

司法試験

令和4年司法試験分析会

民事系

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 226699

LU22669

令和4年司法試験分析会

民事系・第1問

令和4年司法試験 民事系第1問 問題文

【第1問】（配点：100〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕の配点は、50：30：20）

次の各文章を読んで、後記の【設問1(1)・(2)】、【設問2】及び【設問3】に答えなさい。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

【事実Ⅰ】

1. 個人で事業を営んでいるAは、その所有する甲土地を売却することとした。
2. 令和2年3月20日、不動産取引の経験がなかったAは、かつて不動産業に携わっていた友人のBに甲土地の売却について相談をした。甲土地の登記記録には、弁済によって被担保債権が既に消滅した抵当権の設定登記が残っていたことから、Bは、甲土地の売却先を探してみることが、その前に抵当権の登記を抹消してあげようと申し出、Aはこれを了承した。

【事実Ⅱ】

前記【事実Ⅰ】の1と2に続いて、以下の事実があった。

3. Bは、自身が負う金銭債務の弁済期が迫っていたため、甲土地を自己の物として売却し、その代金を債務の弁済に充てようと考えた。
4. 令和2年4月2日、Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要であると偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じた。Bは、Aが甲土地をBに3500万円で売却する旨の契約（以下「契約①」という。）が成立したことを示す売買契約書を偽造し、同契約書とAから受け取った書類等を用いて、同月5日、甲土地につき、抵当権の抹消登記手続及びAからBへの所有権移転登記手続をした。
5. 令和2年4月20日、Bは、甲土地を4000万円でCに売却する旨の契約（以下「契約②」という。）をCとの間で締結した。Cは、契約②の締結に当たり、甲土地の登記記録を確認し、Bが甲土地を短期間のうちに手放すことになった経緯につきBに尋ねたところ、Bは、「知らない人と契約を交わすのを不安に感じたAの意向で、いったん友人である自分が所有権を取得することになった」旨の説明をした。
6. 令和2年4月25日、CからBへの代金全額の支払と、甲土地につきBからCへの所有権移転登記がされた。

【設問1(1)】

【事実Ⅰ】及び【事実Ⅱ】（1から6まで）を前提として、令和2年5月1日、CがAに対して甲土地の引渡しを請求した。Aはこれを拒むことができるか、論じなさい。

【事実Ⅲ】

前記【事実Ⅰ】の1と2に続いて、以下の事実があった（前記【事実Ⅱ】の3から6までは存在しなかったものとする。）。

7. 令和2年4月2日、Aは、知人のDから甲土地を4000万円で購入したいとの申出を受け、この額が時価相当であったことから、Dに売却することを決めた。Aは、同日、Bに対して、甲土地の売却先を探してもら必要はなくなったが、抵当権の抹消登記手続については急いでほしい旨を述べ、Bはこれを了承した。
8. Aは、事業の不振により債務超過に陥っていたことから、Dに対し、登記手続は来月になってしまうが、売買契約の締結と代金の授受は早々にさせてほしいと懇請し、Dはこれに応じた。令和2年4月5日、Aが甲土地を4000万円でDに売却する旨の契約（以下「契約③」とい

- う。)がAとDとの間で締結され、代金全額がDからAに支払われた。なお、甲土地は、Aが所有する唯一のめばしい財産であった。
9. 令和2年4月8日、Bは、Aが甲土地を売却した相手が、かねてより恨みを抱いているDであることを知って、契約③を阻止し、Dに損害を与えようと考えた。Bは、Aに対して、今後継続的にAの事業を支援するから、甲土地は自分に2000万円で売ってほしいと述べた。Aは、今後のBからの支援に期待をかけ、Bの申出を受けることにした。
10. 令和2年4月12日、Aは、甲土地を2000万円でBに売却する旨の契約(以下「契約④」という。)をBとの間で締結した。同月15日、BからAに代金全額が支払われ、甲土地につき抵当権の抹消登記及びBへの所有権移転登記がされた。
11. 令和2年5月8日、Bは、甲土地を4000万円でCに売却する旨の契約(以下「契約⑤」という。)をCとの間で締結した。同月10日、CからBへの代金全額の支払と、甲土地につきCへの所有権移転登記がされた。なお、Cは、契約⑤の締結に当たり、契約③の存在やAが十分な資力を有していないことについてBから説明を受けていたが、BにDを害する意図があったことは、Cへの所有権移転登記がされた後も知らないままであった。

