

法科大学院の教室における2つの法的三段論法

得津晶

1. 法的三段論法オリジナルバージョン
2. 「規範→あてはめ」型論証としての法的三段論法
 - (1) 論点がある場合の論証例
 - (2) 問題提起の必要性
 - (3) 規範の提示・選択と理由付け
 - (4) 論点を含む場合のフォーマット:「問題提起→規範・理由付け→あてはめ」
3. 会社法の事例問題による実例:平成28年司法試験予備試験商法設問2
 - (1) 平成28年司法試験予備試験論文式試験商法設問2
 - (2) 論点の発見(答案構成)
 - (3) 吸収合併差止の訴えの原告適格(論点I. ①)
 - (4) 吸収合併差止要件の有無(論点I. ②-1、②-2)
 - (5) 株主総会決議の瑕疵1:招集通知(論点I. ②-2-1)
 - (6) 株主総会決議の瑕疵2:準共有株式権利行使者指定への会社の同意の効果(論点I. ②-2-2)
 - (7) 株主総会決議の瑕疵と合併差止事由としての合併の法令違反の関係(論点I. ②-2-3)
 - (8) 保全の必要性(論点I. ③)
 - (9) 吸収合併無効の訴えの原告適格(論点II. ①)
 - (10) 吸収合併無効事由(論点II. ②)
 - (11) 株主総会決議の瑕疵:招集通知・議決権行使(論点II. ②-1、②-2)
 - (12) 株主総会決議の瑕疵と合併無効の訴えの関係(論点II. ②)
 - (13) 参考解答例
4. 結語
5. 補論:判例教材の読み方
 - (1) 判例教材を読む目的
 - (2) 「規範→あてはめ」型論法に従った整理
 - (3) 解説の利用法
 - (4) 実例
 - ①最決平成19・8・7民集61巻5号2215頁〔会社百選98・商判1-67〕
 - ②最判昭和38・12・6民集17巻12号1633頁〔会社百選7号・商判1-19〕

法科大学院における教育では、「法的三段論法」が大事であるとししばしばいわれる⁽¹⁾。にもかかわらず、その定義ないしその意味するところは必ずしも明らかではない⁽²⁾。これは

本当に不思議なことである。

本稿筆者は、法科大学院では、最終学年の学生に、これまで学んできた商法・会社法の理解を基に具体的事例・紛争を解決

⁽¹⁾ 山田八千子「法科大学院教育における起案力養成(1)―法学未修者の起案力養成とe-ラーニングシステム」中央ロー・ジャーナル15巻3号(2018)207頁、山田八千子「法科大学院教育における起案力養成(2)―法学既修者2年次の起案力養成と中級事案研究」中央ロー・ジャーナル15巻4号(2019)194頁、赤石圭裕ほか「コロナ禍での勉強会の試み―オンラインでの法科大学院における学生同士の学び合う環境・雰囲気づくりを目指して」東北ローレビュー8号(2020)115頁。

⁽²⁾ 法的三段論法の意義を探求するものとして、日本法哲学会2013年度学術大会シンポジウム「民事裁判における『暗黙知』―『法的三段論法』再考」のほか後藤泰一「法解釈と三段論法」信州大学法学論集18号(2012)131-155頁など。さらに、法的三段論法に対する外在的な批判として、滝井繁男「これからの社会に求められる法律実務家の役割(近畿大学法科大学院2007年講演会)」近畿大学法科大学院論集4号(2008)131頁など参照。

するために法律論を学生自らが展開する能力を身に着ける授業(「応用商法」)を主に担当してきた。学生の文書作成が中心となるその授業では、なるべく「法的三段論法」という用語は使わずに「法律家らしい議論の仕方」の説明をしてきた。だが、やはり学生からは、「法的三段論法に従って書くとはどういうことなのか」という質問を頻繁に受けた。

そこで、本小論では、法科大学院の学生(さらには法科大学院進学を志している法学部生)が読者となることを念頭に、実務法曹として法科大学院段階で身に着けることが期待されている「法的三段論法」の内容について、筆者の理解するところを明確に示したい。学生の喫緊の課題に照らせば、司法試験を含む事例問題の解答で期待されている「法的三段論法」を明示すると言い換えられる。決して研究者に対して「法的三段論法」の学理的内容を追及するものではない。

本稿が示したいのは法学教育で「法的三段論法」の名のもとに求められてきた議論枠組みには異なる2つのものが存在するということである。法律家らしく議論をするには、この2つの議論枠組みを両方とも身に着ける必要がある。にもかかわらず、本稿が引用する若干の文献を除いた多くの法学入門書が「法的三段論法」として紹介するのはそのうちの1つのみであった。学習者の多くは、1つ目の「法的三段論法」(いわばオリジナルバージョン)を身に着けることに成功している。しかし、実際に法律家らしい議論の仕方を身に着けるには(定期試験の事例問題を解くためには)オリジナルバージョンとは異なる2つ目の「法的三段論法」を身に着ける必要がある。にもかかわらず、この2つ目の「法

的三段論法」について明示的な解説は乏しい。この点が、多くの学習者(特に法科大学院の未修者)が、司法試験はおろか定期試験・法科大学院の単位取得すらおぼつかない理由の1つとなっているように思われる。

1. 法的三段論法オリジナルバージョン

教科書的な説明によれば、法的三段論法とは、「適用されるべき法規範を大前提とし、具体的事実を小前提として、この2つの前提から判決を結論として導き出す推論形式⁽³⁾」とされている。一般的な三段論法とは以下のようなものである⁽⁴⁾(表1)。

大前提：全ての人間はいつか必ず死ぬ。
 小前提：ソクラテスは人間である。
 結論：ゆえにソクラテスはいつか必ず死ぬ。

【表1】三段論法

これを法律学に機械的にあてはめると以下のようなになる(表2)。

大前提：規 範 (一般的・抽象的な命題)
 小前提：事 実
 結論：あてはめ

【表2】法的三段論法・オリジナルバージョン

このような説明や図示によれば、「規 範→事 実→あてはめ(結論)」というフォーマットが法的三段論法となる⁽⁵⁾。本稿では、このような三段論法をそのまま法律学にあてはめたものを「オリジナルな法的三段論法」と呼称することにする。

⁽³⁾ 高橋文彦『『民事裁判における『暗黙知』—『法的三段論法』再考—』について』日本法哲学会編『民事裁判における「暗黙知」(法哲学年報 2013 年)』(有斐閣・2014) 3頁。

⁽⁴⁾ 田高寛貴ほか『リーガル・リサーチ&レポート[第2版]』(有斐閣・2019) 9頁[原田昌和]の事例より。

⁽⁵⁾ 山下純司ほか『法解釈入門[第2版]』(有斐閣・2020) 4頁[宍戸常寿]。

例えば、刑法 199 条は「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」と定める。これが規範に該当する。そして、「X は人を殺した」という事実がある。その結果として、「X は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」というあてはめが結論になる。

このような議論作法は、条文を事案(事実・現実)にあてはめるとい法律学、とりわけ現行法を前提とした解釈論にとって必要不可欠な基本作業である。ある事案において法的判断の正当性を保証するには、法的に正当とされている規範(条文)から演繹的に推論するという方法は正しい議論の方法である⁽⁶⁾。理論的にはこのほかにも正しい論証の方法はありうる。だが、これ以外の正しい論証の方法は実践的には思いつかない⁽⁷⁾。このため法律家はこのような法的三段論法を用いている。

それではオリジナルな法的三段論法を身につければ法的な論述ができるのかというとそうではない。例えば、実際の裁判例を確認してもらっても「規範→事実→あてはめ(結論)」という書き方になっていないことがわかるであろう。

というのはこのオリジナルな法的三段論法のみで論証できる範囲は規範を事実にあてはめた結論が明らかである場合に限られるからである。簡単に言えば、条文を適用した結論が一義的に明確である(と解釈者が判断している)場合にしか結論を導くことができない。

これに対して、先例として参考になるもの

として判例誌に掲載される判例・裁判例や試験で出題される事例問題には、条文の適用の結果が一義的には明らかではない点・結論の分かれうる点であるところのいわゆる「論点」が存在する。このような論点が存在する場合には、オリジナルな法的三段論法の「規範(条文)→事実→あてはめ」を機械的に用いるだけでは結論を導けない。

たとえば、先ほどの刑法 199 条の殺人罪について、「人を殺した」ことが殺人罪の要件(構成要件)となっているところ、出産中に母体から一部のみ露出している嬰兒の生命を奪った場面を考えてみる。このような行為は「人」を殺したといえるのかについては結論が分かれうる。すなわち、ここには「人」の意義について、胎児はいつから人といえるのかという人の始期についての「論点」がある。

この論点について、一部露出した段階で人といえる一部露出説と、体の全部が露出して初めて人となり、それまでは胎児として墮胎罪(刑法 212 条以下)で保護されることになるという全部露出説などの対立があるとされている。この論点の解説について詳しくは刑法の教科書を確認していただきたい⁽⁸⁾。

本稿で確認したいのは、オリジナルな法的三段論法のみでは上記のような論点をどのように論じればよいのかのガイドラインがないということである。

⁽⁶⁾ 安藤馨＝大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』(有斐閣・2017) 255 頁[安藤]。ただし、三段論法が正しさをも保障するには、規範が常に成立しなくてはならず、規範を要件部分と効果部分とに分けた場合において要件の部分にはすべての例外状況が明示的に組み込まなければならないところ(安藤＝大屋・前掲 258 頁[安藤])、現実の裁判官の示す規範は、将来現れるかもしれないいかなる状況でも当該規範を維持することまではコミットしていないことから、裁判官の三段論法は正しさを保障するものではないとされる(安藤＝大屋・前掲 259 頁[安藤])。

⁽⁷⁾ 安藤＝大屋・前掲注(6)文献 255—256 頁[安藤]。

⁽⁸⁾ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣・2010。以下、山口・前掲各論で引用) 8—9 頁、山口厚『刑法〔第3版〕』(有斐閣・2015。以下、山口・前掲刑法で引用) 205—206 頁など。

2. 「規範→あてはめ」型論証としての法的三段論法

(1) 論点がある場合の論証例

それでは、「論点」が存在する場合にはどのようなフォーマットで論述がなされているのか。まず、「論点」とは、前述した殺人罪における「人」の始期のように、条文などの法規範を事実にあてはめた結論が一義的に明らかとはならない場面である。このような論点を発見するまではオリジナルな法的三段論法の実践で足りる。論点を発見したら、かかる論点を指摘して(本稿では「問題提起」と呼称する)、いかに解決すべきかの検討を始める。

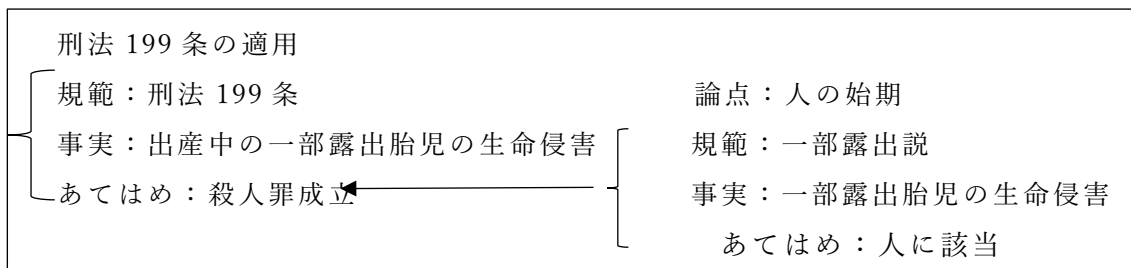
そして、このように発見した論点の解決のための議論の仕方もまた「法的三段論法」によってなされる。すなわち、当該論点に対して判断基準となる「規範」を定立し、その規範に当該事案をあてはめるという形で結論を出す。ここに「規範→事実→あてはめ」というオリジナルバージョンの法的三段論法を見出すことができる。

