

問題 11

相殺に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 不法行為によって傷害を受けた被害者 A は、加害者 B に対する損害賠償債権を自働債権とし、B が A に対して有する貸金債権を受働債権とする相殺をすることができない。
- イ. 弁済期が到来していない債権の債務者は、その債権を受働債権とする相殺をすることができない。
- ウ. 返還時期の定めのない金銭消費貸借契約の貸主は、返還の催告をしてから相当期間が経過した後でなければ、その貸金債権を自働債権とする相殺をすることができない。
- エ. A が B に対して甲債権を有し、C が A に対して消滅時効が完成したがその援用がされていない乙債権を有している。この場合において、B が C から乙債権を譲り受け、その後 A が消滅時効を援用したときは、B は、乙債権を自働債権とする相殺をすることができない。
- オ. 差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え前から有していた差押債務者に対する債権を自働債権とする相殺をもって差押債権者に対抗することができる。

1. アエ 2. アウ 3. イウ 4. イオ 5. エオ

□□ ア ×

民法 509 条柱書本文は、「次に掲げる債務の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない」と規定し、同条 1 号は、「悪意による不法行為に基づく損害賠償の債務」を挙げる。この規定により制限されるのは、「次に掲げる債務の債務者」による相殺、つまり、「悪意による不法行為に基づく損害賠償の債務」を受働債権とする相殺である。よって、債権者（被害者）が同債権を自働債権として相殺をすることは制限されない。

したがって、不法行為によって傷害を受けた被害者 A は、加害者 B に対する損害賠償債権を自働債権とし、B が A に対して有する貸金債権を受働債権とする相殺をすることができる。

□□ イ ×

民法 505 条 1 項本文は、「二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる」と規定する。一方、民法 136 条 2 項本文は、「期限の利益は、放棄することができる」と規定する。そして、判例（大判昭 8.5.30）は、「相殺適状に在るが為には、反対債権は已に弁済期に在ることを必要とするは論無きも、主債権に付きては之を必要とせず、債務者に於て即時に其の弁済を為すの権利ある以上、期限放棄の意思表示は現に之を為さずとも債務者は直ちに相殺を為すを妨げざるものとす」としている。

したがって、弁済期が到来していない債権の債務者は、期限の利益を放棄して、その債権を受働債権とする相殺をすることができる。

□□ ウ ×

民法 505 条 1 項本文は、「二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる」と規定する。そして、期限の定めのない債権は発生と同時に弁済期が到来する。

したがって、返還時期の定めのない金銭消費貸借契約の貸主は、返還の催告をしてから相当期間が経過した後でなくとも、その貸金債権を自働債権とする相殺をすることができる。

□□ エ ○

民法 508 条は、「時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる」と規定するが、判例（最判昭 36.4.14）は、「既に消滅時効にかかった他人の債権を譲り受け、これを自働債権として相殺することは、民法 506 条、508 条の法意に照らし許されないものと解するのが相当である」としている。

□□ オ ○

民法 511 条 1 項は、「差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することはできないが、差押え前に取得した債権による相殺をもって対抗することができる」と規定する。

問題 12

賃貸借に関する次のアからオまでの記述のうち、誤っているものの組合せは、後記 1 から 5 までのうち、どれか。

- ア．契約により動産の賃貸借の存続期間を 100 年と定めたとしても、その期間は、50 年となる。
- イ．不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる。
- ウ．賃貸人は、賃借人の責めに帰すべき事由によって修繕が必要となったときでも、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う。
- エ．賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対して、直ちにその償還を請求することができる。
- オ．賃借物の一部が滅失し、使用及び収益をすることができなくなった場合であっても、それが賃貸人の責めに帰すべき事由によるものでなければ、その賃料が減額されることはない。

- 1 アウ 2 アエ 3 イエ 4 イオ 5 ウオ

□□ ア ○

本肢のとおりである。賃貸借の存続期間は、50 年を超えることができない（民法 604 条 1 項前段）。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、50 年となる（同項後段）。

□□ イ ○

本肢のとおりである。不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる（民法 605 条の 3 前段）。

□□ ウ ×

賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う（民法 606 条 1 項本文）。ただし、賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要となったときは、その義務は負わない（同項ただし書）。

□□ エ ○

本肢のとおりである。賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる（民法 608 条 1 項）。

□□ オ ×

賃借物の一部が滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合において、それが「賃借人の」責めに帰することができない事由によるものであるときは、賃料は、その使用及び収益をすることができなくなった部分の割合に応じて、減額される（民法 611 条 1 項）。したがって、賃貸人の責めに帰すべき事由によるものでなかったとしても、賃料が減額されることがある。

