

予備試験

---

令和5年予備試験  
論文式試験分析会  
商法・民事訴訟法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 235592

LU23559



## 商法 問題

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、会社法上の公開会社であるが、金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。甲社は、種類株式発行会社ではなく、発行可能株式総数は2万株であり、発行済株式の総数は1万株（議決権の総数は1万個）である。甲社の取締役はA、B及びCの3名であり、代表取締役はAである。甲社の定款には、株主総会における議決権行使の代理人の資格を甲社の株主に限る旨の定め及び取締役の員数を3名とする旨の定めがある。
2. 乙株式会社（以下「乙社」という。）は、事業の成功により一代で巨額の財を築いたDがその資産を管理するために設立した会社である。乙社の株式の全部を有するDは、乙社の唯一の取締役として、乙社の管理運営を全て自ら行っている。乙社は唯一の従業員としてDの子であるEを雇用しているが、Eの職務内容は乙社の決算期における書類の整理のみであり、それ以外に勤務の実態はない。
3. 乙社は、令和4年6月頃から引き続き甲社の株式1000株を有している。甲社の業績と経営方針に不満を抱いているDは、乙社を代表して、甲社の代表取締役であるAに対し、甲社の経営に関する意見を繰り返し述べてきたが、Aは、乙社が甲社の経営に介入してくることを快く思っておらず、乙社の意見を全て無視してきた。
4. Dは、自らの意見を甲社の経営に反映させるために、令和5年4月10日、乙社を代表して、甲社の代表取締役であるAに対し、同年6月に開催予定の甲社の定時株主総会（以下「本件総会」という。）において、本件総会の終結により取締役の任期が満了するBを取締役に再任するのではなく、乙社が推薦するFを新たに取締役に選任する旨の議案の要領を本件総会の招集通知に記載することを請求した。  
ところが、Aは、乙社が甲社の経営に対する介入を強めることは甲社の利益にならないと考え、乙社の提案を無視することとし、これを他の取締役に伝えることもしなかった。
5. 甲社の代表取締役であるAは、令和5年6月12日、株主に対し、同月29日に開催予定の本件総会の招集通知（以下「本件招集通知」という。）を発した。本件招集通知には、「取締役1名選任の件」として、Bを取締役に選任する旨の議案が記載されていたが、乙社が提案したFを取締役に選任する旨の議案の要領は記載されていなかった。  
Dは、乙社として、本件総会の議場で、Fを取締役に選任する旨の動議を提出し、議案の説明をすべきだと考えたが、スケジュールの都合上、自らが乙社を代表して本件総会に出席することはできなかつたため、乙社の代理人としてEを本件総会に出席させ、動議を提出させることにした。なお、Eは、甲社の株主ではない。
6. 令和5年6月29日、本件総会が開催された。Eは、本件総会の受付において、乙社の委任状を提示して、「私は乙社の従業員である。乙社を代理して本件総会に出席したい。」と述べたが、受付近辺に控えていたAから「甲社の定款の定めにより、株主以外の者による代理出席は認められない。」として出席を拒絶され、本件総会に出席することができなかつた。なお、Aは、上記2の事実を知っていた。  
本件総会には、甲社の総株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した株主の議決権の過半数の賛成により、Bを取締役に選任する旨の議案が可決された（以下「本件決議」という。）。