ここでいう「規範」とは、学部の専門科目や法科大学院の未修者向けの基本科目講義、教科書等で「〇〇説」等として学習する内容のことである。いわゆる「解釈論」ないし

「一般論」と呼ばれるものである。例えば、前述した殺人罪における「人」の始期であれば、一部露出説や全部露出説といったものが規範に該当する。

そして、採用した規範に、出産中に母体から一部のみ露出している嬰兒の生命を奪ったという事実をあてはめる。一部露出説では、当該嬰兒は母体から一部露出しているので人と評価できるとし、殺人罪の成立を認めるという結論になる。他方、全部露出説であれば、当該嬰兒は母体から身体の一部が露出していないので殺人罪は成立しないという結論になる。

このように、論点に対して法律家らしく解決を導く論法としても「規範→事実→あてはめ」という法的三段論法を用いる。だが、この具体例において、人の始期という論点は、元をたどれば、刑法 199 条の適用という「規範→事実→あてはめ」という作業の中の「あてはめ(結論)」が一義的に明らかでなかったため、その結論を導くために論じることが必要とされた争点である。すなわち、ここでいう人の始期という論点及びそれに伴う「規範→事実→あてはめ」は、刑法 199 条の適用という大きなレベルの「規範→事実→あてはめ」の「あてはめ」のレベルの中に、下位レベルとして存在するのである(表3参照)。



【表3】法的三段論法の複層化

この例では、刑法 199 条の適用という上のレベルの「規範→事実→あてはめ」の中に、人の始期という下のレベルの「規範→事実→あてはめ」という問題が2層構造になっていることがわかる。そして事案がより複雑になればオリジナルな法的三段論法の構造が3層、4層とさらに複層化することになる。

(2) 問題提起の必要性

だが、何層になっても結局のところオリジナルの法的三段論法の重ね合わせに過ぎない。よって、論点を含む場合の法律論のフォーマットをオリジナルな法的三段論法のみで整理することも可能なように見える。しかし、オリジナルな法的三段論法では上記議論の中で明示的に指摘できていない要素がある。それが論点の存在を指摘すること(問題提起)である。

上記事例では刑法 199 条を用いたが、どのような事案でも条文あるいは不文ながらも確立した解釈上の法準則を適用して解決を図るとするのが法律(実定法)の実務で求められる能力であり、また事例問題で求められる能力である。しかしながら、オリジナルな法的三段論法だけではある法ルールに事実をあてはめれば一義的に結論が出てくる場面ではしか解決策を導くことができない。結論が一義的に明らかではない場合には、なぜ結論が明らかとはならないのか、結論が分かれるポイントとなる「論点」を発見し指摘することが求められる。そのうえで、論点に対して、事実をあてはめることで解決を導き出すことができるような「規範」を示さなくてはならない。

(3) 規範の提示・選択と理由付け

この「規範」は、伝統的にはそれぞれの法分野の授業(学部の専門課程の講義や法

科大学院基本科目講義)や教科書(体系書)等で説明されている解釈論が相当する。これまでに学んだ解釈論の中から、論者(解答者)が最も望ましいと考える解釈論を示せばよい。

新たな解釈論は、本来、教科書等よりも先に論文や判例・裁判例等で示されているものである。だが、法科大学院や法学部の学部生が既存の解釈論のすべてについて当該解釈論を最初に示した一次文献を探して読解することは修了年限・学習時間の限界等の時間制限の中ではおよそ不可能であるため、それらをまとめ上げた講義や教科書等の教材で学ぶのが通常であろう。

場合によっては、先例、教科書や論文等の先行文献では取り上げられていない点が論点となることもあるし、また既存の論点であっても学生は先行文献のすべてを完璧に調査することはできないことから初見の論点と遭遇することもある。法科大学院の学生の観点からすれば一度学習したはずの論点だが資料の参照が認められない筆記試験の現場では思い出せないというケースも多いであろう。このような(少なくとも論者・解答者にとっては)「新手」の論点に対しても、規範を立ててあてはめるという形で回答することが求められる。すなわち、当該問題状況の利益衡量や適用されそうな条文の趣旨等から当該論点に対して規範をでっちあげることが求められる。

そのように学習した既存の解釈論やその場ででっち上げた規範に対して当該事案をあてはめて結論を出す。当該論点に対する解決策をさらに上のレベルの法的三段論法の「あてはめ」部分に代入して上のレベルでの条文の適用について事案の解決について結論を出す。

(4) 論点を含む場合のフォーマット:「問題提起→規範・理由付け→あてはめ」

このように、一番上のレベルでの条文・ルールの適用(あてはめ)に際して結論が一義的に明らかとはならず論ずべき点(論点)があることを発見し、問題を提起するという作業が必要となっていることがわかる。当該論点が上のレベルでの「あてはめ」においてどのような形で結論と結びつくのかを説明する必要もある(問題提起の背景・動機の説明)。このような論点の発見・問題提起は「規範→事実→あてはめ」のオリジナルな法的三段論法の外側となっている。

そこで、結論が一義的に明らかではない事案(紛争)において、それでも法律家として一定の結論を説得力のあるものとして示すためには、まず、論点を指摘し、そのうえでオリジナルな法的三段論法で処理することが必要となる。かかる「問題提起」(論点の発見)を「規範」よりも先に行う必要がある。

このような論点の発見は、法律の条文といった自明のルールを規範としてそれに対して事実をあてはめようとする、というプロセスを必要とする。このような論点を発見する作業には、当事者によってどのような請求がなされており、どのような条文が適用の候補となるのかが検討されなくてはならない。すなわち、論点に対して、「規範→事実→あてはめ」という作業をする前に「論点の発見」という作業があり、この作業には、事案の問題状況の整理(事実の整理)が必要とされる。

この結果、論点についての判断をみると、実は「規範→事実→あてはめ」という形に入る前に大量に事実の整理がなされ、「事実→規範→事実→あてはめ」という形で法律論が展開されることになる。もつとえば、ま

ず問題提起のための事実の整理が大量であり、規範を提示してからあてはめる事実は問題提起の中で指摘されていた事実と重複する部分も多いため、「事実→規範→あてはめ」と整理したほうが実際に書かれた文章に近い。

実際に、論点を含んだ現実の裁判例を読めば、その多くは、オリジナルな法的三段論法のように規範をたててから事実を列挙するという書き方にはなっておらず、先に事実を列挙してからその後に規範を含んだ法的判断がなされるという形になっていることに気づくであろう。司法研修所では、民事判決の書き方として事実を争点に対する判断に先行して書くように指導がなされている⁹⁾。このような争点に対する判断(「規範→事実→あてはめ」)の前に発見した論点の指摘(問題提起)のために事実の整理がなされることから「事実→規範→あてはめ」というほうが実態に近いのである。

そして「事実」という用語が論点の発見及びその指摘のための事実の整理と、規範をあてはめる際の事実と2回出てくることから、もはや「事実」という用語は使わない方が混乱を防ぐためには有益である。事実を整理して論点の発見・指摘を行う場面は「問題提起」、規範に事実をあてはめて結論を導出する作業は「あてはめ」と総括して称してしまい、論点がある場合の法律論は、「問題提起(論点発見)→規範→あてはめ」というフォーマットとして説明したほうがわかりやすい。

また、論点であるということは、事実関係に対してルールを適用する際にいかなる基準に基づいて判断すべきなのかという「規範」について意見が分かれていることを意味する。少なくとも明示的な基準がなく異論の余

⁹⁾ 司法研修所編『10訂・民事判決起案の手引(補訂版)』(法曹会・2020)61、85頁〔在来様式において2 事実の確定を3 法律の適用に先行〕、91、92頁〔新様式において2 事案の概要を3 争点に対する判断に先行〕。

地があるはずである。そのような状況で、事実をあてはめることで結論を導出できるような特定の「規範」を採用するのであるから、当該規範を選択した理由付けも述べるのが望ましい。すでに先行最高裁判例があるような場合には、当該判例があることをもって金科玉条があたかも天から降ってきたかのように理由付けを一切述べずに当該判例の示した規範をそのまま採用するということもあろう。しかしながら、判例も多くの場合はかかる規範を採用する理由を述べているはずである。さらにそのような権威ある最高裁判例のようなものがない場合には、かかる規範（解釈論）を採用する理由を述べるのがより強く期待されている。

このような解釈論の理由付けは多くの場合、教科書等の解釈論の紹介において一緒に述べられており（例えば、人の始期に関する一部露出説の論拠として母体から独立した直接的な侵害可能性の有無を基準とするものであるとされ、全部露出説の論拠としては加害行為の可能性によって客体を確定するのは背理であって客体の価値という観点から出産という過程を経たか否かによって「人」と言えるかどうかを論拠とするものと説明されている⁽¹⁰⁾）、学部専門科目・法科大学院規範科目の授業でも教わる事柄である。（少なくとも論者・解答者にとって）新手の論点であって規範をでっちあげたような場合には、なぜそのように規範をでっちあげたのか、当該条文の趣旨（制度趣旨）や他の制度との関係、対立する利益との衡量や当該法分野の一般原則（例えば刑法であれば罪刑法

定主義や予見可能性の確保、類推解釈の禁止などが民事法よりも重視されるであろう⁽¹¹⁾）といったものの中から、規範のでっち上げに整合的なものを論拠としてあげることが期待される。

この理由付けまで含めると「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」というフォーマットになる（表4）。

問題提起（論点の発見）
規範（+理由付け）
あてはめ（事実・結論）

【表4】「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」フォーマット

このように事実についての記述は規範提示の後ではなく、むしろ、その前の問題提起で行われている。このことから、近時は、法的三段論法の実践的な意義として、事実を除外し、「規範→あてはめ→結論」をもって三段論法とする説明がみられるようになった⁽¹²⁾。結論は書くのが当然であるので省略すれば、端的に「規範→あてはめ」型で書くことが法的三段論法として説明されている⁽¹³⁾。本稿では、このような意味での法的三段論法を「規範→あてはめ」型論法と呼ぶ。

そして、本稿が強調したいのは、「規範→あてはめ」型論法では、問題提起や規範の選択（そして理由付け）と言ったオリジナルな法的三段論法にはない要素が必要となっているということである。論点・争点を含む現

⁽¹⁰⁾ 山口・前掲注(8)各論9頁、山口・前掲注(8)刑法 205 頁、山口厚『問題探求・刑法各論』（有斐閣・1999）2-6 頁。

⁽¹¹⁾ 山口・前掲注(8)刑法8-13 頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）9-16 頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂・2019）45-59 頁。

⁽¹²⁾ 西内康人「事例問題の特徴—定期試験でよく問われるのは具体的にどのようなことなのか」法学教室 477 号（2020 年）41 頁。宍戸常寿・石川博康編『法学入門』（2021）12 頁も「第1に法規範の定める要件（大前提）を明らかにし、第2に具体的な事実（小前提）が要件（大前提）に『当てはまる』かを判断することにより、（第3に）効果の発生の有無を定めるという思考のプロセス」を法的三段論法としており同趣旨であろう。