正解 5

問題 13

委任に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア．当事者が委任事務の履行による成果に対して報酬の支払を約した場合において、その成果が引渡しを要するときは、委任者は、その成果の引渡しと同時に報酬を支払わなければならない。
- イ．受任者は、やむを得ない事由がなくても、委任者の許諾を得ることなく復受任者を選任することができる。
- ウ．委任者は、受任者に不利な時期には、委任を解除することができない。
- エ．受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対し、その費用及び支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができる。
- オ．委任の解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる。

1. アウ 2. アエ 3. イウ 4. イオ 5. エオ

□□ ア ○

民法 648 条の 2 第 1 項は「委任事務の履行により得られる成果に対して報酬を支払うことを約した場合において、その成果が引渡しを要するときは、報酬は、その成果の引渡しと同時に、支払わなければならない」と規定する。

□□ イ ×

民法 644 条の 2 第 1 項は、「受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができない」と規定する。

したがって、受任者は、やむを得ない事由がない場合に、委任者の許諾を得ることなく復受任者を選任することはできない。

□□ ウ ×

民法 651 条 1 項は、「委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる」と規定する。

したがって、委任者は、受任者に不利な時期であっても、委任を解除することができる。

なお、同条 2 項柱書は、「前項の規定により委任の解除をした者は、次に掲げる場合には、相手方の損害を賠償しなければならない。ただし、やむを得ない事由があったときは、この限りでない」と規定し、同項 1 号は、「相手方に不利な時期に委任を解除したとき」を挙げる。

□□ エ ○

民法 650 条 1 項は、「受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対し、その費用及び支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができる」と規定する。

□□ オ ○

民法 652 条は、「第 620 条の規定は、委任について準用する」と規定し、620 条前段は、「賃貸借の解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる」と規定する。

正解 3

問題 14

事務管理に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 管理者は、事務の管理をするにつき自己に過失なく損害を受けたときでも、本人に対し、その賠償を請求することができない。
- イ. 事務管理の開始後に、その管理が本人の意思に反することが明らかになった場合、管理者は、本人に対し、既に支出した費用の償還を請求することができない。
- ウ. 管理者が本人の名でした法律行為の効果は、事務管理の効果として直接本人に帰属する。
- エ. 管理者は、その事務が終了した後、本人に対し、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならない。
- オ. 管理者は、本人の財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をした場合には、悪意又は重大な過失があるのでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わない。

1. アウ 2. アエ 3. イウ 4. イオ 5. エオ

民法697条1項は、「義務なく他人のために事務の管理を始めた者（以下この章において「管理者」という。）は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理（以下「事務管理」という。）をしなければならない」と規定する。

□□ ア ○

民法650条3項は、「受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができる」と規定するが、民法701条は、「第645条から第647条までの規定は、事務管理について準用する」と規定しており、650条3項を準用していない。

□□ イ ×

民法702条1項は、「管理者は、本人のために有益な費用を支出したときは、本人に対し、その償還を請求することができる」と規定し、同条3項は、「管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、前2項の規定を適用する」と規定する。

したがって、事務管理の開始後に、その管理が本人の意思に反することが明らかになった場合であっても、管理者は、本人が現に利益を受けている限度で、本人に対し、既に支出した費用の償還を請求することができる。

□□ ウ ×

判例（最判昭 36. 11. 30）は「事務管理は、事務管理者と本人との間の法律関係を謂うのであって、管理者が第三者となした法律行為の効果が本人に及ぶ関係は事務管理関係の問題ではない。従って、事務管理者が本人の名で第三者との間に法律行為をしても、その行為の効果は、当然には本人に及ぶ筋合のものではなく、そのような効果の発生するためには、代理その他別個の法律関係が伴うことを必要とするものである」としている。

したがって、事務管理の効果として、管理者が本人の名でした法律行為の効果が本人に帰属することはない。

□□ エ ○

民法701条は、「第645条から第647条までの規定は、事務管理について準用する」と規定し、民法645条は、「受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告し、委任が終了した後は、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならない」と規定する。

したがって、管理者は、その事務が終了した後、本人に対し、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならない。

□□ オ ○

民法698条は、「管理者は、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をしたときは、悪意又は重大な過失があるのでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わない」と規定する。