〔設問1(2)〕

【事実I】及び【事実III】(1、2及び7から11まで)を前提として、令和2年6月1日、Dは、Cに対し、甲土地につき、Dへの所有権移転登記手続をするよう請求し(以下「請求1」という。)、それができないとしても、Aへの所有権移転登記手続をするよう請求した(以下「請求2」という。)。これらの請求は認められるか、請求1及び請求2のそれぞれについて論じなさい。

【事実IV】

12. 令和3年3月、Fは、その所有する乙建物を、期間5年、賃料月額30万円でGに賃貸する契約(以下「契約⑥」という。)をGとの間で締結し、Gに引き渡した。
13. 令和3年5月31日、Fは、Hから1000万円を弁済期を2年後とする約定で借り受け、その借入金債務(以下「債務α」という。)を担保する目的で乙建物をHに譲渡する契約(以下「契約⑦」という。)をHとの間で締結した。契約⑦において、Fが債務αの弁済期が経過するまで乙建物の使用収益をする旨が合意された。同年6月5日、契約⑦に基づき、乙建物につきHへの所有権移転登記がされた。
14. Gは、その後もFに対して契約⑥に基づく賃料を支払っていたが、令和5年5月、乙建物につきHへの所有権移転登記がされていることを知り、賃料を支払わなくなった。
15. Fは、債務αの弁済期経過後もその弁済をしないまま、令和5年7月、債務αの弁済期経過前に発生した同年5月分の賃料と弁済期経過後に発生した同年6月分の賃料の支払をGに請求した(以下「請求3」という。)。Gは、「⑦乙建物がHに譲渡されたので、Fに対して賃料を支払う必要はない。」と述べて支払を拒んだ。Fは、「④Hへの所有権移転登記がされているが、これは契約⑦に基づくものであって、賃貸人の地位が直ちにHに移転する効果を生ずべき譲渡があったわけではない。⑦仮にそのような譲渡があったとしても、債務αの弁済期が経過するまでFが乙建物の使用収益をする旨の合意があるから、賃貸人の地位は自分に留保されている。」と反論した。
16. Hは、請求3の時点で、契約⑦に基づく担保の実行も、乙建物の第三者への処分もしていない。

〔設問2〕

【事実IV】(12から16まで)を前提として、次の問いに答えなさい。

下線部④⑦⑧の各主張の根拠を説明した上で、Fの反論の可否を検討し、請求3が認められる

か、論じなさい。その際、令和5年5月分と6月分とで結論に違いが生じ得るかにも留意しなさい。

【事実V】

17. Kは、別荘とその敷地（以下併せて「丙不動産」という。）を所有していた。Kには子Lがいたが、Kは、姪のMを幼少の頃からかわいがっていたことから、令和6年1月17日、Mとの間で「Kが死亡したときには、丙不動産をMに与える」旨の贈与契約（以下「契約⑧」という。）を書面で締結した。
18. 令和8年2月頃よりKとMの関係が悪化した。
19. 令和8年10月1日、Kは、丙不動産をN県に遺贈する旨を記した適式な自筆証書遺言を作成し、同日、LとN県にその内容を通知した。
20. Kは、令和9年5月1日に死亡した。Kの相続人はLのみであった。
21. 丙不動産の所有権の登記名義人はKのままであった。令和9年8月20日、Mは、Lに対し、契約⑧に基づき丙不動産のMへの所有権移転登記手続を求めた（以下「請求4」という。）。これに対し、Lは、「⊕契約⑧は、その後にKがN県に丙不動産を遺贈する遺言をしたことにより、撤回されたはずである。」と主張してこれを拒んだ。

〔設問3〕

【事実V】（17から21まで）を前提として、次の問いに答えなさい。

下線部⊕の主張の根拠を説明した上で、考えられるMからの反論を踏まえ、請求4が認められるか、論じなさい。

— M E M O —

令和4年司法試験 民事系第1問 解答例

第1 設問1(1)