⁽¹³⁾ 西内・前掲注(12)文献 42 頁。

実の事案(事例問題)において法律家として解決策を提示するには、「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」というフォーマットに従うことが求められる。これは実務法曹の教育機関である法科大学院においても学生も同様であって、「規範→あてはめ」型論法を法科大学院の学生も身につける必要がある⁽¹⁴⁾。

3. 会社法の事例問題による実例:平成28年司法試験予備試験商法設問2

それでは、会社法の事例問題を素材にオリジナルな法的三段論法と「規範→あてはめ」型という2つの法的三段論法の使い分けを実際に示してみよう。この節は、会社法の専門知識を前提とした説明となるため、会社法の学習が進んでいない学生は次節4.まで読み飛ばしていただいて構わない。

まず、現実の事案において常に論点が存在するわけではないことを確認する必要がある。会社法の条文の適用の可否が事実関係から明らかとなる場面も多い。このような場面においてはオリジナルな法的三段論法のみで事案の解決・結論を導き出すことができる。そして、学部や法科大学院の定期試験でも条文を機械的に適用して結論を導くことのできる出題がなされることもある⁽¹⁵⁾。

だが、学部専門科目や法科大学院基本科目で学ぶ判例・裁判例は、論点に対して一定の判断を示したものである。また、学部や法科大学院の定期試験で出題される事例問題の多くはやはり論点を含んでおり、かかる論点の処理が求められる⁽¹⁶⁾。このことは司法試験予備試験や司法試験本試験の論

文式試験も同様である。

本節では例として、平成28年司法試験予備試験論文式試験問題商法の設問2を取り上げる。司法試験予備試験は、司法試験法によれば、「法科大学院の課程を修了した者」(同法4条1項1号)と「同等の学識及びその応用能力並びに法律に関する実務の基礎的素養を有するかどうかを判定することを目的」とするものとされている(同法5条1項)。同試験の問題を利用することは、法科大学院における教育の到達水準を考える客観的な指標としてふさわしい。

平成28年の予備試験商法の論文式試験に対しては、出題担当試験委員が「この問題についてのすっきりした正解は、日本中を探してもまだ見つからない」、「それにしても、2016年度司法試験商法予備試験問題は、正解を導くことができない⁽¹⁷⁾」と述べるほど難易度の高い問題でもあった。よって、この問題は法科大学院における教育の到達水準の中でも上限であってこれよりも上を要求されることはないと考え。この問題は、本稿の示す法的三段論法が法科大学院の修了段階の授業においてどのように機能するのか、意義と限界を示すのに最適な素材と考えられる。

(1) 平成28年司法試験予備試験論文式試験商法設問2

同事案のうち本稿で必要な限りをまとめたものは以下の通りである。

⁽¹⁴⁾ かかる観点から、会社法の個別の条文の解説について「問題提起(論点)→規範+理由付け」というスタイルで行ったものとして、江頭憲治郎=中村直人編『論点体系・会社法[第2版]第6巻』(第一法規・2021)143-198、228-291頁[得津晶]がある。

⁽¹⁵⁾ そのような問題が多く含まれている教材として久保大作ほか『ひとりで学ぶ会社法』(有斐閣・2018)。

⁽¹⁶⁾ このような問題を中心に構成された教材として伊藤靖史ほか『事例で考える会社法[第2版]』(有斐閣・2015)。

⁽¹⁷⁾ 浜田道代『株式が相続された場合の法律関係』(商事法務・2021)はしがきii頁。

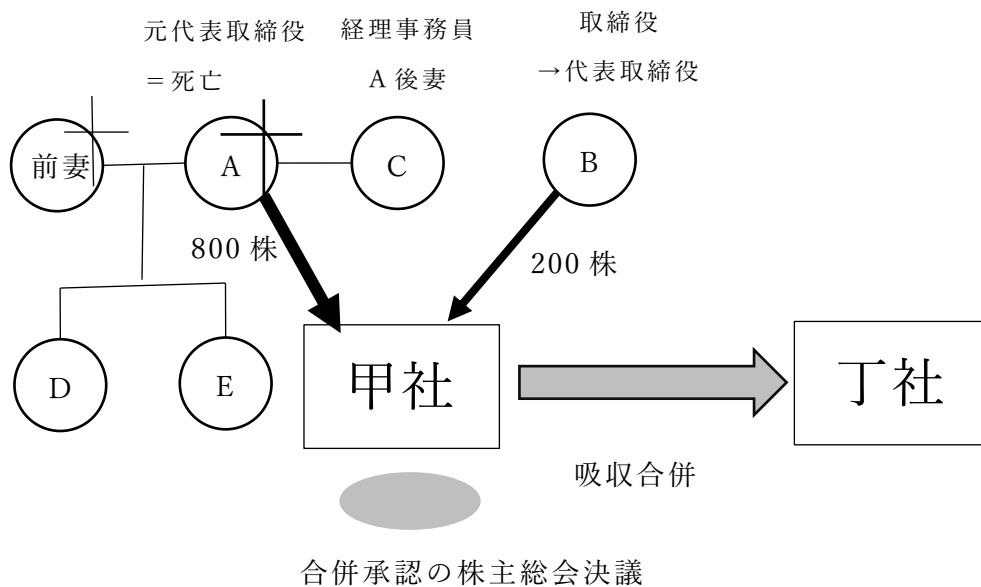
非取締役会設置会社・非公開会社である株式会社甲社では、発行済株式総数 1000 株のうち 800 株を A、200 株を B が保有していた。甲社の取締役は A および B であり、A が代表取締役であった。

だが、A が遺言を残すことなく死亡し、800 株は A の相続人に相続されることとなった。A の相続人はすでに死亡した前妻の 2 人の子供 D、E と A の後妻 C であった。遺産分割協議が難航している中、甲社の経営状況が悪化し、甲社の取締役 B は甲社を消滅会社とする吸収合併契約を丁社と締結し、当該吸収合併の承認を株主総会決議に付すこととなった。B は C、D、E に丁社への吸収合併の必要性や経緯について説明した。だが、A の相続人のうち C は吸収合併に賛成しているものの、D 及び E は反対であった。C、D、E の 3 名の間では何らの合意もなされていない。

B は、C にのみ吸収合併承認を議案とする株主総会の招集通知を送付し、共同相続人間に準共有状態にある A の遺産の株式 800 株について、共同相続人間で権利行使者の指定はなされていないにもかかわらず、甲社が同意したとして C に議決権行使を認め、吸収合併承認の株主総会決議がなされた。

〔設問〕この吸収合併に対して、D はいかなる法的手段をとることができるか。吸収合併の効力発生前と後とに分けて論じなさい。なお、その際に、本件の株主総会招集手続の瑕疵についても論じなさい。

この利害関係を図に示すと以下のようなになる(図1)。



【図1】平成 28 年司法試験予備試験論文式試験商法設問2の状況

(2) 論点の発見(答案構成)

本問では、吸収合併の効力発生前と後とで株式 800 株の準共有者(共有持分は4分の1)D がとることのできる手段がそれぞれ問われている。I. 吸収合併効力発生前であれば吸収合併差止請求⁽¹⁸⁾(会社法 784 条の2。仮の地位を定める仮処分〔民事保全法 23 条2項〕)、II. 吸収合併発生後であれば吸収合併無効の訴え(会社法 828 条1項7号)がそれぞれ該当しよう。

まず、I. 吸収合併効力発生前の吸収合併差止の訴え(会社法 784 条の2)から検討する。ここで吸収合併差止の訴えを認めることができるかどうか、結論が事案との関係から一義的には明らかではない「論点」としては以下のようなものがある。まず、①吸収合併差止の訴えの原告適格は「株主」とされているところ、D はあくまで準共有者の1人であって、また準共有状態にある株式の権利行使に必要な権利行使者の指定・通知(会社法 106 条)もなされていない。このような D に原告適格を認めることができるかという問題がある⁽¹⁹⁾。そして、②吸収合併差止の訴えの差止事由の有無が問題となる。ここでは②-1. 株主が不利益を受けるおそれと②-2. 法令違反の有無が問題となる。そして、

差止事由の法令違反の候補としては株主総会決議の欠缺が考えられる。すなわち、株主総会決議に取消事由・無効事由・不存在事由があるかどうか問題となる。このうち、まずは②-2-1. 設問のリード文に応じて招集手続の瑕疵として準共有者のうち C のみにしか招集通知を送らなかった点が違法かどうか問題となる。次いで、②-2-2. 準共有株式の議決権を C に行使させたことの違法性が問題となる。これは準共有者間で会社法 106 条が求める権利行使者の指定通知が全くなされていないにもかかわらず、会社(甲社)が同意すれば 106 条但書によって権利行使が適法となるのかという問題である。最後に、②-2-3. これらの事情によって株主総会決議に取消事由ないし無効・不存在事由があった場合に、かかる事実によって吸収合併差止事由としての吸収合併が法令違反であることを満たすのかという問題がある。

さらに民事保全法 23 条2項の仮の地位を定める仮処分を用いるのであれば、ここまで説明した論点は被保全利益の有無となる。そのほかに③保全の必要性の有無も問題となる。

次いで、II. 吸収合併効力発生後の救済手段として合併無効の訴え(会社法 828 条

⁽¹⁸⁾ ほかに、株主総会決議取消訴訟(会 831)を本案として仮の地位を定める仮処分(民保 23II)によって仮処分としての差止を求めるという解釈論もあろう(江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』〔有斐閣・2021〕385 頁注 7)。特に論点 I. ②-2-3 に関して後述するように((7)合併承認の株主総会決議取消の訴えが吸収合併差止の訴えに吸収されないし併合提起によって差止事由の法令違反とするといった立場をとらなかった場合には、現行法下でも上記株主総会決議取消訴訟+仮の地位を定める仮処分の申し立てによる解決が実効的な手段となる。だが、本稿では簡単のため、会社法上の吸収合併差止の訴えの中の法律構成のみを検討する。

⁽¹⁹⁾ 本文で述べたようにこの問題はまずもって D に吸収合併差止の訴えおよび吸収合併無効の訴えの原告適格が認められるかどうか問題となるはずである。法務省ウェブサイト公表されている同試験の出題趣旨および上田純子ほか編『論文演習会社法・下巻〔第2版〕』(勁草書房・2021)237-247 頁〔松嶋隆弘・山本暢明〕にはこの論点への言及がない。だが、平成 24 年司法試験論文式試験民事法第2問設問3において取締役の地位を失った者による株主総会決議取消の訴えの原告適格(当時は「当該決議の取消しにより株主……又は取締役……となる者」の原告適格を明文で認めた平成 26 年会社法改正前)の有無など会社法上の訴訟制度の原告適格の有無は過去の司法試験等でも問われており、法科大学院修了段階の学生であれば備えていることが期待される会社法の基礎的知識であると思われる。当該試験の翌年、平成 29 年司法試験論文式試験民事法第2問設問2においても株主の地位を失った者の総会決議取消の訴えの原告適格が出題されている。

1項7号)を考える。ここでは吸収合併差止の訴えと同様、①準共有者に過ぎないDに株主等として吸収合併無効の訴えの原告適格(会社法828条2項7号)の有無が問題となる。次いで、②合併無効事由の有無が問題になる。その中で、②-1.株主総会決議の瑕疵の有無が問題となる。具体的には、これまた吸収合併差止の訴えと同様、②-1-1.招集手続の適法性及び②-1-2.会社の同意のみに基づくCによる準共有株式の議決権行使の適法性が問題となる。そして、②-2.この株主総会決議の瑕疵が