### 【設問1】

乙社は、本件決議の取消しを求める訴えを適法に提起した。この訴えに関して、本件決議の効力

を争うために乙社の立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

7. 乙社は、本件総会の後も、甲社の他の株主から株式を買い受けることにより保有株式数を増やし、令和5年7月31日の時点で、甲社の株式を2400株有するに至っていた。また、Dは、日頃から、乙社を代表して、甲社の代表取締役であるAに対し、「令和6年6月に開催予定の甲社の定時株主総会では、乙社は、A及びCの取締役への再任に反対し、対立候補を擁立するつもりだ。また、他の株主にも乙社の提案への賛成を呼び掛けるつもりだ。」と述べていた。
8. 令和5年8月1日に開催された取締役会において、Aは「乙社が持株比率を増やし続けるのを放置するわけにはいかない。現在、我が社に特段の資金需要があるわけではないが、長年の取引先である丙株式会社との資本関係を強化し、経営の安定化を図るべきではないか。実は、既に丙株式会社との間で内々に話をつけてある。」と提案したところ、B及びCもAの提案に賛同したため、取締役全員の賛成により、丙株式会社（以下「丙社」という。）に対する第三者割当てによって新たに5000株の株式を発行すること（以下「本件発行」という。）、払込金額は1株当たり10万円とすること、払込期日は同月21日とすること等が決定された。
- なお、本件発行の後に丙社が有することとなる甲社の株式の数は、6000株である。また、本件発行の当時における甲社の事業及び財産の状況に鑑みると、本件発行における公正な払込金額は1株当たり20万円であった。
9. 甲社は、乙社が本件発行の計画を事前に察知するのを防ぐために、本件発行について、株主に対する通知及び公告を行わなかった。丙社は、令和5年8月21日、本件発行に係る払込みを完了し、これにより本件発行の効力が発生した。

## 〔設問2〕

上記8及び9の事実を知ったDは、乙社を代表して、本件発行の無効の訴えを適法に提起した。この訴えに関して、本件発行の効力を争うために乙社の立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。なお、上記6の本件決議の効力に関する主張については、論じなくてよい。

**商法 解答のポイント**

- 1 本問では、設問1で議案を招集通知へ記載するように請求したにも関わらず会社が無視した場合、及び株主である乙社の従業員による議決権の代理行使を、代理人を甲社の株主に限るとの定款を理由に認めなかったことが、株主総会決議の取消事由にあたるかが問われた。また、設問2では、①株主への通知・公告を欠いている、②有利発行であるのに株主総会決議を経ていない、③「著しく不公正な方法」による発行である、という3つの違法を有する株式発行について、無効を主張できるかが問われた。
- 2 設問1、2どちらも比較的良好に知られている論点であるため、書き負けないようにすることが重要であったと思われる。どちらの問題も、事実が比較的多く記載されているため、丁寧に拾いながら論を展開できるとよかったのではないだろうか。

なお、設問2については、②と③を差止事由として、差止事由がある場合の①株主への通知・公告を欠いた場合の事例として処理を行った。しかし、②、③自体も単独で株式発行の無効事由になるのではないかという論点も存在する。本件では株式発行が募集発行ではなく第三者割当であるため、発行後に株式発行を無効としたとしても、取引安全への害は少ないと考えられる。そのため、②や③の違法を、単独での無効事由と構成することも考えられる（とはいえ、株式を引き受けた丙社がすぐに株式を売却することもできるのであるから、やはり単独での無効主張は認めない、という論ももちろん考えられる）。

商法 解答例

第1 設問1

- 1 乙社は、本件決議の取消事由として、①本件招集通知に乙社が提案した議案の要領を記載しなかったこと、②Eを代理人とする株主総会への出席及び議決権行使を認めなかったことが、会社法831条1項1号（以下、法令名を略す。）の違法事由を構成すると主張する。かかる主張は認められるか。
- 2 ①の主張について
- (1) 取締役会設置会社において、総株主の議決権の百分の一以上の議決権又は三百個以上の議決権を6か月前から引き続き有する株主には、議案通知請求権が認められる（305条1項）。
- (2) 甲社は、公開会社であり取締役会設置会社である（327条1項1号）。乙社は、甲社株式の10%にあたる1000株を令和4年6月頃から6か月以上継続して有しており、議案通知請求権を行使しようとするところ、本件でDは乙社を代表して議案の要領を本件招集通知に記載することを請求している。しかしながら、甲社の代表取締役Aはこれを無視し、本件招集通知に乙社の提案した議案の要領を記載しなかった。
- (3) 以上より、305条1項違反という831条1項1号違反が認められる。また、かかる法令違反は株主の権利を侵害するものであり重大ではないとはいえないから、裁量棄却（831条2項）も認められず、乙社の主張は認められる。
- 3 ②の主張について
- (1) 会社法310条の規定から、株主は原則として自由に代理人を選任できる場所、代理人を株主に限る定款の定めは310条に反し無効ではないか。

