通し番号です。  
 「今日は何番まで」等、目  
 標設定にお役立てください。

#### 条文表記

(362Ⅳ①)は、362条4  
 項1号を表します。

アガルトの総合講義 1問1答

23. **A** 「重要な財産の処分及び譲受け」(362Ⅳ①)又は「多額の借財」(362Ⅳ②)の要件のうち、「重要」又は「多額」の判断方法について説明しなさい。

24. **B** 「多額の借財」(362Ⅳ②)の要件のうち、「借財」に保証は含まれるかについて説明しなさい。

25. **B** 「特別の利害関係を有する取締役」(369Ⅱ)に対する取締役会の招集通知(368Ⅰ)の可否について説明しなさい。

26. **A** (1)全員出席取締役会の成立要件、及び(2)全員出席総会による招集手続の形骸の治癒について説明しなさい。

27. **A** 「特別の利害関係を有する取締役」(369Ⅱ)の意義について説明しなさい。

28. **A** 取締役会に瑕疵がある場合、その決議の効力がどうなるかについて説明しなさい。

29. **A** 代表取締役が取締役会の決議なく株主総会を招集した場合の株主総会決議の効力について説明しなさい。

30. **B** 代表取締役が取締役会の決議なく「重要な財産の処分」(362Ⅳ①)を行った場合の効力(取締役会決議を欠く取引の効力)について説明しなさい。

36 問 題

【右側：解答】

商 法

23. 当該財産の**価格**、会社の**総資産**に占める割合、**保有目的**、処分の**態様**、従来の**取**  
**扱**等諸般の事情を総合的に考慮する(最判平6.1.20)。

24. 保証も借財と同じく**債務負担行為**であるから、保証も**含まれる**(東京高判昭  
 62.7.30、東京地判昭9.3.17など)。

25. 取締役会の審議事項は、通知の内容にかかわらず追加することが**可能**であるため、  
 特別利害関係取締役が議事(審議)に参加することができるか否かにかかわらず、  
 招集通知が**必要**である(東京地判昭56.9.22、東京地判昭63.8.23)。

26. (1) ①取締役会参加資格者の**全員出席**、②全員が**取締役会**との決議を有している  
 こと、③取締役会の**権限事項**の協議。  
 (2) 招集手続を経ていないことが**違法**とならない(最判昭31.6.29)。

27. 本条項の趣旨が取締役の会社に対する**忠実義務**の違反を事前に防止し、取締役会  
 の議決の**公正**を担保し、**会社利益**を保護するところにあるから、「特別の利害関  
 係を有する取締役」(369Ⅱ)とは取締役の**忠実義務違反**をもたらすおそれのある、  
**会社の利益と衝突する個人的利害関係**を有する者を指す。

28. 違法であれば**無効**であるのが原則であるが、取締役が**出席**しても**決議**に影響がな  
 いと認めべき**特段の事情**がある場合にまで**無効**とする必要はないため、**有効**とな  
 る(最判昭44.12.2)。

29. 決議不存在としても第三者の**取引の安全**は害されないものの、一応**正当な招集権**  
 者である代表取締役により招集されていることから、**取消事由**となる(決議不存在  
 となるわけではない、最判昭46.3.18)。  
 ※平取締役が取締役会決議なしに総会を招集した場合は**不存在**となる(最判昭  
 45.8.20)。

30. **内部的意思決定**を欠くとどまるため、原則として**有効**であるが、取締役会決議  
 という**内部的意思決定**を欠くにもかかわらず、会社の業務に関して**包括的**代表権を  
 有する代表取締役が契約を締結した点で、**心裡留保**類似の構造があるといえるため、  
**民法93条**ただし書の**類推適用**により、相手方が**取締役会決議**を経っていないことを  
 知り又は知り得べかりしときに限って、**無効**となる(最判昭40.9.22)。  
 ※近時判例は、原則として**当該会社以外の者**からの**無効主張**を認めないとした(最  
 判平21.4.17)。