合併無効事由に該当するののかという問題がある。

以上、この設問に含まれる論点を指摘した。このようにして発見した論点の位置づけを把握することは、どのような順序で論じるべきかを示すものとなり、いわゆる「答案構成」となる。この問題の答案構成は以下の表のようになる(表5参照)。予備試験の論文式試験は民事法3科目で3時間30分であるということなので、1科目あたり70分となる。その割には異様な論述量が求められることが理解できよう。

【答案構成(論点表)】

- I. 合併効力発生前:合併差止請求(会784の2)
 - ① 差止の訴えの原告適格:会106条の権利行使者の指定がないこと
 - ② 差止事由
 - ②-1 株主が不利益を受けるおそれ
 - ②-2 吸収合併の法令違反
 - ②-2-1 招集手続の瑕疵(会社法126条3項4項)
 - ②-2-2 会社の同意による準共有株式の議決権(会社法106条)
 - ②-2-3 合併承認株主総会決議の瑕疵と差止事由たる吸収合併の法令違反との関係
 - ③ 民事保全法23条2項:保全の必要性の有無
- II. 合併効力発生後:吸収合併無効の訴え(会828I⑦)
 - ① 合併無効の訴えの原告適格:会106条の権利行使者の指定がないこと
 - ② 合併無効事由の有無
 - ②-1 合併承認株主総会決議の瑕疵
 - ②-1-1 招集手続の瑕疵(会社法126条3項4項)
 - ②-1-2 会社の同意による準共有株式の議決権(会社法106条)
 - ②-2 合併承認株主総会決議の瑕疵と合併無効事由・合併無効の訴えとの関係

【表5】論点表(答案構成)

(3) 吸収合併差止の訴えの原告適格(論点I. ①)

まず、吸収合併差止の訴えの原告適格は「株主」とあるところ、Dは株式の準共有者であって「株主」にはただちに該当しない。このようなDに吸収合併差止の訴えの原告適

格を認めることができるかどうかは結論が一義的に明らかではない論点となる。

準共有者が株主としての権利を行使するには会社法106条の規定に従って準共有者間で権利行使者の指定と会社への通知を行う必要があるところ、本問のC、D、Eの3者は権利行使者指定の合意ができていな

いのであるから、株主として権利行使が認められないのが原則である。

そこで、まず、会社法 106 条によって会社への権利行使を主張できないのは株主総会での議決権行使のように直接に会社を権利行使の相手方にする場面であり、裁判所に対する権利行使は会社法 106 条の規律に従わず権利行使が認められるという学説の立場⁽²⁰⁾に立って原告適格を認めてしまう方法がある。このような解釈は、会社法 106 条は会社の便宜のための制度であって、裁判所の便宜のための制度ではないことを根拠とする。民事訴訟における原告適格は職権調査事項であるので当事者である会社の便宜を考える必要はなく、裁判所の便宜の問題であるからである。

だが、最高裁判例では、会社に対する裁判所への訴え提起も共有に関する会社法 106 条(当時は平成 17 年改正前商法 203 条 2 項)の規律する会社に対する権利行使に該当するとされている(最判平成 2・12・4 民集 44 巻 9 号 1165 頁)。会社も応訴の負担を負うことからすれば、原告たる準共有者の原告適格の有無は把握する必要があり、調査するには煩雑なコストがかかることから、このような判例の立場も不合理なものとはいえない。

ただし、最高裁の判断は、一律に原告適格を否定するものではなく「特段の事情がない限り」という留保付きで原告適格を否定したものであった。そして、同最判では、全株式が相続財産となっていた事案において、同じく権利行使者の指定・通知がなされて

いないにもかかわらず、新たな取締役選任の原因が前株主死亡後に取締役選任という本来成立するはずのない株主総会決議がなされたことに着目し、このような先行行為との矛盾(禁反言・信義則違反)ないし会社都合による恣意的な取り扱いをもって特段の事情ありとした⁽²¹⁾。

ほかにも、特段の事情の有無に言及した最高裁として、平成 17 年改正前の有限会社の事案である最判平成 9・1・28 判時 1599 号 139 頁がある。有限会社の全持分を有しかつ代表取締役であった者が死亡したところその直前になされたとされている社員総会決議の不存在確認の訴えが共同相続人の一人(被相続人の妻と子 1 名)から権利行使者の指定通知なしに提起された。原告は、相続人間で争いがあったことから権利行使者の指定通知が不可能であることを理由に「特段の事情」ありと主張した。これに対して、最高裁は、権利行使者の指定通知は共有持分の過半数で可能である(おそらく民法 264 条・252 条 1 項の管理行為と位置付けていると推察される)ことを理由に特段の事情を認めなかった。この最高裁は、権利行使者の指定通知が可能であったこと(同事件では被相続人の妻及びその 2 人の子と、内縁の妻との間の非嫡出子 1 名との間の対立であって法定相続分に従った原告側の共有持分は圧倒的な多数派であった)を指摘して特段の事情を認めなかっただけであり、仮に準共有持分が 50-50 となつて権利行使者の指定通知が不可能であった場合に特段の事情を認めたとはいえない。

⁽²⁰⁾ 仲卓真『準共有株式についての権利の行使に関する規律』(商事法務・2019)232 頁。

⁽²¹⁾ ただし、最判平成 2・12・4 民集 44 巻 9 号 1165 頁で問題となった会社に対する訴えは株主総会決議不存在確認の訴えであり、確認の利益があれば提訴可能であり、原告適格として株主にあることは現行法(会社法 830 条 1 項)も平成 17 年改正前商法 252 条も明文で要求していない。同判決を原告適格として株主の地位を要求する平成 17 年会社法下の各種の会社に対する訴え制度の原告適格の有無に関する先例としてみることはできないとする考えも成り立ちうる。だが、本稿ではこのような整理はとらず、同最判の判示は、現行法で原告適格として株主の地位を要求する各種の訴訟制度における準共有株式の取扱いに妥当するものとして議論を進める。

るものではない(裏は必ずしも真ならず)。だが、裁判所がわざわざ相続人間の対立とその持分割合分布から権利行使者の指定通知が不可能ではないことを理由に挙げたということは、権利行使者の指定通知が共同相続人間の対立構造から不可能であればそれも特段の事情と認定されたと理解する余地がある⁽²²⁾。

以上の判例の立場から、「権利行使者の指定通知のない準共有者 D に『株主』として吸収合併差止の訴えの原告適格が認められるか」という論点に対する規範は、「原則として会社に対する訴え提起にも会社法 106 条の権利行使者の指定通知が必要である。ただし、準共有者間の権利行使者の指定通知がないにもかかわらず会社側が恣意的に経営陣に都合の良いように準共有状態株式の権利行使を認めていたような場合は信義則違反として権利行使者の指定通知がないことを理由に権利行使を拒むことができないし、また、準共有者間の対立によって持分の過半数(民 264・252I)によって可能となり権利行使者の指定ができない場合には特段の事情ありとして、準共有者単独による権利行使を認めるものとする」ということになる。

そして、この規範を本問の事案にあてはめれば、D は権利行使者の指定通知をしていないので原則として原告適格がないことになる。次いで、特段の事情の有無を検討するに、まず、最判平成2・12・4民集 44 巻9号 1165 頁の示した会社側の恣意的な運用による特段の事情が認められそうである。本問では、同じく権利行使者の指定通知がなされていないにもかかわらず、定足数が定款の規定による引き下げがあっても議決権の3分の1、かかる規定がなければ議決権の過半数である吸収合併承認の株主総会特

別決議(会社法 309 条2項 12 号・783 条1項)が成立したことになる。ここに甲社が準共有株式の取扱いについて恣意的な運用をしている点が表れており、このような状況で甲社に都合の悪い準共有者の権利行使を否定するというのは信義則違反であって特段の事情ありという結論を導くことができる。

また、最判平成9・1・28判時 1599 号 139 頁から示唆される権利行使者の指定が不可能を理由とする特段の事情も認められそうである。本問では、妻 C と前妻の子 D、E とが対立しており、法定相続分の総計はそれぞれ2分の1ずつとなり、いずれも過半数を取れず、権利行使者の指定通知が不可能な状態と言えるからである。

(4) 吸収合併差止要件の有無(論点 I. ②-1、②-2)

次に、吸収合併差止要件(会社法 784 条の2)の有無の検討に移る。まず1つ目の要件は、株主が不利益を受けるおそれの有無であり、これが論点となる。ここで損害ではなく「不利益」とされているのは、新株発行差止の訴え(会社法 210)と同様、事実上の不利益であっても含まれるという趣旨である⁽²³⁾。よって、規範としては「不利益とは法的な権利侵害のみならず事実上の不利益も幅広く含む」とする。そして、あてはめとしては、本問の株式の準共有者 D は、吸収合併によって対価として乙社株式の準共有者たる地位を取得するものの、甲社株式の準共有者たる地位を失い、合併比率によっては経済的価値や持分比率の低下などの不利益をうけるおそれがあることから、「不利益を受けるおそれ」要件は充足すると判断する。

⁽²²⁾ 柴田和史「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選〔第3版〕』(有斐閣・2016)27 頁、伊藤靖史ほか・前掲注(16)文献 136 頁〔田中亘〕。

⁽²³⁾ 岩原紳作編『会社法コンメンタール・補巻』(商事法務・2019)764-765 頁〔伊藤靖史〕。

もう1つの要件、吸収合併が法令違反となることについて、合併承認決議がなければ合併は法令違反となる(会社法 783 条)。ここは、合併承認決議の有無という次の論点につながる点であるが、他方で合併承認決議が欠ければ法令違反となるというのは解釈の余地のない点であるため、オリジナルバージョンの法的三段論法で足り、条文以外の規範を論者(解答者)が作成する必要はない。

(5) 株主総会決議の瑕疵1: 招集通知
(論点 I. ②-2-1)

株主総会決議の瑕疵については、まず設問が指示しているのだから株主総会の招集通知を C のみに送付していることが適法なのかという点を問題にしなくてはならない(論点 I. ②-2-1)。だが、これは会社法 126 条3項及び4項のルールによれば準共有者間で通知受領者を定めていない以上、会社はどの準共有者に送付しても構わないとされている。この点についても、後述する会社法 106 条の権利行使者の指定通知と同様、会社による恣意的な通知受領者の運用を権限濫用としてかかる招集通知の送付を無効とする解釈も理論上考えられなくはない。だが、本問では、招集通知を受け取っていない準共有者 D、E も乙社との吸収合併の必要性について B から詳しく説明を受けており、招集通知による情報提供の意義は大きくない。吸収合併が承認されたことの不当性は結局のところ準共有状態の株式の権利行使を C によって行われたという会社法 106 条の問題に集約され、会社法 126 条3項・4項で争う必要性も乏しい。

よって、会社法 126 条3項・4項は、機械

的に条文を適用するだけでよく、「論点②-2-1」とはしたものの、規範にあてはめた際の結論が一義的に明らかではない「論点」ではない(しかし設問で言及を求められている以上、言及せざるを得ない)。会社法 126 条3項・4項を適用するだけでよいオリジナルバージョンとしての法的三段論法で足りる場面である。