- (2) この点、代理人の資格を制限する実際的な必要性から、資格を制限する合理的な理由がある場合に相当と認められる程度の制限を課す定款の規定は有効であると解する。
- 甲社の定款は、代理人の資格を株主に限るものであり、総会の攪乱を防ぐという合理的な目的のために相当と認められる程度の制限といえる。よって、甲社の定款は有効である。
- (3) もっとも、株主の議決権行使の機会は最大限保障されるべきである。そこで、①株主総会の攪乱の恐れがなく、③定款規定の適用が事実上議決権行使の機会を奪うに等しい場合には、当該定款の効力が及ばないと解する。
- 本件で、代理人として本件総会に出席しようとしたEは乙社の従業員であり、唯一の取締役であるDの子供である。そうだとすると、このようなEが本件総会を攪乱することは考えにくく、株主総会の攪乱の恐れはないと考えられる（①充足）。また、株主同士の関係が希薄な公開会社において、乙社がEを代理人とできないとすると、乙社の議決権の行使が著しく困難になる（②充足）。
- よって、本件において甲社定款の効力は及ばない。
- (4) 以上より、Eを代理人として本件総会に参加させなかったことは、310条違反という831条1項1号違反を構成する。また、その違反は重大でないとは言えないから、裁量棄却も認められず乙社の主張は認められる。

第2 設問2

- 1 乙社としては、本件発行は差止事由があるにも関わらず株主への通知・

公告を欠いており無効である、と主張すると考えられる。

- 2 株主発行の無効原因は、重大な瑕疵に限定される。既に株式が発行されている状況で安易に無効を認めれば、株式取引安全を害すためである。
- 3 本件発行については、株主への通知・公告（201ⅢⅣ）を欠いている。株主への通知等がなければ、株主は株式の発行差止請求権を行使する機会を得ることができない。そのため、株主への通知等を欠いた株式発行は原則として無効となる。もっとも、差止事由がない場合には、株主への通知等がなかったとしても株主の利益が奪われたとはいえないため、例外的に無効原因とならないと解する。それでは、本件では差止事由が存在するか。
- 差止事由として、①「特に有利な金額」（199条3項）にあたるにも関わらず株主総会特別決議（201Ⅰ、199Ⅲ、309Ⅱ⑤）を経っていないこと、②「著しく不公正な方法」（210条2号）による発行にあたること挙げられる。
- 4 ①について

- (1) まず、非上場会社の場合、払込金額が「特に有利な金額」（199条3項）に当たるかどうかの判断基準が問題となる。この点、客観的資料に基づく一応合理的な算定方法によって発行価額が決定されていたといえる場合には、その発行価額は特別の事情のない限り、「特に有利な金額」にはあたらないと考える。

本件において、公正な払込金額は1株あたり20万円のところ、特に理由もなく10万円という半額以下に払込金額が設定されており、一応合理的な算定方法によって決定されたとはいえない。また、この金額を正当化する特別の事情もなく、「特に有利な金額」にあたる。

- (2) よって、本件発行は有利発行（199条3項）であり、発行にあたっては株主総会の特別決議が必要とされる（201Ⅰ、199Ⅲ、309Ⅱ⑤）が、本件では株主総会決議はなされていない。これは、210条1号の「株式の発行」が「法令」「に違反する場合」にあたり、差止事由にあたる。