37 解 答

**解答**  
 論文式試験で記載すること  
 になる知識をまとめた内容  
 になっています。

**インデックス**  
 現在学習中の部分が一目瞭  
 然です。



商

法



## 1 商法総則・商行為

- /  /  / 1. **A** 商人資格の取得時期について説明しなさい。
- /  /  / 2. **A** 「正当な事由」(9 I 後段, 会社908 I 後段)の意義について説明しなさい。
- /  /  / 3. **A** 9条1項後段(会社908 I 後段)と会社法354条の適用関係について説明しなさい。
- /  /  / 4. **B** 9条1項後段(会社908 I 後段)と民法112条の適用関係について説明しなさい。
- /  /  / 5. **A** 名板貸人の責任の要件について説明しなさい。
- /  /  / 6. **A** 「商号」(14)は完全に同一である必要があるかについて説明しなさい。
- /  /  / 7. **A** 名板貸人と名板借人の「営業又は事業」(14)の同種性がどうかについて説明しなさい。
- /  /  / 8. **B** 他人が自己の商号を使用して営業していることを知りながら、漫然と放置した場合、「許諾」(14)したと認められるかについて説明しなさい。
- /  /  / 9. **A** 「誤認」(14)の意義について説明しなさい。

## 1 商法総則・商行為

1. 商事取引における取引の安全を図る観点から、事業意思の客観的認識可能性が生じた時点で商人資格を取得する(ただし、客観的認識可能性が生じる以前でも、相手方が事業意思に悪意の場合、その時点で商人資格を取得する)。
2. 登記簿の消滅、天変地異など客観的障害のこと。
3. 商取引は反復・迅速に行われているため、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。そこで、会社法354条を会社法908条1項後段の例外と考える(最判昭42.4.28)。
4. 民法の表見代理規定は外觀法理に関する一般的規定にすぎない。そこで、9条1項後段(会社908 I 後段)が全面的に適用される(最判昭49.3.22)。
5. ①名板貸人が名板借人に「自己の商号を使用」することを「許諾」すること。  
②名板借人が名板貸人の商号を使用して「営業又は事業」を行うこと。  
③第三者が「当該商人が当該営業を行うものと誤認して当該他人取引をした」こと(当該商人とは名板貸人のこと)(14)。
6. 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)。
7. 原則として必要であるが、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。
8. 名板貸人の帰責性を基礎付ける要件であるから、許諾は黙示でも「許諾」したと認められる(最判昭33.2.21, 最判昭43.6.13)。
9. 重過失は悪意と同視できるから、善意・無重過失を指す(最判昭41.1.27)。

- /  /  / 10. **B** 「責任」(14)の範囲に事実行為としての不法行為に基づく損害賠償債務が含まれるかについて説明しなさい。
- /  /  / 11. **A** 商号の使用許諾はないが、営業主体の誤認を生じさせるような外観が生じていた場合、14条(会社9)を類推適用できるかについて説明しなさい。
- /  /  / 12. **A** 表見支配人の定め適用において、「営業所」(24, 会社13)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について説明しなさい。
- /  /  / 13. **A** 「営業所」(24, 会社13)の意義について説明しなさい。
- /  /  / 14. **A** 「営業…譲渡」(16 I)の意義について説明しなさい。
- /  /  / 15. **A** 「商号を引き続き使用」(17 I, 会社22 I)しているか否かの判断基準について説明しなさい。
- /  /  / 16. **B** 現物出資に17条1項(会社22 I)を類推適用することができるかについて説明しなさい。