- 1 Cは契約②によって甲土地の所有権を取得したとして、Aに対し、所有権に基づく引渡請求をすることが考えられる。
- 2 これに対してAは、Bは甲土地について無権利者にあたり、Aは契約②によって所有権を取得していないと反論する。
- 3(1) AはBの所有権移転登記という虚偽の外観を信頼して契約②を締結していることから、民法94条2項（以下法令名略）により、所有権を取得できないか。
- 同項は、そもそも通謀虚偽表示があった場合に適用されるが、本件において、ABは通謀して所有権移転登記手続をしたわけではないから、これを適用することはできない。
- (2) AはBに対し、甲土地の抵当権抹消登記を依頼しており、これを基本権限とする110条を適用する余地はないか。
- 代理制度は私法上の法律行為を行うことを定めているから、公法上の行為は原則として基本権限とならないが、私法上の行為と密接して関連するものであれば、認められる。
- AはBに対して、売却先を探すに当たって、公法上の行為たる抵当権抹消登記を依頼しているにすぎず、私法上の行為と密接して関連しているとは言えない。
- よってBには「代理人の権限」がなく、110条は適用できない。
- (3)ア 確かに通謀虚偽表示はないものの、虚偽の外観を信頼している以上、94条2項や110条の趣旨が及ぶとして、類推適用できないか。

これらの趣旨は虚偽の外観を信頼した第三者を保護することであるから、必ずしも虚偽表示がなくても、趣旨が妥当する。具体的には、虚偽の外観が存在し、外観作出について本人の帰責性が認められ、外観に対する第三者の信頼がある場合には、類推適用できると解する。

イ 以下本件について検討すると、無権利者であるBに甲土地の所有権移転登記がなされており、虚偽の外観がある。

ウ 確かにBは不動産業に携わっていたという事情はあるものの、Bに抵当権抹消登記手続きに必要なと言われ、これを信じて所有権移転登記に必要な書類を交付してしまっている。よってAに帰責性は認められる。

エ 第三者の信頼については、本人の外形作出の意図に応じて、本人保護の必要性を考慮して、無過失まで求められうる。

本件において、AはBに所有権移転登記を依頼したにすぎないから、所有権移転登記については本人に外形作出の意図はない。

そこで本人保護のため、94条2項および110条を類推適用して、善意無過失まで要求されると解される。

CはBが甲土地について無権利者であることについて知らなかったため、善意である。次に無過失であるかが問題となるが、不動産の売買は短期間に繰り返し行われることが少ないことを考慮すれば、Bが短期間のうちに甲土地を手放しているという不審事由が認められ、Cには高度な調査が求められることになる。しかしCはBに対して経緯を訪ねるのみで、電話で容

易に確かめられる所、その真実性を確かめることなくBの発言を信じている。Cは、十分な調査を果たしたとはいえ、無過失とはいえない。

オ よって94条2項、110条を類推適用できない。

4 以上より、Aは甲土地の引渡しを拒むことができる。

第2 設問1(2)

1 請求1について

- (1) 契約③で甲土地の所有権を取得したとして、DはCに対し、所有権移転登記を請求することが考えられる。
- (2) しかしCは「第三者」（177条）に当たり、甲土地の所有権移転登記を有していることから、所有権はCにあるといえないか。
- (3) そもそも「第三者」とは、当事者もしくはその包括承継人以外の者であって、不動産に関する物権の得喪・変更について登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者をいう。

そして単なる悪意者は「第三者」に当たるが、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる特段の事情がある場合には、背信的悪意者として「第三者」には該当しない。

本件においてCは、Bから契約③の存在は知らされていたことから、悪意者に当たる。しかしBにDを害する意図があったことは登記移転後も知らずにいることから、単なる悪意者に留まる。

- (4) しかしBがDを害する意図を持って契約④を結んでおり、背信的悪意者に当たることから、Cが177条で保護されない背信的悪意者からの取得者として、同条で保護されるかが問題となる。

背信的悪意者は登記の欠缺を主張が否定されているだけで、権利取得自体は否定されていないから、転得者も物権を承継取得できる。背信的悪意については、内心に関わることとして個別的に判断することになる。

- (5) 以上より、Cは悪意者として甲土地を承継取得し、その登記を有していることから、177条によって所有権を取得することになる。その結果、請求1は認められない。

2 請求2について

- (1) DはCに対し、詐害行為取消権（424条）を行使し、Aに甲土地の所有権が戻る結果、Dが契約③によって所有権を取得することを前提とした所有権移転登記請求をすることが考えられる。

(2) 債権者・債務者の要件

被保全債権が必要である所、特定物債権を被保全債権とすることは認められるかが問題となるが、詐害行為の時点で特定物債権は履行不能（412条の2第1項）によって金銭給付を目的とする損害賠償債権（415条1項本文）に転じていることから認められる。つまり、DのAに対する甲土地引渡債権は、損害賠償債権となり、被保全債権として認められる。