5 ②について

- (1) 本件発行は、乙社の持株比率の増加を阻むためになされているが、これは「著しく不公正な方法」（210条2号）による発行に該当しないか。

この点、新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてなされたものであるときは、「著しく不公正な方法」にあたると解する。

本件において、乙社は甲社株式の保有数を増やしつつ、現取締役の対立候補を擁立し他の株主に賛同を呼びかけることを予定していた。これに対し甲社は、乙社の経営への介入を甲社の利益とはならないと考え、特段資金調達が必要ないにもかかわらず、乙社の持株比率の増加を阻害するために本件発行を行っており、主要な目的が、現経営者の支配権を維持することにあるといえる。

- (2) したがって、本件発行は「著しく不公正な方法」によるものといえ、差止事由が存在する。
- 6 以上より、本件発行については、株主総会決議を欠いたこと及び「著しく不公正な方法」によってなされたことという2つの差止事由が存在するため、株主への公告・通知がなかったことが無効事由となる。よって、乙社の無効主張は認められる。
- 以上

— MEMO —



## 民事訴訟法 問題

〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、3：2)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

### 【事例】

甲土地は、Xの所有である。

Yは、甲土地に乙建物を建築し、これを所有していた。Yは、その後、乙建物を3つの部分に分けて、それぞれ、A、B、C（以下「Aら3名」という。）に賃貸した。Aら3名は、Yの承諾を得て、それぞれが賃借していた建物の部分を各自増改築した。なお、増築した各部分は、それぞれ増改築される前から存在していた部分と一体として店舗兼居宅として利用されており、増築した各部分は構造的にも機能的にも建物としての独立性を欠き、それぞれ不可分の状態にあった。

Xは、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴え（①訴訟）を提起し、第一審では勝訴の判決を得た。その後、Yは控訴した。

### 【事実I】

【事例】の控訴審において、Yから、乙建物はAら3名の増改築によってその形状が著しく変更され、乙建物はAら3名の所有に属するものとなっている旨の主張がされた。真実は、増築部分も含めて乙建物の所有権はYに帰属していたが、Xは、乙建物は増改築によって形状が著しく変更されており、増築部分も含む乙建物はAら3名の所有に属し、Yは所有しておらず、Yとの間で乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴えを維持することは不可能であると誤認して、この訴えに換えて、甲土地についてのYの賃借権の不存在を確認することを求める訴えに変更した。

控訴審は、変更後の訴えにつき、甲土地についてYの賃借権が存在しないことを確認する判決をし、その判決が確定した。しかし、その後、Yが、増築部分を含めて乙建物は自らの所有であることを主張したので、Xは、Yに対して、甲土地の所有権に基づき乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴え（②訴訟）を提起し、他方、Aら3名に対しては、甲土地の所有権に基づき乙建物から退去してその敷地部分を明け渡すことを求める訴えを提起した。

### 〔設問1〕

【事例】及び【事実I】の事実関係を前提に、次の設問に答えなさい。

Yは、判例を踏まえれば、【事実I】の下線部の訴え（②訴訟）は却下を免れないと主張している。Yの主張の根拠を明らかにした上で、その主張の当否について、理由を付して答えよ。

### 【事実II】（【事実I】とは別の事実関係である。）

【事例】の第一審の判決後、かねてから乙建物を店舗兼居宅として利用したいと考えていた第三者Dは、Yに対して、Xとの間で和解が成立するなどして乙建物を利用することができる状態になれば借り受けたいとして、その賃借を申し入れた。Yは、Dに対して乙建物を賃貸したいと考えたことから、控訴審において、Xとの和解を申し出た。裁判所から(a)X及びYは甲土地がXの所有であること及び乙建物がYの所有であることを相互に確認する、(b)XがYに甲土地を賃貸することを相互に確認するなどの和解案が提示され、XY間で当該和解案どりの内容の訴訟上の和解が成立し、その旨調書に記載された。