このように司法試験予備試験や司法試験であっても常に「論点」だけが出題されるわけではない⁽²⁴⁾。

(6) 株主総会決議の瑕疵2: 準共有株式権利行使者指定への会社の同意の効果(論点 I. ②-2-2)

これに対して、権利行使者の指定すらなされていない準共有株式について会社の同意のみを根拠に C に株主総会の議決権という権利行使を認めることができるかは論点となる(論点②-2-2)。

この点について、最高裁判例は、会社法 106 条但書の定める会社の同意は、株式の準共有に関する会社法の特別規定(民法 264 条但書)の適用を排除する効果しかないとする。すなわち、株式の準共有に関する民法の規定は適用される(最判平成 27・2・19 民集 69 卷1号 25 頁)。具体的には、会社への通知は不要となるが、民法の準共有規定に従って権利行使者の指定をする必要がある。

準共有株式の権利行使者の指定が、民法上の管理行為(民法 264・252I)であれば持分の過半数で決することとなり、処分行為ないし変更行為(民法 264・251I)とみれば準共有者全員の同意で決することになる。先述のように最判平成9・1・28 判時 1599 号

⁽²⁴⁾ ほかに令和元年度予備試験論文式試験商法設問1の一部(招集通知事項以外の取締役会決議の有効性)、令和2年度予備試験論文式試験商法設問2や令和元年度司法試験論文式試験民事法第2問設問1においても論点ではなく条文の制度をそのまま適用するだけの出題がなされている。

139 頁は、権利行使者の指定通知を持分の過半数で決することができるとしたが、同事件で不存在確認の訴えの対象とされていた社員総会決議の議題・議案は取締役選任という会社の管理に関する事項であった。これに対して、本問は会社が消滅会社となる吸収合併の承認決議であって、甲社株式が存続会社の乙社株式となるのであるから、かかる吸収合併を承認する決議も処分行為ないし変更行為とみる可能性もある。

このように準共有株式の権利行使者の指定について、一律に管理行為とする考え方と行使する権利の対象・議決権の対象となっている議題の性質に応じて管理行為なのか処分行為(変更行為)なのかを認定する考え方がありうる。いずれの立場をとっても権利行使者の指定がなされていない本問では結論は変わらず、会社の同意のみで一部の準共有者による準共有株式の議決権行使が認められない。

この瑕疵は、株主総会の決議の法令違反として総会決議取消事由(会社法 831 条 1 項 1 号)に該当する。そして、この法令違反がなければ、そもそも吸収合併承認決議は定足数(会社法 309 条 2 項)を満たさず、決議が成立しなかったのであるから、裁量棄却(会社法 831 条 2 項)も妥当しない。

さらに、定足数に達していないという瑕疵は、決議が成立したけれども瑕疵があるというのではなく、そもそも有効な決議が存在しないのではないかと考えることもできる。この解釈では 80%もの株主が参加せず定足数を満たしていない吸収合併承認株主総会決議は不存在と評価することになる。

- (7) 株主総会決議の瑕疵と合併差止事由としての合併の法令違反の関係(論点 I. ②-2-3)

それでは株主総会決議に瑕疵があるとして、

それをもって吸収合併差止事由(会社法 784 条の 2 第 1 号)としての吸収合併に法令違反があるということができるか。総会決議取消事由は形成訴訟である株主総会決議取消の訴えの請求認容判決が確定して初めて総会決議の効力が遡って否定されることになるのであって、それまでは総会決議は有効なのであり、そもそもこの吸収合併に法令違反があるとは言えないのではないか。仮に総会決議取消の訴えの認容判決が確定するまで吸収合併差止の訴えが提起できないとすれば吸収合併効力発生までに間に合うことはなく実効的な救済手段がなくなるのではないか。これが論点の指摘である(論点 I. ②-2-3)。

この論点に対する規範としては大きく分けて 3 通りの規範がありうる。1 つは、後述する吸収合併無効の訴えと承認株主総会決議の取消しの訴えとの関係における通説たる吸収説と同様に、吸収合併差止の訴えの中に承認株主総会決議取消の訴えが吸収されたと考えられることである。この場合、吸収説として、吸収合併差止の訴えの中で総会決議取消事由を主張するのは総会決議取消の訴えの提訴期限である総会決議日から 3 か月以内でなくてはならないことになる。

だが、合併無効の訴えにおいて吸収説がとられていたのは合併無効の訴えも総会決議取消の訴えもともに「形成訴訟」であって訴訟としての同質性があったことからすれば、形成訴訟ではない吸収合併差止の訴えに総会決議取消の訴えを吸収させる基礎に欠けると理解することもできる。そこで、吸収合併差止の訴えの場面では吸収合併無効の訴えとは異なり(あるいは吸収合併無効の訴えの場面でも吸収説を取ることを否定して)併存説を取り、吸収合併差止の訴えと株主総会決議取消の訴えとを併合提起すべきと

する見解もありうる⁽²⁵⁾。これが第2の立場である。

そして、3つ目の立場は細かいことは考えず、吸収合併承認の株主総会決議に関して法令違反があったのであれば、これをもって「吸収合併の法令違反」とみてしまうという解釈である^{(26)・(27)}。

これに対して、論点②-2-2において定足数を満たしていないということはそもそも有効な決議が存在しないとする不存在と評価したのであれば、総会決議不存在確認の訴え(会社法 830 条1項)はそもそも形成訴訟ではないことから当該訴訟を提訴する必要はない。吸収合併差止の訴えの中で何らの制約なく総会決議の不存在を主張立証することが認められる。

(8) 保全の必要性(論点 I. ③)

このような吸収合併差止の訴えを本案訴訟としてのみ提起するとすれば請求認容判決が出されるとしても上訴が可能な状況で請求認容判決が確定する必要があるとすれば、それまでに吸収合併の効力発生日を迎えてしまうため実効的な救済とならない。そこで、吸収合併差止の訴えを本案として仮の地位を定める仮処分(民事保全法 23 条2項)を求めることが考えられる。

仮の地位を定める仮処分の要件は①被保全権利と②保全の必要性であるところ(民事保全法 13 条1項)、①被保全権利とは本

問ではここまで述べてきた実体法上の吸収合併差止請求権の有無である⁽²⁸⁾。吸収合併差止の訴えが認められるとしているのであれば、①被保全権利は認められる。

これに対して、②保全の必要性とは、原告に生ずる著しい損害または急迫の危険を避けるために必要であることであり⁽²⁹⁾、保全を行わずに将来の本執行を待っていたのでは債権者の救済が得られなくなり、または現時点でその法的地位が危うくされるおそれがあることとされている⁽³⁰⁾。そこで、例えば、「保全処分がなければ救済されないこと」を規範とし、あてはめとして、吸収合併が実行されてしまつては合併無効の訴えの請求認容判決は将来効しかないとされており(会社法 839 条・843 条)、事後的な損害賠償による救済も実効的でないことから、保全処分でなければ実効的な救済がない、として保全の必要性を認めることができる。

(9) 吸収合併無効の訴えの原告適格(論点 II. ①)

吸収合併無効の訴えの原告適格も、株主等に限定されており、会社法 106 条の定める権利行使者の指定通知を行っていない準共有者である D は株主としての権利行使が認められず、原告適格が認められない可能性がある。これが論点の指摘である(論点 II. ①)。

そして、この点は、論点 I. ①と同様、最判

⁽²⁵⁾ 田中亘『会社法〔第3版〕』(東京大学出版会・2021)681 頁、得津晶「裁判例の中の吸収説」東北ローレビュー8号(2020)17 頁。

⁽²⁶⁾ 松中学「子会社株式の譲渡・組織再編の差止」神田秀樹編『論点詳解・平成 26 年改正会社法』(商事法務・2015)205-206 頁、江頭・前掲注(18)文献 924 頁注3、4。

⁽²⁷⁾ そのほか、本文に掲げたような解釈論を採らないのであれば、平成 26 年会社法改正以前から存在した総会決議取消の訴えを本案として仮の地位を定める仮処分で吸収合併の差止を求めるという手法が現行法下でも意味があるとするものとして岩原編・前掲注(23)文献 761〔伊藤靖史〕、松中・前掲注(26)文献 211 頁

⁽²⁸⁾ 瀬木比呂志『民事保全法〔新訂版〕』(日本評論社・2014)149、297-300 頁。

⁽²⁹⁾ 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール・民事保全法』(日本評論社・2014)89 頁〔佐瀬裕史〕

⁽³⁰⁾ 瀬木・前掲注(28)文献 207 頁。

平成2・12・4民集 44 巻9号 1165 頁あるいは最判平成9・1・28 判時 1599 号 139 頁から「原則として会社に対する訴え提起にも会社法 106 条の権利行使者の指定通知が必要である。ただし、準共有者間の権利行使者の指定通知がないにもかかわらず会社側が恣意的に経営陣に都合の良いように準共有状態株式の権利行使を認めていたような場合は信義則違反として権利行使者の指定通知がないことを理由に権利行使を拒むことができないし、また、準共有者間の対立によって持分の過半数(民 264・252I)によって可能となり権利行使者の指定ができない場合には特段の事情ありとして、準共有者単独による権利行使を認めるものとする」という規範を導く。

そして、あてはめとして、甲社が定足数を満たさないはずの吸収合併承認決議を認めている点を捉えて甲社の信義則違反による特段の事情を認めるか、あるいは、本問の対立ではいずれも持分の過半数を有さず権利行使者の指定が不可能であることをもって特段の事情を認めることができる。

(10) 吸収合併無効事由(論点 II. ②)

吸収合併無効事由(論点 II. ②)については明文の定めがないところ合併手続の瑕疵ないし重大な瑕疵とされている⁽³¹⁾。これまで論点に対する規範として要件・効果が特定されているルール型のものを取り扱ってき

た。だが、実際の解釈論には、この合併無効事由の「合併手続の瑕疵」といったような抽象的・一般条項的なスタンダード型のものも存在する。

反論可能性がよい法律論の条件であるとする立場⁽³²⁾や、法である以上「法／不法のコード」で語られるものであるべきとする立場⁽³³⁾からすれば、論点に対する規範はスタンダード型よりもルール型の方が望ましいということになろう。だが、ルール型とスタンダード型のいずれが望ましいのかを巡っては様々な議論がなされており⁽³⁴⁾、一概にいずれか一方が優れていると断定できるわけではない。

なによりこのようなスタンダード型が解釈論として未熟・未発達なものであるとしても、それはこれまでの法学研究者や実務家の問題であって学生(法科大学院生)はこれまでの法学研究・実務の到達点を学ぶしかない。これまでの到達点としてスタンダード型の規範しか提示できていないのであれば、それを規範として用いるよりほかはない。

合併無効事由の規範が合併手続の重大な瑕疵というスタンダードとなると、一方では論者の匙加減でどのような事情も合併無効事由の該当・非該当を自由に判断できる。だが、他方で、実際には「相場観」というものがあり、代表的な事象の合併無効事由該当・非該当の判断をいわば「丸暗記」することが求められる。合併無効事由に関しては、合併承認の株主総会決議の欠如は合併手

⁽³¹⁾ 江頭・前掲注(18)文献 925 頁、江頭＝中村編・前掲注(14)文献 161 頁〔得津〕、田中・前掲注(25)文献 699 頁。

⁽³²⁾ 平井宜雄『「議論」と法律学像』『法律学基礎論の研究』(有斐閣・2010)167-171 頁〔初出:ジュリスト 928 号(1989)〕、平井宜雄「法解釈論の合理的基礎付け」『法律学基礎論の研究』(有斐閣・2010)231-243 頁〔初出:法学協会雑誌 107 巻5号(1990)〕。