問題 15

特別養子縁組に関する次の記述のうち、民法の規定に照らし、妥当なものはどれか。

- 1 養親となる夫婦はいずれも25歳に達していなければならず、養親となる夫婦の一方が25歳に達していない場合には、その者は養親となることができない。
- 2 養子となる者が15歳に達する前から引き続き養親となる者に監護されている場合において、家庭裁判所への縁組申立て時にその者が15歳に達しているときは、特別養子縁組は成立しない。
- 3 特別養子縁組は、父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに成立させるものとされている。
- 4 実父母が相当の監護をすることができる場合には、養子の利益を著しく害する事由がないときであっても、家庭裁判所は、実父母の請求により、特別養子縁組の当事者を離縁させることができる。
- 5 特別養子縁組の離縁が成立した場合においては、養子と実父母及びその血族との間の親族関係は、離縁となった特別養子縁組の成立の時に遡って回復することとなる。

□□ 1 ×

25 歳に達しない者は、養親となることができない（民法 817 条の 4 本文）。ただし、養親となる夫婦の一方が 25 歳に達していない場合においても、その者が、20 歳に達しているときは養親となることができる（同条ただし書）。

□□ 2 ×

家庭裁判所への縁組申立て時に 15 歳に達している者は、原則として、養子となることができない（民法 817 条の 5 第 1 項）。もっとも、養子となる者が 15 歳に達する前から引き続き養親となる者に監護されている場合において、15 歳に達するまでに当該申立てがされなかったことについてやむを得ない事由があるときは、養子となることができる（同条 2 項）。したがって、「特別養子縁組は成立しない」とはいえない。

□□ 3 ○

特別養子縁組は、父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに、これを成立させるものとされている（民法 817 条の 7）。

□□ 4 ×

①養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があること及び②実父母が相当の監護をすることができることのいずれにも該当する場合において、養子の利益のため特に必要があると認めるときは、家庭裁判所は、養子、実父母又は検察官の請求により、特別養子縁組の当事者を離縁させることができる（民法 817 条の 10 第 1 項）。本肢の場合、②の要件のみしか満たしていないため、家庭裁判所は、離縁させることができない。

□□ 5 ×

特別養子縁組の離縁が成立した場合、養子と実父母及びその血族との間においては、離縁の日から、特別養子縁組によって終了した親族関係と同一の親族関係を生ずる（民法 817 条の 11）。「離縁となった特別養子縁組の成立の時に遡って回復する」こととはならない。

正解 3

□第2部（商法・会社法5問）□

問題番号	内容	出題試験
問題 1	営業又は事業の譲渡	2022 年・司法試験予備試験・問題 27
問題 2	代理商・仲立人・問屋	2022 年・司法試験予備試験・問題 28
問題 3	株式会社の設立	2021 年・司法書士試験・問題 27
問題 4	発起設立	2022 年・司法試験予備試験・問題 16
問題 5	取締役会設置会社の取締役	2022 年・司法試験予備試験・問題 20

問題 1

営業又は事業の譲渡に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア． 営業又は事業の譲渡の効果として、特段の手續を要することなく、営業又は事業を構成する資産及び債権債務は譲渡人から譲受人に当然に移転する。
- イ． 判例の趣旨によれば、単なる事業用財産の譲渡は、たとえそれが譲渡会社に重大な影響を及ぼすようなものであっても事業の譲渡に該当しない。
- ウ． 営業又は事業の譲渡が行われた場合に生じる譲渡人の競業避止義務は、譲渡人と譲受人との間の合意によってもこれを免除することはできない。
- エ． 営業又は事業の譲渡人が、譲受人に承継されない債務の債権者を害することを知って営業又は事業を譲渡し、当該譲受人が、当該譲渡の効力が生じた時までに当該債権者を害することを知っていた場合には、当該譲受人が当該譲渡人の商号を続用しないときであっても、当該債権者は、当該譲受人に対し、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行の請求をすることができる。
- オ． 判例の趣旨によれば、預託金会員制のゴルフクラブが設けられているゴルフ場の営業又は事業の譲受人が、当該ゴルフクラブの名称を続用しており、当該ゴルフクラブの名称が当該ゴルフ場の営業又は事業の主体を表示するものである場合であっても、当該譲受人は、譲渡人の商号を続用していない限り、当該ゴルフクラブの会員が当該譲渡人に交付した預託金の返還義務を負わない。