その後、Aら3名は乙建物を退去し、Yは乙建物をDに賃貸した。

〔設問2〕

【事例】及び【事実Ⅱ】の事実関係を前提に、次の設問に答えなさい。

和解交渉の際に、Yは、Xに対して、乙建物を賃貸して生計を立てていたが、現在居住している丙建物が取り壊されることになり、今後は自ら乙建物を店舗兼居宅として利用したいので和解に応じてほしいとの虚偽の説明をし、Xは、Yの説明を信じ、やむを得ないと考えて、和解に応じたことにした。しかし、訴訟上の和解が成立した後、Xは、丙建物が取り壊される予定はなく、Yが引き続き丙建物に居住し、乙建物はDが店舗兼居宅として利用していることを知り、だまされたことに気が付いた。Xは、第一審では勝訴しており、控訴審がそのまま継続していれば、勝訴したと考えている。Xとしては、Yに対して、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求めたいと考えているが、この場合には、どのような手続上の手段を採ることが考えられるか。理由を付して答えよ。

**民事訴訟法 解答のポイント**

1 設問1は、最判昭和52年7月19日を参考にした問題と考えられる。

訴えの交換的変更の解釈で旧訴の訴えの取下げを含むことを指摘し、その後、②訴訟の提起が、再訴禁止効（民事訴訟法262条2項）に触れるか否かが問題となる。

「同一の訴え」の解釈は、上記判例を参考に検討すれば問題はないと思われる。

2 設問2は、訴訟上の和解に実体法上の瑕疵がある場合について、和解の効力を否定したうえで、Xの要求を実現する手段を問う問題である。

和解調書の記載に既判力が生じるかとの関係で問題となるため、既判力肯定説、制限的既判力説、既判力否定説のいずれかの立場を選択し論述することが求められる。

また、自らが選択した立場を前提に、和解の効力を争う方法を指摘すべきである。手段を挙げるだけでなく、それぞれの手段の性質についても触れた方がよいと思われる。

なお、訴訟法上の和解に実体法上の意思表示の規定が適用されるかという点も、和解の性質論との関係も問題となりうるが、答案例においては紙面の都合上省略した。

## 民事訴訟法 解答例

## 第1 設問1

- 1 Yは、①訴訟の訴えの変更（以下、本件訴えの変更）が、所有権に基づく乙建物収去甲土地明渡しの訴えの取下げを含むものであるから、②訴訟の提起が「同一の訴えを提起すること」（民事訴訟法（以下、法令名省略）261条2項）に該当するとして、訴えの却下を免れないと主張する。これが認められるか。
- 2 本件訴えの変更が、当初の所有権に基づく明渡しの訴えの取下げを含むものといえるのかが問題となる。①訴訟は、明渡請求訴訟から賃借権不存在の確認訴訟となっているので、訴えの変更（143条1項）の内、訴えの交換的変更に分類されるものである。訴えの交換的変更を独立して1個の訴訟行為とみる見解もあるが、被告の利益保護は請求の基礎の同一性（143条1項本文）のみでしか考慮されず、不十分である。したがって、訴えの変更とは新請求を付加することを指し、旧訴の訴訟継続を消滅させるためには訴えの取下げが必要となる。訴えの交換的変更とは、訴えの追加的変更と訴えの取り下げとを組み合わせた訴訟行為と解する。
- 3 本件訴えの変更は、建物収去土地明渡しの訴えの取下げを含むと解すると、建物収去土地明渡しの訴えはすでに口頭弁論を行っているので、訴えの取下げを行うために「相手方の同意」が必要となる（261条2項本文）。Yは本件訴えの変更の際に、Xに対して、明示的な「同意」をしていないことから、訴えの取下げが適法になされたか問題になる。しかし、Xは控訴審において、本件訴えの変更を行っている。

控訴審での訴えの取下げは「本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた」ことになるので再訴禁止効が生じる（262条2項）。したがって、被告の同意の有無にかかわらず、控訴審における訴えの交換的変更を認めても被告の利益が害されることはないため、被告が新請求に異議なく応訴した場合には、旧請求の取下げに同意したものと推定できる。