10. ①「当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う」(14, 会社9)の文言、②事実行為によって不法行為責任が生じた場合は不法行為法理による救済で足りる(民715, 709)ことから、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(最判昭52.12.23, 最判昭58.1.25)。
11. 14条(会社9)は、外觀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。  
具体的には、①営業主体の誤認を生ぜしめるような外観の存在(看板、営業時間、営業行為等の事情を考慮)、②①に対する帰責性(商号使用の許諾と同視できるようなものである必要がある)、③取引の相手方の誤認の3要件を満たせば同条を類推適用することができる(最判平7.11.30)。
12. 24条(会社13)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時点で治癒するものではないから、営業所としての実質を備えている必要がある(最判昭37.5.1)。
13. 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地的中心をいい、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が考慮要素となる。
14. ①一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産を譲渡し、②これによって、譲渡人がその営業的活動を譲受人に受け継がせ、③譲渡人が法律上当然に競争禁止義務(16)を負う結果を伴うものをいう。
15. 本条の趣旨は、商号の続用がある場合は、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つたりするものであり、このような信頼を保護する点にあるから、債権者がかかる信頼を与えられるのに足りるような状況が存しているか否かで決すべきである。  
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(最判昭38.3.1参照)。
16. 同条の趣旨は、営業主の交代を知らないか、あるいは知っていたときでも商号の続用がある場合、営業に含まれる自己の債務も引き受けられたものとする債権者の信頼を保護する点にあるところ、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、債権者の有する信頼は同じであるから、類推適用し得る(最判昭47.3.2)。

/  /  / 17. **B** 名称の続用の場合に17条（会社22 I）を類推適用することができるかについて説明しなさい。

/  /  / 18. **A** 商人が顕名をしないで代理行為をし、相手方も本人のために取引していることを過失なく知らなかった場合の処理について説明しなさい。

17. 名称の続用により形成された外觀を排除し得る、会社法22条2項の免責通知に相当するような客観的事情が存在するなどの特段の事情がない限り、類推適用し得る。

18. 504条ただし書は、同条本文が、顕名主義の例外を認めることにより、相手方に不測の損害が生じることを防ぐための相手方保護の規定である。そこで、契約は、相手方・代理人間（504条ただし書）及び相手方・本人間（504条本文）に成立しているが、相手方の選択によりどちらかを主張でき、一方を選択するときには、他方は主張できなくなる（最大判昭43.4.24）。

## 2 会社法総論・設立・株式

/  /  / 1. **B** 一人会社において株主総会を招集するのに、株主総会の招集手続を履践する必要があるかについて説明しなさい。

/  /  / 2. **B** 一人会社において取締役が利益相反取引（356 I ②③、365 I）を行う場合、当該取締役が当該会社の一人株主である場合も、取締役会の承認は必要かについて説明しなさい。

/  /  / 3. **B** 一人株主が譲渡制限株式（107 I ①、同 II ①）を譲渡したが、定款所定の会社の承認がない場合の株式譲渡の効力について説明しなさい。

/  /  / 4. **A** 法人格否認の法理について説明しなさい。

/  /  / 5. **A** 法人格否認の法理の類型及び判断要素ないし要件について説明しなさい。

/  /  / 6. **A** 預金（965）の意義について説明しなさい。

## 2 会社法総論・設立・株式

1. 招集手続の趣旨（株主に総会への出席の機会を確保し、また準備のための時間的余裕を与えること）からすれば、株主全員（一人）が総会の開催に応じている場合、その利益を放棄していると考えられるから、株主総会の招集手続を履践する必要はない（最判昭46.6.24）。

2. 356条1項2号3号、365条1項の趣旨（取締役の権限濫用を防ぎ、もって会社の利益を確保すること）からすれば、実質的な会社の利益の帰属主体たる株主が全員承諾しているのならば、取締役会の承認は不要としてもよい（最判昭49.9.26）。

3. 譲渡制限制度は、会社にとって好ましくない者が株主となることを防止し、他の株主の利益を保護することにあるところ、一人株主が全株式を譲渡した場合、他の株主の利益保護が問題となる余地はないから、承諾は不要である（最判昭5.3.30、一人会社以外の会社において、譲渡人以外の全株主が譲渡に同意している場合について東京高判平2.11.29、最判平9.3.27）。