1. アイ 2. アウ 3. イエ 4. ウオ 5. エオ

□□ ア ×

「事業」を譲渡の対象とするといっても、事業自体について所有権が観念できるわけではなく、また合併の場合のように合併の効果として権利義務関係の包括承継が生じるわけではない。つまり、事業譲渡では、単に、譲渡会社が当該事業に関して有する権利・義務につき、権利は相手方（譲受人）に譲渡し、義務（債務）については相手方がこれを引き受けるという、通常取引行為が一括して行われているにすぎない。よって、民法の原則に従い、相手方が譲渡会社の債務を免責的に引き受けるときは債権者の承諾を得る（民法 472 条 3 項）などの手続きを要することになる。

□□ イ ○

判例（最大判昭 40.9.22【百選 82】）は、「事業の……譲渡」の意義について、「商法 245 条 1 項 1 号〔注：会社法 467 条、309 条 2 項 11 号〕によって特別決議を経ることを必要とする営業〔注：事業。以下同じ。〕の譲渡とは、同法 24 条〔注：会社法 21 条〕以下にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社がその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条〔注：会社法 21 条〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいうものと解するのが相当である」と判示している。

□□ ウ ×

会社法 21 条 1 項は、「事業を譲渡した会社……は、当事者の別段の意思表示がない限り、同一の市町村……の区域内及びこれに隣接する市町村の区域内においては、その事業を譲渡した日から 20 年間は、同一の事業を行ってはならない」と規定し、商法 16 条 1 項は、「営業を譲渡した商人……は、当事者の別段の意思表示がない限り、同一の市町村……の区域内及びこれに隣接する市町村の区域内においては、その営業を譲渡した日から 20 年間は、同一の営業を行ってはならない」と規定する。

もっとも、競業避止義務は当事者の特約で排除が可能である。

□□ エ ○

会社法 23 条の 2 第 1 項本文は、「譲渡会社が譲受会社に承継されない債務の債権者（以下この条において『残存債権者』という。）を害することを知って事業を譲渡した場合には、残存債権者は、その譲受会社に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができる」と規定し、商法 18 条の 2 第 1 項本文は、「譲渡人が譲受人に承継されない債務の債権者（以下この条において『残存債権者』という。）を害することを知って営業を譲渡した場合には、残存債権者は、その譲受人に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができる」と規定する。

□□ オ ×

判例（最判平 16.2.20【商法百選 18】）は、「預託金会員制のゴルフクラブが設けられているゴルフ場の営業においては、当該ゴルフクラブの名称は、そのゴルフクラブはもとより、ゴルフ場の施設やこれを経営する営業主体をも表示するものとし

て用いられることが少なくない。本件においても、前記の事実関係によれば、Aから営業を譲り受けた被上告人は、本件クラブの名称を用いて本件ゴルフ場の経営をしているというのであり、同クラブの名称が同ゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられているとみることができる。このように、預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられている場合において、ゴルフ場の営業の譲渡がされ、譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が継続して使用しているときには、譲受人が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り、会員において、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っ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信じたりすることは、無理からぬものというべきである。したがって、譲受人は、上記特段の事情がない限り、商法 26 条 1 項〔注：現商法 17 条 1 項、会社法 22 条 1 項〕の類推適用により、会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負うものと解するのが相当である」を認めるとしている。

正解 3

問題2

代理商、仲立人及び問屋に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア．商人から物品の販売又はその媒介の委託を受けた代理商は、委託を受けた事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する。
- イ．代理商は、商人のために取引の代理又は媒介をしたときは、遅滞なく、その商人に対して、その旨の通知を発しなければならない。
- ウ．仲立人は、当事者の一方の氏名又は名称をその相手方に示さなかったときは、当該相手方に対して自ら履行する責任を負う。
- エ．問屋は、別段の意思表示がない限り、販売又は買入れにより生じた債権が弁済期にあるときは、その弁済を受けるまで、委託者のために占有する物又は有価証券を留置することができる。
- オ．問屋は、委託者の許可を得ない限り、自己又は第三者のために、委託者の営業又は事業の部類に属する取引をすることができない。

1. アイ 2. アオ 3. イウ 4. ウエ 5. エオ

□□ ア ×

商法 27 条は、「代理商とは、「商人のためにその平常の営業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者で、その商人の使用人でないものをいう」と規定するところ、「代理」とは、代理人が、本人のために意思表示をし、又は意思表示を受領することによって、法律効果の効果が本人に帰属することを認める制度をいい（民法 99 条 1 項）、「媒介」とは、当該法律行為の關係が成立するように事実行為として尽力することをいう。そして、委託を受けた事項に関する一切の裁判外の行為をする権限は、「代理」にも「媒介」にも当然には含まれない。