本件賃借権不存在確認訴訟は確定判決を得ていることから、Yは、本件訴えの交換的変更に対して異議なく応訴したといえる。

したがって、建物収去土地明渡訴訟の取下げを含む本件訴えの変更は適法になされたと評価できる。

- 4 では、②訴訟の提起は「同一の訴えを提起する」（262条2項）ものと評価することができるのか。

同条の趣旨は、終局判決を得た後に訴えを取下げることにより裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁であり、同一紛争を蒸し返して訴訟制度をもてあそぶような不当な事態の生起を防止することにある。したがって、取り下げた訴えの訴訟物と後に提起した訴えの訴訟物が同一であったとしても、新たな訴えの利益又は必要性が生じている場合は、司法的救済の道を閉ざすべきではない。

よって、「同一の訴えを提起する」とは、当事者・訴訟物たる権利関係が同一であるだけでなく、訴えの利益も同一である場合をいう。

増築した部分は、それぞれ増改築される前から存在していた部分と一体として店舗兼居宅として利用されており、増築した各部分は構造

的にも機能的にも建物としての独立性を欠き、それぞれ不可分の状態にあった。そして、Aら3名の増改築は乙建物の形状を著しく変更するような態様のものであった。以上のような状況より、Xが、増改築部分も含む乙建物はAら3名の所有に属し、Yは所有しておらず、変更前の①訴訟の維持は不可能であると誤認することは無理からぬところがあったと評価できる。また、建物収去土地明渡訴訟の取下げは、Yが、Aら3名の増改築による形状の著しい変化によって、乙建物の所有権は既にAら3名に帰属しているとの主張に基づいてなされた。

よって、①訴訟判決確定後、Yの乙建物が自己の所有物であるとの主張からなされた②訴訟の提起は、①訴訟の状況と比べて、新たな訴えの利益、必要性が生じたといえるため、①訴訟と②訴訟は訴えの利益が同一であるとは言えない。

よって、②訴訟の提起は、①訴訟と「同一の訴えを提起する」場合に該当しないので、Yの主張は認められない。

#### 設問2

1 本件和解の効力を否定してXの意思を実現することはできるか。

2 まず、訴訟上の和解に既判力が生じるか。

和解の本質が当事者の合意であり、裁判所の関与が少ないことに鑑みれば、既判力を認めるべきではないとも思える。

しかし、「確定判決と同一の効力」(民事訴訟法(以下略)267条)という法の文言、和解の紛争解決機能に着目するならば、既判力を認めるべきである。

そこで、訴訟上の和解に既判力が生じるが、当該和解に実体法上の無効・取消事由があれば、既判力は生じないものと解する。

本件和解は、YがXに対して虚偽の説明をし、これをXが信じたことによってなされたものであるから、Xは本件和解についてYの詐欺を理由として取り消すことができる。

そのため、本件和解には、実体法上の瑕疵があり、既判力は生じない。

以上より、Xは、本件和解の効力を否定することができる。

4 では、Xは、Yに対して、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求めるためにいかなる手段をとることが考えられるか。

(1) 期日指定の申し立て(93条1項)及び乙建物収去甲土地明渡請求訴訟の提起が考えられる。

(2) 期日指定の申し立ては、従前の訴訟を流用できるという利点があり、別訴の提起は、和解無効の審理につき三審級が保障されるという利点がある。当事者救済の点から、どちらの方法も選択できると解すべきである。

(3) 本件において、Xは、控訴審がそのまま継続していれば、勝訴したと考えているから、従前の訴訟を利用できる期日指定の申し立てがXの意思にかなう。

よって、Xは、詐欺を理由に本件和解の無効を主張し、控訴審に期日指定の申し立てをして審理の続行を求めるべきである。

以上





れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU23559