契約④・⑤は③の後に行われているから、その発生原因は詐害行為前に生じている（424条3項）。甲土地はAにとって唯一のめばしい財産であり、Bに対しては2000万円で売却したことから2000万円の債務超過となり、Aは無資力である。AはBに甲土地を売却することでDに対する弁済はできないことから、詐害行為

も存在する。債務者Aも自己に財産がないことはわかっているから債務者の詐害意思も認められる（同条1項本文）。

(3) 受益者・転得者の要件

BはDを害する目的で契約④を結んでおり、詐害行為について悪意である（424条の5柱書、424条1項ただし書）。転得者であるCはBから契約③やAが十分に資力を有していないことを説明されているから詐害行為について悪意である（424条の5第1項）。

(4) 以上より要件を満たすことから、Dは詐害行為取消権を行使できる。しかし被保全債権の要件で検討したように、行使の前提としてDの甲土地の引渡債権は損害賠償請求権に転化しており、177条と整合性を保つためにも、もはやDは甲土地についての所有権を取得することはできない。よって、請求2は認められない。

第3 設問2

1 各主張の根拠

(1) ㉞について

賃貸人たる地位が移転した（605条の2第1項）ことを根拠とする。GはFと契約⑥を結び、乙「建物」はGに「引き渡」されている。Gは「賃貸借の対抗要件」を備えている（借地借家法31条）所、乙建物はHに「譲渡された」ため、賃貸人たる地位はHに移転したと考えられる。

(2) ㉟について

譲渡担保契約においては、あくまで担保として譲渡にすぎない

から、譲渡担保権者が担保権を有し、設定者は所有権を依然として有すると解される。これに基づけば、所有権の移転がない以上、605条の2第1項の「譲渡」に含まれず、賃貸人たる地位が移転しないとされるものである。契約⑦は債務αを担保する目的で乙建物を譲渡したのだから譲渡担保契約に当たるから、同項の適用はないと考えられる。

(3) ㊱について

仮に譲渡担保における譲渡も同項の「譲渡」に含まれるとしても、契約⑦において、債務αの弁済期が経過するまでFが乙建物の使用収益する旨の合意あったことから、605条の2第2項前段の賃貸人たる地位を譲渡人に留保する・・・合意」があると考えられる。

(4) Fの反論の当否および請求3について

605条の2は賃貸人の没個性的な性格に鑑み、賃貸不動産の譲渡があったことをもって、賃貸人たる地位を移転することを規定したものである。しかし賃借人は譲渡に関わらない以上、賃貸人を特定することが難しくなる。そこで賃借人が登記を閲覧することで、賃借人を特定することができるようにするため、同条3項は登記がなくては、賃借人に賃貸人たる地位を主張できないことを定めていると言える。

だとすれば、Fの㉟における反論は認められないと考えられる。確かに譲渡担保契約は、担保権のみの移転を伴うと考えるのが相当であるが、これを同条1項の「譲渡」に含めないとする

と、通常の譲渡と譲渡担保による譲渡を賃借人は区別することができず、同条3項の趣旨は没却されることになるからである。

次に㊦であるが、契約㊦における乙建物の使用収益は、その一態様として賃貸借することも当然できると解されるから、もともとGとの間で賃貸借契約が結ばれていたことを考慮すると、その合意はFが賃貸人たる地位を有することについての合意と考えられる。しかしその合意の期間は債務αの弁済期経過までとされている。つまり賃貸人たる地位が移転しない合意についても弁済期経過までといえる。弁済期が経過した6月分の賃料については、担保の実行や第三者への処分の有無にかかわらず、605条の2第1項より、賃貸人たる地位がHに移転するものと考えられる。

したがって、請求3は5月分のみ認められる。

第4 設問3

1 ㊦について

契約㊦は「Kが死亡したときには、丙不動産のMに与える」という死亡を契機とする贈与契約であるから死因贈与（554条）に当たる。遺贈についての規定が準用される所、遺言はいつでも撤回できる（1022条）とされ、N県に丙不動産を遺贈する「遺言」とMに死因贈与する「生前処分」とは明らかに両立しないことから「抵触」があるとして、時期的に先である死因贈与は撤回されたことになる（1023条2項、1項）とするものである。

2 Mからの反論

554条の遺贈の規定の準用は、「性質に反しない限り」とされて

いるが、単独行為の遺言と契約の死因贈与では、相手方の意思表示の有無に明確な差があり、単独行為の遺言で自由な撤回が認められていたとしても、これを準用すれば、相手方に不測の損害をもたらすため、性質に反するものに当たる。また、契約㊦の死因贈与は書面で行われている所、書面による贈与は自由に解除できない（550条反対解釈）というものが考えられる。