したがって、物品の販売又はその媒介の委託を受けた代理商であっても、委託を受けた事項に関する一切の裁判外の行為をする権限までは認められない。

□□ イ ○

商法 27 条は、「代理商……は、取引の代理又は媒介をしたときは、遅滞なく、商人に対して、その旨の通知を発しなければならない」と規定する。

□□ ウ ○

商法 549 条は、「仲立人は、当事者の一方の氏名又は名称をその相手方に示さなかったときは、当該相手方に対して自ら履行をする責任を負う」と規定する。

□□ エ ○

商法 557 条が準用する商法 31 条は、「代理商は、取引の代理又は媒介をしたことによって生じた債権の弁済期が到来しているときは、その弁済を受けるまでは、商人のために当該代理商が占有する物又は有価証券を留置することができる」と規定する。

□□ オ ×

問屋は、委託者の許可を得ない限り、自己又は第三者のために、委託者の営業又は事業の部類に属する取引をすることができないとする規定はない。

正解 2

問題3

この試験問題については、定款に法令の規定と異なる別段の定めがないものとして、解答してください。

株式会社の設立に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものの組合せは、後記1から5までのうち、どれか。

- ア．株式会社を設立する場合に、検査役の報酬は、発起人が作成する定款に記載しなければ、その効力を生じない。
- イ．設立時募集株式の引受人は、創立総会においてその議決権を行使した後であっても、株式会社の成立前であれば、詐欺又は強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができる。
- ウ．株式会社を設立する場合において、発起人に対して剰余金の配当を優先して受けることができる優先株式の割当てがされるときは、発起人が受ける特別の利益として定款に記載しなければ、その効力を生じない。
- エ．定款に記載しないで行われた財産引受けは、株式会社が成立の後にこれを追認した場合であっても、遡って有効とはならない。
- オ．株式会社の設立を無効とする判決が確定したときは、将来に向かって設立の効力が失われ、その株式会社について清算が開始される。

1 アウ 2 アオ 3 イウ 4 イエ 5 エオ

□□ ア ×

検査役の報酬は、発起人が作成する定款に記載しなくとも、その効力を生じる（会社法 28 条 4 号かっこ書、会社法施行規則 5 条 3 項）。検査役の報酬は、発起人の裁量が及ばないためである。

□□ イ ×

設立時募集株式の引受人は、株式会社の成立後又は創立総会若しくは種類創立総会においてその議決権を行使した後は、錯誤、詐欺又は強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができない（会社法 102 条 6 項）。

□□ ウ ×

株式会社を設立する場合には、株式会社の成立により発起人が受ける報酬その他の特別の利益は、定款にその発起人の氏名又は名称を記載し、又は記録しなければ、その効力を生じない（会社法 28 条 3 号）。「報酬」とは、発起人が設立中の会社の機関としてした労務に対する報酬をいい、「特別の利益」とは、設立企画者としての功労に報いるために発起人に与えられる利益をいう。そのため、剰余金の配当を優先して受けることができる優先株式の割当ては、これらに当たらない。

□□ エ ○

株式会社を設立する場合には、株式会社の成立後に譲り受けることを約した財産は、その価額並びにその譲渡人の氏名又は名称を定款に記載し、又は記録しなければ、その効力を生じない（会社法 28 条 2 号）。そして、定款に記載又は記録のない財産引受けは無効であり、会社成立後に株主総会の特別決議をもってこれを承認したとしても、有効となることはない（最判昭 42. 9. 26）。

□□ オ ○

株式会社の設立を無効とする判決が確定したときは、将来に向かって設立の効力が失われ（会社法 839 条・834 条 1 号）、株式会社は、設立の無効の訴えに係る請求を認容する判決が確定した場合には、清算をしなければならない（会社法 475 条 2 号）。

正解 5

問題 4

発起設立による株式会社の設立手続に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア．定款の作成及び認証は、発起人による出資の履行がされた後に行わなければならない。
- イ．発起人による出資の履行に先立って、発起人の過半数の賛成により設立時役員等を選任しなければならない。
- ウ．公証人による定款の認証を受けた後に、複数の発起人のうち 1 人を交代させる場合には、再度、定款を作成し、公証人の認証を受けなければならない。
- エ．公証人の認証を受けた定款に定めた発行可能株式総数の変更は、その変更後に出資される財産の価額が当該定款に定めた設立に際して出資される財産の価額又はその最低額を下回らないのであれば、発起人全員の同意によってすることができ、再度、定款を作成し、公証人の認証を受ける必要はない。
- オ．現物出資をした有価証券について検査役による調査が必要な場合でも、設立時取締役は、当該有価証券について定款に記載又は記録された価額の相当性を調査しなければならない。