4. 法人たる会社の形式的独立性を貫くと正義・衡平に反する結果となる場合に、特定の事案に限って会社の独立性を否定し、会社とその社員を同一視する法理。

5. (1) 形骸化事例（法人とはいうものの、実質は社員の個人企業や親会社の一営業部門に過ぎないような場合、最判昭44.2.27）  
→判断要素：①業務活動混同の反復・継続、②会社と社員の義務・財産の全般的・継続的混同、③明確な帳簿記載・会計区分の欠如、④株主総会・取締役会の不開催等、強行法的組織規定の無視等  
(2) 濫用事例（会社の背後にあつて支配する者が、違法又は不当な目的のために会社の法人格を利用する場合）  
→要件：①背後者が会社を自己の意のままに道具として用い得る支配的地位にあつて、会社法人格を利用している事実（支配の要件）、②違法な目的という主観的要素（目的の要件）

6. 発起人が払込取扱銀行から金銭を借入れ、これを設立中の会社の預金に振り替えて株式の払込みに充てるが、借入金を返済するまで預金を引き出さないことを約すること。

- /  /  / 7. **B** 預合いによる払込みの効力について説明しなさい。
- /  /  / 8. **A** 見せ金の意義について説明しなさい。
- /  /  / 9. **B** 見せ金に当たるか否かの考慮要素について説明しなさい。
- /  /  / 10. **A** 見せ金による払込みの効力について説明しなさい。
- /  /  / 11. **B** 見せ金をした発起人（又は引受人）が負う責任について説明しなさい。
- /  /  / 12. **B** 仮装に関与した取締役が負う責任について説明しなさい。
- /  /  / 13. **B** 設立中に発起人がなした法律行為の効果が成立後の会社に帰属することをいかに説明すべきかについて説明しなさい。
- /  /  / 14. **B** 設立中の会社の発起人の権限の範囲について説明しなさい。

7. **無効説**（通説）＝銀行の帳簿上の操作にすぎず、会社にとって実質的には財産は確保されていないため、払込みを無効として会社債権者及び他の引受人を保護の必要性があるから、**無効**である。  
**有効説**（立案担当者）＝64条2項は募集設立の場合にのみ、保管証明責任を負わせているから、仮に払込みを**無効**とすると、発起設立の場合、会社は払込みの返還請求ができなくなるため、**有効**とした上で、会社債権者は債権者代位権（民423）の行使によって払込取扱機関に預金の返還請求ができると解すべき。
8. 発起人が払込取扱銀行以外の者から金銭を借り入れて株式の払込みに充て、会社の成立後にこれを引き出してその借入金を返済すること。
9. ①会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、②払戻金が会社資金として運用された事実の有無、③借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等。
10. **無効説**＝形式的に見れば、個々の行為は**有効**だが、**全体**としてみれば、仮装払込みの一環をなすにすぎず実質的には払込みがあったとは考えられないことから、会社財産の基礎を危うくさせるものとして**無効**とすべきである。  
**有効説**＝「権利を行使することができない」（52の2Ⅳ）、「権利を行使することができる」（52の2Ⅴ）との文言は**有効説**を前提としたものである。
11. 会社に対して、仮装した金額の全額の支払義務を負う（発起人について52の2Ⅰ、引受人について102の2Ⅰ、102Ⅲ）  
**任務懈怠責任**として、会社・第三者に生じた損害を賠償する責任を負う（53）
12. 仮装に関与した発起人も、仮装払込みをした発起人と同様の責任を負うが、**無過失**を立証した場合は責任を免れる（52の2Ⅱ、103Ⅱ）
13. **法人格**が付与されていない段階においても、会社の社団形成自体は徐々に行われており、一定の段階で権利能力なき社団たる設立中の会社の成立を認めることができる。そうすれば、設立中の会社と成立後の会社は実質的に同一のものであると考え、発起人が設立中の会社の機関として行った設立のために必要な行為の効果は、会社成立前においても実質的には設立中の会社に帰属している。そのため、会社の成立とともに形式的にも当然に会社に**帰属**する（最判昭42.9.26）。
14. 設立中の会社は会社の設立を目的としているから、法人たる会社の形成・設立それ自体を目的とする行為の他、会社の設立にとって法律上・経済上必要な行為まで及ぶと考えるべきである（大判昭2.7.4）。