⁽³³⁾ 村上淳一『〈法〉の歴史』(東京大学出版会・1997)11-12 頁。

⁽³⁴⁾ Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 47 Duke L. J. 557-629, 564 (1992); 森田果「最密接関係地法—国際私法と”Rules versus Standards”」ジュリスト 1345 号(2007)66-73 頁; 田村善之『知財の理論』(有斐閣・2019)39-50, 64-71, 87-90, 280-310, 467-477 頁; 吉政知広「消費者法分野における民事立法の形式をめぐって」丸山絵美子編『消費者法の作り方』(日本評論社・2022)60-64 頁。

続の重大な瑕疵として合併無効事由に該当するとされている⁽³⁵⁾。

(11) 株主総会決議の瑕疵:招集通知・議決権行使(論点 II. ②-1)

株主総会決議の瑕疵については、吸収合併差止の訴えにおける論点 I. ②-2-1 及び②-2-2と同じことが妥当する。すなわち、論点は株主総会の招集通知をCのみに送付していることの適法性(論点 II. ②-1-1)及び権利行使者の指定のなされていない準共有株式の権利行使への会社の同意の効力(論点 II. ②-1-2)である。そして、前者は会社法 126 条3項・4項を機械的に適用して(法的三段論法のオリジナルバージョン)、準共有者側から通知受領者を定めていない以上、会社は任意の準共有者に招集通知を送付すれば適法となる。後者は、最判平成 27・2・19 民集 69 卷1号 25 頁に従って、会社の同意は会社法の特別規定が適用排除されるのみで民法の準共有に関する規定に従って管理行為(民法 264・252I)あるいは処分行為(変更行為、民法 264・251I)として共有持分の過半数あるいは全員一致によって権利行使者の指定をする必要があるという規範を導く。そして本件では準共有者による権利行使者の指定すらされていないので決議方法の法令違反として株主総会決議取消事由(会社法 831 条1項1号)または定足数すら満たしていないことから決議不存在と認められることになる。

(12) 株主総会決議の瑕疵と合併無効の訴えの関係(論点 II. ②-2)

最後に吸収合併を承認する株主総会決議の瑕疵が合併無効の訴えにおける合併無効事由に該当するかどうかという論点がある(論点 II. ②-2)。これは、株主総会決議の瑕疵と吸収合併差止事由(会社法 784 条の2第1号)該当性を検討した論点 I. ②-2-3と似た論点である。だが、吸収合併差止事由(会社法 784 条の2第1号)とは差異もある。吸収合併差止事由は吸収合併の法令違反という形式的でルール型の差止事由が会社法の明文に定められている。これに対して、合併無効事由は前述のように(3(10)参照)合併手続の(著しい)瑕疵というスタンダード型であり、より広い事情を包摂できる。例えば、吸収合併承認の株主総会特別決議に瑕疵があること・取消事由があることをもって、総会決議の取消しという効果を介することなく、「合併手続の瑕疵」に該当するとしてしまい、合併無効事由とする説明も可能である。これは吸収説の1バリエーションとして位置付けることができる。そして、伝統的な吸収説であれば要求される株主総会取消の訴えの提訴期間(総会決議日より3か月)内での総会決議の瑕疵の主張の必要性はそもそもないと説明することも可能であるし、総会決議取消の訴えの提訴期間との平仄を根拠に吸収合併無効の訴えに会社法 831 条1項があたかも類推適用されるかのように解して総会決議の取消事由に該当する瑕疵は総会期日から3か月以内に主張する必要があると説明することも可能である。

そのほか伝統的な吸収説に従って、「総会決議取消の訴えは同じく形成訴訟であり、

⁽³⁵⁾ 江頭・前掲注(18)文献 925・923 頁、江頭＝中村編・前掲注(14)文献 162 頁〔得津〕、田中・前掲注(25)文献 699 頁。

より効力の大きな吸収合併無効の訴えの中に吸収され、総会決議取消事由が認められれば取消の遡及効(会社法 839 条参照)によって初めから株主総会決議が存在しなかったことになり、合併手続の重大な瑕疵として合併無効事由に該当する」と規範を立てることも考えられる。

また、吸収合併差止の訴えの場面で株主総会決議取消の訴えの併合提起が必要とする併存説をとった場合であれば、この論点でも同じく吸収合併無効の訴えと株主総会決議取消の訴えの併合提起を必要とする併

存説を採用することも可能である⁽³⁶⁾。

これに対して総会決議を不存在と認定したのであれば、不存在確認の訴えは形成訴訟ではないことから吸収合併無効の訴えの中で何ら制約なく株主総会決議の不存在を主張し、合併無効事由とすることができる。

(13) 参考解答例

以上の解説に従った上記設問に対する解答例は具体的には以下のようになる。

〔解答例〕

I. 合併効力発生前: 合併差止請求(会 784 の2)

D が吸収合併効力前に効力を止めるには、吸収合併差止請求(会 784 の2)を用いることが考えられる。

1. 原告適格

吸収合併差止請求の原告適格は消滅会社の「株主」と定められているところ、準共有者である D に原告適格が認められるか。

株式の準共有者が権利行使をするためには、会社法 106 条に基づき権利行使者の指定と会社への通知が必要とされている(会 106 条)。この権利の行使には吸収合併差止請求のような訴えの提起も含まれる。権利行使者の指定通知は会社にとって準共有状態にある株式の権利関係の不明確さからの保護であるところ、訴訟の場面においても会社は被告として訴訟要件の有無の判断が必要とされ、保護の必要性があるからである。

よって、権利行使者の指定通知のない場合は、吸収合併差止の訴えの原告適格は原則として認められない。ただし、準共有者の権利行使に関して会社が先行行為では権利行使を認め訴えの提起では認めないというような矛盾した行為を恣意的に行う場合には、信義則に反する特段の事情があるとして、会社は 106 条を理由とした抗弁が封ぜられ、その結果、原告適格が認められることになる。

本件では、会社は一方では会社は権利行使者の指定通知はないとしつつも、他方で、定足数として総株主の議決権の過半数を必要とする合併承認決議(会 309II⑫)の成立を認めている。甲社の発行済株式総数が 1000 株であり、準共有状態にある A の遺産である株式が 800 株であることから、準共有状態にある株式の権利行使を前提としたものであり、両者は矛盾する。ここで吸収合併差止の訴えの原告適格の場面では

⁽³⁶⁾ 吸収合併無効の訴えと吸収合併承認総会決議取消事由との関係について吸収説及び併存説のバリエーションとその理解については、得津・前掲注(25)文献 15-19 頁、江頭＝中村編・前掲注(14)文献 172-178 頁〔得津〕参照。たとえば、併存説をとるとする江頭・前掲注(18)文献 385 頁注7は、吸収合併無効の訴えとの併合提起を要求するのではなく、株主総会決議取消の訴えのみをもって遡及効ある救済を認めるべきと説くものであり、本文で紹介した伝統的な併存説とは異なる。

権利行使者の定めがないとして甲社が訴え却下で訴訟を終了させる利益に与らせることは恣意的な取り扱いであり信義に反して許されない。よって特段の事情があるとして D に原告適格は認められると解する。

2. 差止事由

会社法 784 条の2の定める合併差止の要件は①株主が不利益を受けるおそれがあること、と②法令定款違反である。

(1) 要件①: 株主が不利益を受けるおそれ

会社法 784 条の2の①株主が不利益を受けるおそれとは事実上の不利益を受けるおそれである。そして、本件の吸収合併による甲社株主は合併存続会社の丁社の株主となることから、合併交換比率によって株主は事実上の不利益を被ることがあるため、①株主が不利益を受けるおそれは認められる。

(2) 要件②: 法令違反

本件の吸収合併承認決議は、前記の様に A の相続財産である 800 株が共同相続人による準共有状態にある中でなされている。まず、当該株主総会の招集通知(会 299I)を C にしかしていない点が問題となり得るが、準共有状態にある株式は通知受領者を定めて会社に通知していない場合、会社は準共有者のうち一人に対して招集通知をすればよいこととなっている(会 126IV)。本件では、準共有者間で通知受領者の決定もなされていないため、甲社が C のみに通知したことは違法ではない。

しかしながら、会社法 106 条但書は、民法準共有規定の特則(民 264 但書)であるところの会社法 106 条の規定の適用を会社の同意がある場合に排除することができる趣旨であって、この場合も民法の共有の規定に従って権利行使者の指定が必要となり、会社の同意によって直ちに権利行使者を定められるとするものではない。株主総会での議決権原則は原則として管理行為(民 252I)であり、本件では株主総会決議の中でも吸収合併の承認という株式の権利内容が変更される場合であるため例外的に処分行為に該当するものであるため、全準共有権者の同意が必要であった(民 251I)。本件でこのような権利行使者の決定がない以上、C の議決権行使は違法であり、無効となる。この結果、株主総会決議は決議方法の法令違反として取消事由(会 831I①)を抱える。この瑕疵は、仮に存在しなければ、A の遺産株式の権利行使が否定されることでそもそも合併承認の株主総会特別決議の定足数(会 309II)を満たさず、決議の結果に影響を与える重大な瑕疵であることから裁量棄却(会 831II)も成立しない。

よって、本件では、株主総会決議取消の訴えによって、総会決議を取消すことで、取消判決の遡及効から、合併の効力発生時から株主総会決議は欠缺することとなり、合併は法令違反として差止事由を抱えることになる。ただし、総会決議取消の訴えの請求認容判決の確定を待っては吸収合併の効力が発生してしまう。そこで、総会決議取消の訴えは吸収合併差止の訴えの中に吸収されたと理解し、総会決議取消の訴えの提訴期間内(会 831I)であれば、合併差止の訴えの中で総会決議の取消しを主張することができるかと解する。

以上より、D は、原告適格および差止事由が認められ、吸収合併差止の訴えが認められる。なお、吸収合併効力発生前までに確定判決を得ることが困難であること、ひとた

び吸収合併の効力が発生すれば、仮に無効の訴えが認められても遡及効はなく(会 839 参考)、救済とならないことから、保全の必要性が認められ、仮の地位を定める仮処分(民保 23II)が可能である。

II. 合併効力発生後:吸収合併無効の訴え(会 828I⑦)

合併の効力発生後であれば合併無効の訴え(会 828I⑦)の提起が考えられる。

(1) 原告適格

合併無効の訴えの原告適格は吸収合併をする会社の「株主等」と定められているところ(会 828II⑦)、本問 D は準共有者に過ぎないため、原告適格が認められるかが問題となるが、I. (1)で述べた通り、会社法 106 条の適用があるものの、本件では、甲社が準共有株式の権利行使について矛盾した取扱いをしていることから訴訟法上の信義則に従い、権利行使者の決定通知がないことを以て準共有者の訴え提起を否定することが認められない特段の事情があるというべきである。よって、本件で、D は吸収合併無効の訴えの原告適格は認められる。

(2) 合併無効事由

合併無効事由について明文の定めはなく、解釈に委ねられているところ、合併の重大な瑕疵が無効事由となる。そして、吸収合併において法定の株主総会(会 783I)の欠缺というのは、重大な法令違反といえ、無効事由に該当する。