1. アイ 2. アオ 3. イエ 4. ウエ 5. ウオ

□□ ア ×

会社法 30 条 1 項は、「第 26 条第 1 項の定款は、公証人の認証を受けなければ、その効力を生じない」と規定するのみで、発起人による出資の履行がされた後に行わなければならないわけではない。

□□ イ ×

会社法 38 条 1 項は、「発起人は、出資の履行が完了した後、遅滞なく、設立時取締役……を選任しなければならない」と規定する。

□□ ウ ○

会社法 30 条 2 項は「前項の公証人の認証を受けた定款は、株式会社の成立前は、第 33 条第 7 項若しくは第 9 項又は第 37 条第 1 項若しくは第 2 項の規定による場合を除き、これを変更することができない」と規定する。そして、複数の発起人のうち 1 人を交代させる場合は、「第 33 条第 7 項若しくは第 9 項又は第 37 条第 1 項若しくは第 2 項の規定による場合」に当たらない。

□□ エ ○

会社法 37 条 2 項は、「発起人は、発行可能株式総数を定款で定めている場合には、株式会社の成立の時までに、その全員の同意によって、発行可能株式総数についての定款の変更をすることができる」と規定する。

□□ オ ×

設立時取締役が調査すべき事項については、会社法 46 条 1 項が規定している。同項は、「設立時取締役……は、その選任後遅滞なく、次に掲げる事項を調査しなければならない」と規定するところ、同項各号は、「次に掲げる事項」として、現物出資をした有価証券について検査役による調査が必要な場合における当該有価証券の価額の相当性を挙げていない。

正解 4

問題 5

取締役会設置会社の取締役に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 判例の趣旨によれば、会社法上の公開会社でない株式会社において、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によって代表取締役を定めることも、その旨の定款の定めがあれば、許される。
- イ. 代表取締役は、自己の職務の執行の状況の取締役会への報告につき、6 か月に 1 回、取締役の全員に対してその状況を通知することをもって、取締役会への報告を省略することも、その旨の定款の定めがあれば、許される。
- ウ. 判例の趣旨によれば、取締役会を構成する取締役は、取締役会に上程された事柄について監視するにとどまらず、代表取締役による会社の業務執行一般につき、これを監視する職務を有する。
- エ. 判例の趣旨によれば、取締役は、株主総会の決議によって当該取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その後の株主総会によってその報酬を無報酬に変更する旨の決議がされたとしても、その変更に同意しない限り、報酬請求権を失わない。
- オ. 取締役会の決議に反対した取締役は、自己が反対したことを明記していない議事録に異議をとどめないで署名又は記名押印した場合には、当該決議に賛成したものとみなされる。

1. アウ 2. アエ 3. イエ 4. イオ 5. ウオ

□□ ア ○

判例（最決平 29.2.21【百選 41】）は、「取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であると解するのが相当である」としている。

□□ イ ×

会社法 363 条 2 項は、「前項各号に掲げる取締役〔注：「代表取締役」及び「代表取締役以外の取締役であって、取締役会の決議によって取締役会設置会社の業務を執行する取締役として選定されたもの」〕は、3 箇月に 1 回以上、自己の職務の執行の状況を取締役に報告しなければならない」と規定する。

なお、会社法 372 条 1 項は、「取締役、会計参与、監査役又は会計監査人が取締役（監査役設置会社にあつては、取締役及び監査役）の全員に対して取締役会に報告すべき事項を通知したときは、当該事項を取締役会へ報告することを要しない」と規定するが、同条 2 項は、「前項の規定は、第 363 条第 2 項の規定による報告については、適用しない」と規定する。

□□ ウ ○

会社法 362 条 2 項柱書は、「取締役会は、次に掲げる職務を行う」と規定し、同項 2 号は、「取締役の職務の執行の監督」を挙げるところ、判例（最判昭 48.5.22【百選 67】）は、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである」としている。

□□ エ ○

判例（最判平 4.12.18【百選 A23】）は、「株式会社において、定款又は株主総会の決議……によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異なる」としている。

□□ オ ×

会社法 369 条 5 項は、「取締役会の決議に参加した取締役であつて第 3 項の議事録に異議をとどめないものは、その決議に賛成したものと推定する」と規定する。

したがって、取締役会議事録において異議をとどめなかった取締役は決議に賛成したものとみなされるわけではない。