前記 I.(2)で述べた通り、本件では、民法共有規定に従った準共有者間の権利行使者の決定がないにもかかわらず、会社の同意のみで C の権利行使を認めたことは、法令違反であり無効となる。その結果、定足数を満たす決議が存在しないことから、本件総会決議は取消事由が認められる。取消判決が確定すれば、遡及効(会 839 参考)によって、合併効力発生時に株主総会決議が欠缺することとなり、無効事由に該当する。しかし、総会決議取消の訴えの認容判決の確定まで待てば、吸収合併無効の訴えの提訴期間を徒過してしまう。そこで、総会決議取消の訴えは吸収合併無効の訴えの中に吸収されたと理解し、株主総会決議取消の訴えの提訴期間内であれば、吸収合併無効の訴えの無効事由として、総会決議が取消の瑕疵を抱えていることの主張が認められ、無効事由に該当することとなると解する。

以上より、D は、吸収合併無効の訴えにより吸収合併の効力を否定することができる。

4. 結語

以上のように法科大学院の教室で求められている「法的三段論法」にはオリジナルな法的三段論法と「規範→あてはめ」型論法という異なる2つの論法が含まれていることを明らかにした。法学入門ないし各授業のイントロダクションで教わるのはオリジナルな法的三段論法のみであって、これのみでは論点を含む裁判例を読み解くことや事例問題の

解答を作成することができない。これら論点を含む問題においては、論点の発見を含む「規範→あてはめ」型論法というオリジナルな法的三段論法そのものとは異なる論法が必要であるからである。

学生の中には法的三段論法(オリジナルの法的三段論法)を学んだだけで、論点の発見を含めた「規範→あてはめ」型論法を自学自習で身につけることができる者もいる。だがそうでない学生も多いというのが、本稿

筆者が法科大学院の教壇に立った経験からの実感である。そこで、法科大学院の教室で法的三段論法を教えるに当たっては、オリジナルな法的三段論法を教えるのみでは足りず、「規範→あてはめ」型論法を明示的に教えることが必要なのではなかろうか。そして、このような2つの意味での法的三段論法が「法律家らしい議論の仕方」であることから、抽象的に「規範→あてはめ」型論法があるということを描き出すのみならず、議論の仕方を身につけてもらうために、事例を通して学生に体感させることが必要である。そのためには、長らく法科大学院教育において禁忌とされてきた「答案練習」も決して批判されるべき教育手法ではないと思われる⁽³⁷⁾。

なお、本稿は「規範→あてはめ」型論法を学生に身につけることを推奨するものであり、それは「規範→あてはめ」型論法によって現実の紛争を解決していくことは規範的に望ましいという前提にたったものといえる。だが、かかる前提が正しいことの是非について、本稿は対象としていない。特に、近時、本稿のような「法律家としての論法」を所与の前提とする議論に対しては、もっと政策判断としての望ましさを示すような論証をすべきとの批判がなされている⁽³⁸⁾。また、「規範→あてはめ」型論法における「規範」の理由付けと

して各条文の趣旨を挙げることが多いものの、そのような論法に対しても、条文に書き込まれていない趣旨などは説得的ではない旨が指摘されている⁽³⁹⁾。これらの外在的な批判に対しては別稿を予定している。

5. 補論:判例教材の読み方

法科大学院・法学部の多くの実定法科目では「判例教材」が教科書・準教科書として指定されている。判例集には『〇〇法判例集』のように解説がないもの・短いコメントしかないもの(商法であれば山下友信＝神田秀樹編『商法判例集〔第8版〕』〔有斐閣・2020〕など)と『〇〇法判例百選』などのように比較的長い解説の付いているものがある。いずれであっても、それぞれの分野の重要な判例・下級審裁判例の事実の概要や裁判所の示した判断の重要部分の抜粋等が紹介されている点では共通している。

しかしながら、この判例集教材をどのように読めばよいのか具体的な指導がなされていないことが多い⁽⁴⁰⁾。本稿筆者も、法科大学院での教育に携わっていたときに同僚が「解説をいきなり読んではならない」、「公式判例集で判決原文を読むべき⁽⁴¹⁾」といった指導をしているのを耳にしていた。そのよう

⁽³⁷⁾ 2019年法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律(以下連携法)改正による連携法4条2号が法科大学院に求められる教育内容である「専門的学識の応用能力」の具体的内容として「論述の能力の涵養」が列挙されたこと、そして同年専門職大学院設置基準改正によって専門職大学院設置基準20条の5が法科大学院の授業方法に「論述の能力」の涵養を明示したことは、本稿の問題意識に沿う内容であり、法科大学院教育において答案練習はもはや許容されるものにとどまらず、「要請」されるものとなったと評価することができよう。

⁽³⁸⁾ 田中亘「商法学における法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論』(有斐閣・2021)176、180頁など(最決平成23・4・19民集65巻3号1311頁に対して)。

⁽³⁹⁾ 田中・前掲注(38)文献183頁。

⁽⁴⁰⁾ たとえば、亀井源太郎「判例と評釈、その読み方と探し方」法学教室495号(2021)47-48頁は、判例教材について「初学者にとっては、当該判例の一番『美味しい』ところを端的に教えてくれるガイド」と述べるものの、その一番美味しいところとはどこであるのかの説明はなく、現状、判例教材の読み方がわからない学生にとって具体的なガイドを示していない。濱田新「インスリン不投与事件判例を読む」法学教室495号(2022)49-50頁では判例教材を利用した場合に学び取れることをインスリン不投与事件判例(最決令和2・8・24刑集74巻5号517頁)を素材に具体的に示しているところ、当該事件を離れて一般論としていかなる内容と説明できるのかの説明がない。本稿は、これら近時の先行文献でも欠けている点を明らかにする試みである。

⁽⁴¹⁾ 弥永真生『法律学学習マニュアル〔第4版〕』(有斐閣・2016)46頁、星野英一『民法のもう一つの学び

な指導方法もありうると思うものの、それではなぜ判例教材を教科書指定して学生に購入させたのかわからない。そして、そもそも判例教材をどのように読めばいいのか学生はわからないままである。

そこで本補論では、本稿の「規範→あてはめ」型論法の重要性という問題意識に従って、判例教材をどのように活用するのかの一例を紹介したい。冒頭に判例教材の活用法を指導しない教員が多いと述べたものの、近時は、その具体的な活用法について丁寧に指導なさっている先生方も増えていると推察している。そのような場合には、学生は授業を担当する教員の指導に従って判例教材を活用すべきであり、本補論の説明は「他山の石」としてほしい。だが、具体的な指示のなかった場合や、そもそも授業とは別に（資格試験等の関係で）各科目を勉強している学生（特に法科大学院の授業・単位履修後、司法試験受験までの間に出た重要な判例・裁判例を重要判例解説〔ジュリスト増刊〕等を利用して自学自習で学ぶ学生は多いであろう）にとって本補論が判例教材の活用法の一助となれば幸いである。

(1) 判例教材を読む目的

まず、そもそも何のために判例・判例教材を読むのかという目的が重要である。目的が異なれば判例の読み方も当然に変わってくるからである。そして本補論では、この判例・判例教材を読む目的を「判例の立場を理解するため」という前提を置いて議論を進める。判例の読み方には、ほかにも、現実の事案類型を知るためや学説の解釈論を錬成するための素材として判例を活用する

という場合もある⁽⁴²⁾。だが、本補論では、法科大学院の学生を想定し、かつ「規範→あてはめ」型論法を身につけるという教育目的に照らしてもっとも穏当なところと思われる「判例の立場を理解するため」に判例集教材を読む目的を固定する。「判例の立場を理解するため」とは判例の先例的意義を明らかにするためと言い換えることもできる。

「判例の立場を理解するため」という目的であっても、研究者であれば、判決の意義や射程を明らかにすることを目的とし、かつ、場合によっては新規性（誰にも見つけられていない理解）の発見を目的としている。このような目的を達成するためには、当然ながら誰かの編集した判例教材ではなく、判決原文を読むことが必要になる。研究大学院の学生が自ら報告を担当する判例・裁判例を判例教材だけで済ませるといことはありえないし、学部生や法科大学院生であっても演習形式の授業（いわゆるゼミ）で少数の判例を扱う場合も同様であろう。

これに対して、実務家そして実務家を志す学生は、判例は将来の事件（やそれを模した筆記試験・事例問題）で「使う」ために「判例の立場を理解」することが求められている。実務家・学生にとって判例あるいは法律論を「使う」とは、現実の事案（やそれを模した試験問題・事例問題）を解決するための手段とすることである。そして、現実の事案に争点・論点が含まれている場合、法律家として解決するためには本稿で述べた通り「規範→あてはめ」型論法に従うことになる。

方〔補訂版〕』（有斐閣・2006）134頁、富川雅満「詐欺罪の最高裁判例を読む」法学教室 495号（2022）54頁。

⁽⁴²⁾ 判例の読み方については判例研究の目的の多様性について紹介した大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』（有斐閣・2000）308、313－317頁参照。

(2) 「規範→あてはめ」型論法に従った整理

そこで、実務家・学生にとって、判例の立場を理解するとは、現実の判例から「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」のフォーマットの各要素を抽出することになる。まず、将来の事案に適用することとなる「規範」を抽出することが重要となる。そして規範の導出に理由付けがなされていればその理由付けも理解することも重要である。また、これらの作業の前提として、当該判例・裁判例において論点、すなわち結論が分かろう点がどこにあるのかを発見することが非常に重要である。

本稿では、法的三段論法の実践的な意義として「問題提起→規範(+理由付け)→あてはめ」というフォーマットを法律家らしく議論する方法として紹介した(2 参照)。判例・裁判例を読むにあたって、当該判例・裁判例から、「問題(論点)の指摘」、「規範」、「規範の理由付け」、「あてはめ」に分けて整理することが実務家として・学生として判例を理解するという作業の具体的な作業となる。

この作業において、どこまでが「規範」なのか、どこからが「理由付け」や「あてはめ」なのかの認定は可塑性がある⁽⁴³⁾。裁判所が一般論として述べていることがそのまま「規範」となるとは限らず、理由付けやあてはめの判断から射程を限定するということが行われることはしばしばである。また反対に、判決文の中に一般論に対して様々な条件が付されていても、そのうちのいくつかは不要なものであるとして規範をより広げて理解す

ることもあれば、ひたすら事実が列挙されたのちに結論のみが示されるといった形でそもそも一般論が全く提示されていない判決(典型例としては一般条項を利用した「物語判決」など⁽⁴⁴⁾)から裁判所の指摘した具体的事実を整理して規範を抽出するということもある。だが、そうであっても「論点」、「規範」、「規範の理由付け」、「あてはめ」に分けて整理するという目標自体の有用性を失わせるものではない。

そして、このことは判決原文を読む場合のみならず、判例教材に収録された事実の概要や判決文の抄録を読む場合も同様である。判例教材を読むに当たっては、上記のような「論点」、「規範」、「規範の理由付け」、「あてはめ」に分けて整理することが重要である。事実の概要欄から論点を発見し、判決文の抄録(判旨)から規範とその理由付け(ある場合のみ)、そしてあてはめを抽出する。

このように判例教材を読んで、「論点」、「規範」、「理由付け」、「あてはめ」を抽出する作業は、将来、実務において現実の事案・紛争に接したときに法律家らしく解決策を提示するためのトレーニングになるし、近視眼的には、定期試験や国家試験の論述式事例問題対策にもなる。

この作業をするにあたって、判例教材よりも判決原文を読んだ方が作業の精度が上がることはもちろんである。しかし、特に事案の整理など、判決原文にあたることでかかる時間は倍増し、かといって作業の精度の向上は必ずしもかけた時間に比例しない。そこで判例の理解にかかる時間とその成果、そして法科大学院であればカリキュラムの中で

⁽⁴³⁾ 大村ほか・前掲注(42)文献 318 頁も「判例の『理解』には、必ずしも、唯一の正しい理解が存在するわけではない」「いかなる点に着目して先例規範を抽出するかによって、つねに複数の読み方が成立する可能性がある」とする。

⁽⁴⁴⁾ とりわけ下級審裁判例が要件・効果を明示するルール型ではなく様々な事情を総合衡量するスタンダード型をとる中でこれらの裁判例の中で吸い上げられている内在的規範を明示する必要性を説くものとして内田貴『契約の時代』(岩波書店・2000)73-86 頁。

修得しなければならない各法分野のコンテンツを現実的な学習時間⁽⁴⁵⁾内に消化するために判例教材の利用が必要となる。そして、判例教材の編者は通常、このような「論点」、「規範」、「理由付け」(ある場合のみ)、「あてはめ」が把握できるように事実の概要や判旨を整理して掲載している。

(3) 解説の利用法

判例教材に付されている「解説」は、「論点」、「規範」、「理由付け」、「あてはめ」の抽出作業を効率的に行うためのガイドになる。特に、当該判決の論点・争点が何であったのかは必ず書いてある。近時の判例教材であれば、冒頭に当該判決の意義として、当該判決における論点と先例的意義を有する規範あるいはあてはめの判断が要約して述べられる。そのほか、当該論点における様々な学説の立場の紹介は、当該判決の立場を理解する際の参考になる。また、近時の判例教材では、学説の紹介よりも、当該判決の意義・立場の紹介を重視するものが増えてきている。実際に本稿筆者が近時受け取った判例教材の執筆要領には「論点を解説するのではなく、表題判例の意義・位置づけを解説する」旨明示されていた。このような観点からなされた解説は、当該判決から抽出すべき「規範」の導出が中心となっており、法科大学院生の判例教材の学習において非常に有力な助けとなるであろう。

(4) 実例

それでは、最後に会社法の判例教材に掲載されているいくつかの判例・裁判例を素材

に上記「論点」、「規範」、「理由付け」、「あてはめ」への整理作業を行ってみる。

① 最決平成 19・8・7民集 61 巻5号 2215 頁〔会社百選 98・商判 I-67〕

1つ目は差別行使条件付新株予約権の無償割当を用いた買収防衛策の適法性を判断したいわゆるブルドックソース事件最高裁決定である。会社法の中でもっとも有名な判例(最高裁決定)と言っても過言ではない。

同事件の事実の概要は判例教材を確認していただきたいが、その概要をまとめると以下のように整理できる。

【事案】東京証券取引所第二部上場株式会社であるY社に対し、投資ファンドXがアメリカデラウェア州法人である有限責任会社A社を通じてY社の発行済株式すべてを取得することを目的とした公開買付を行った。これに対し、Y社取締役会はA社による公開買付は、Y社の企業価値を毀損し、Y社の利益ひいては株主共同の利益を害するものとして、公開買付に反対し、Y社定時株主総会において差別行使条件付新株予約権買収防衛策を提案した。

Y社の買収防衛策は、基準日である7月10日の株主名簿上の株主に、Y社株式1株あたり3個の新株予約権を無償割当てするというものであり、この新株予約権は、1個当たりY社普通株式1株を交付するが、A社を含むX関係者は権利を行使できないというものであった。X関係者は、Y社取締役会の決議により、新株予約権1個につき、当初のA社の公開買付価格の4分の1である396円の支払いと引き換えに新株予約権を会社が譲り受けることになっていた。

Xは、本件差別行使条件付新株予約権

⁽⁴⁵⁾ 東北大学法科大学院では1コマ90分あたりの自習時間(予習復習を合算した授業時間外の学習時間)は6時間程度、実定法科目の法科大学院の授業に合わせた学習時間は授業時間込みで1週間当たり60時間程度が限界であると認識している。得津晶「孤独な自習室」東北ローレビュー10号(2022)62頁表13参照。

無償割当ては株主平等原則に反して法令に違反する、あるいは著しく不公正であるとして、会社法 247 条の適用または類推適用を前提に裁判所に差し止めを求めた。

【争点】この事案の争点は以下の3点に整理できる。

論点1:新株予約権の無償割当てを株主が事前に差し止めることが可能か？

論点2:差別行使条件付新株予約権無償割当てが株主平等の原則に反するか？

論点3:差別行使条件付き新株予約権無償割当てが著しく不公正となるか？

【決定要旨】これらの論点に対する最高裁・裁判所の判断は以下の通りに整理できる。

この最高裁決定で最も有名なのは論点2についての判断である。これに対して論点1については最高裁以前の原々決定（東京地決平成 19・6・28 民集 61 巻5号 2243 頁）で判断されたものが原決定（東京高決平成 19・7・9 民集 61 巻5号 2306 頁）で維持され、最高裁は原々決定・原決定の判断を前提として採用したため明示的に判断がなされていない。

論点3についての最高裁の判断は一般論としての規範とあてはめとの区別がなされていない。そこで、決定文を読みながら各自で規範を抽出し、整理する必要がある。

論点1:新株予約権の無償割当てへの事前差し止めの可否	
規範	会社法 247 条(募集新株予約権発行差止)を無償割当て(277 条)にも類推適用される。(最高裁以前に原々決定・東京地決平成 19・6・28 民集 61 巻5号 2243 頁で判断)
理由付け	会社法が新株予約権の無償割当てに差し止請求権が用意されていないのは、無償割当てであれば通常は既存株主の持株比率や経済的価値に不利益を受けるおそれが想定されないから。だが、差別行使条件付新株予約権が無償割当てされる場合は既存株主の有する持株比率や経済的価値に影響を与える点で募集新株予約権の発行と同様であるため。

論点2:差別行使条件付新株予約権無償割当て株主平等の原則違反	
論点2-1:株主平等原則の適用の可否	
規範	法 109 条1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ。
理由付け	新株予約権の無償割当てにおいては、株主は、株主としての資格に基づいて新株予約権の割当てを受けるところ、法 278 条2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数またはその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てることを内容とするものでなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としている。
論点2-2:株主平等原則に反しないか	
規範1	①特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害される恐れが生ずるなど、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合、かつ、②当該取扱いが公平

		の理念に反し、相当性を欠くような場合には差別的取り扱いは株主平等原則に反する(可能性がある)
	規範2	要件①については、最終的には会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものである。
	理由付け	株主平等の原則は、個々の株主の利益を保護するため、会社に対し、株主の有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱うことを義務付けるものであるが、個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないから。
	あてはめ	<ul style="list-style-type: none"> 要件①: 議決権総数の約 83.4%の賛成、X 関係者以外のほとんどの既存株主が、X の買収が Y 社の企業価値を毀損し、Y 社の利益ひいては共同の利益を害することとなると判断。 要件②: 対価として金員が交付され、新株予約権の価値に見合うことから、公平の理念に反し、相当性を欠くものとは認められない。

論点3: 差別行使条件付新株予約権無償割当の不公正発行該当性	
規範 1	会社の存立・発展が阻害されるおそれが生ずるなど会社の企業価値が毀損され会社の利益ひいては株主の共同の利益の侵害を防ぐための新株予約権の無償割当であれば①株主総会において必要と判断されたこと、②緊急の事態に対処するための措置であること、③見合う対価が支払われることといった事情がある場合には不公正発行に該当しない。
あてはめ	本件は上記①～③の事情があるため不公正発行に該当しない。
規範 2	差別行使条件付新株予約権無償割当が会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく専ら経営陣・取締役らの経営支配権維持のためである場合には新株予約権の無償割当は原則として不公正発行に該当する。
あてはめ	本件は会社の企業価値ひいては株主共同の利益を維持するための差別行使条件付新株予約権の無償割当であるので不公正発行に該当しない。

② 最判昭和 38・12・6民集 17 卷 12 号 1633 頁〔会社百選7号・商判 I-19〕

次に取り扱う例は仮装払込該当性を判断した最判昭和 38・12・6民集 17 卷 12 号 1633 頁である。同最判は平成 26 年会社法改正で出資を仮装した場合の引受人・取締役らの特別の責任規定(会社法 52 条の2、102 条、102 条の2、103 条、213 条の2、213 条の3、286 条の2、286 条の3)が強化・新設されたことで重要性を増している。

事案は以下の通りである。株式会社 A 社

の発起人 Y1は B 銀行甲支店から 200 万円を借り入れ、他の発起人 Y2らが連帯保証人となった。Y1はこの 200 万円を B 銀行甲支店に A 社の株式払込金として払込み、A 社の設立手続と設立登記をした。その後、A 社は払込金の払戻しを受けて、Y1に貸付け、Y1はこれを B 銀行甲支店からの借入金債務の弁済に用いた。

A 社債権者 X が、この払込は仮装払込みであるとして債権者代位権に基づいて、Y1～Y8に対して、平成 17 年改正前商法 192 条 2項(会社法 213 条の2)に基づく払込

担保責任の履行を求めた。

【争点】論点：本件の払込は有効に払込がなされたと評価できるか？＝仮装払込みに該当するか？

【判旨】Xの請求を棄却した原審の判断を破棄差戻し。

この判決も古い最高裁であることもあり、どこまでが規範でどこからが理由付けなのかの区分があいまいであって読者が自覚的に整理することが求められる。

本稿では規範の中の要件①、②該当性判断の要素となる (a) 会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、(b) 払戻

金が会社資金として運用された事実の有無、(c) 借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等を「あてはめ」の中で整理した。だが、これらの判断要素を規範(2つ目の規範)と整理することもありうる。

論点：本件の払込は有効に払込がなされたと評価できるか？ ＝本件の払込は仮装払込みに該当するか？	
規範	外見上株式払込みの形式を備えていても、①当初から払い込んだ資金を会社資金として確保させる意図がなく、②会社の営業資金が確保されていない場合は、仮装払込みとして有効な払込には該当しない。
理由付け	株式の払込みは、株式会社の設立時にその営業活動の基盤たる資本の充実を図ることを目的とするものであり、営業活動の資金が現実に獲得されなければならない。このことは、払込確保のために商法が多数の規定を設けていることから明らか。
あてはめ	一時的の借入金をもって単に払込の外形を整え、株式会社成立の事後直ちに払い戻してこれに借入先に返済する場合は、②会社の営業資金は全く確保されたことにはならない。発起人総代が設立事務を担当しながら銀行から200万円を借りて会社に株式払込金として払込み、設立登記手続を進めて、会社成立後に会社が200万円の払い戻しを受けて発起人総代に貸し付けて発起人総代が銀行に借入金の返済にあてたという場合は、(a) 会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、(b) 払戻金が会社資金として運用された事実の有無、(c) 借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等によっては①株式払込金が実質的に会社の資金とする意図なく、②単に払込みの外形を装ったに過ぎないという疑いがあるためその審理のため破棄差戻し。

本稿は科学研究費補助金「法的判断における『良い議論』とは何か」(研究代表：角松生史)(20K20743)の研究成果の一部である。