3 請求4について

死因贈与は単独行為ではないものの、贈与者の死後の財産に関する処分であるから、遺贈と同様、贈与者の最終意思を尊重すべきである。そして単なる死因贈与が取り消されただけでは、反対債務の履行もなく損害は無きに等しい。そこで死因贈与の取消しについては、受贈者の不測の損害を回避すべく、負担付贈与であってその履行が済んでいたという特段の事情なき限り、1022条がその方式を除いて準用される。

そして550条の規定は軽率な贈与を戒め、紛争を防止することを趣旨とするが、死因贈与については、自己の財産の最終的な帰属を決めるものとして慎重な判断をすることが通常であり、趣旨が妥当しない。だとすれば書面における死因贈与についても同じである。

契約㊦は単なる死因贈与で負担付贈与に当たらない。

だとすれば1022条が準用され、㊦の主張に全て理由があることになる。よって請求4は認められない。

以上

— M E M O —

令和4年司法試験分析会

民事系・第2問

令和4年司法試験 民事系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、35：35：30）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、平成10年（1998年）4月に設立され、首都圏においてドラッグストアを営む会社法上の公開会社ではない取締役会設置会社である。また、乙株式会社（以下「乙社」という。）は、医薬品、化粧品及び日用品等の企画、製造及び販売の業務を営む会社法上の公開会社ではない取締役会設置会社である。
2. 甲社と乙社の間に資本関係はなく、下記3のとおり、甲社の取締役のうち1名が乙社出身であるほかは、役員の兼任等の人的関係もない。乙社は、甲社から甲社が経営する店舗で販売する商品の製造の委託を受けており、その売上が乙社の売上総利益の約50パーセントを占めている。乙社が製造する商品には「乙」の名称が入った登録商標Pが使用されている。
3. 甲社では、設立以来、A、Aの親族及び乙社出身者を中心に取締役会が構成され、令和3年（2021年）4月の時点では、Aが代表取締役、B（Aの弟）、C（Aの長女）、D（乙社出身者）及びE（Aの親族でも乙社出身者でもない）が取締役を務めていた。
甲社の取締役の任期については、その定款において、当初、選任後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとされていたところ、平成22年（2010年）6月に開催した定時株主総会において、その期間を選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までと変更された。もともと、乙社出身の取締役については、上記定款変更の前後を問わず、選任から4年で退任するのが慣例となっていた。
甲社の発行済株式総数は10万株であり、Aが4万株、B及びCがそれぞれ2万株を保有し、残りを甲社の従業員複数で保有している。
4. Dは、大学を卒業してから35年間にわたって乙社で勤務し、57歳になった平成30年（2018年）3月、Aから甲社の取締役になるように誘われた。その際、Aは、Dに対し、乙社出身の取締役は従前より4年ごとに交代していることを説明した。Dは、乙社の就業規則に定年が60歳と定められていたことから、Aに対し、「61歳まで甲社の取締役を務めた方がより長く安定した収入が得られるので、引き受けます。」と述べ、Aの誘いに応じた。Dは、同年5月31日に乙社を退職し、同年6月20日に開催された甲社の定時株主総会において、取締役に選任された。Dの前任の乙社出身の取締役は、選任から4年が経過した上記定時株主総会の日に辞任した。
Dは、甲社の常勤取締役として、甲社から役員報酬として月40万円の支払を受けていた。また、Dには他の収入はなかった。
5. Aは、令和2年（2020年）3月、Dに対し、「次の株主総会で取締役の選任から2年になる。そろそろ折り返し地点なので、乙社出身の後任者を探してほしい。」と述べたところ、Dは、「定款に定められた任期を満了するまで取締役を務めたいので、まだ後任者を探すつもりはない。」と答えた。
その頃、Aは、東北地方にも新規店舗を設けて甲社の事業の拡大を図ろうとしていた。東北地方への進出は、Aの先代が果たせなかったものであり、B及びC（以下、A、B及びCを総称して「Aら」という。）も達成すべきものであると考えていた。これに対し、Dは、丙株式会社との競争に伴う値下げによって2年連続営業損失を計上していることを理由に事業の拡大には反対であり、Aらとの間で意見が対立していた。
6. Aは、令和2年（2020年）4月、他の取締役にに対し、「取締役の任期を1年に短縮することで、信任を得る機会を多くし、取締役の業務に緊張感を持たせたいから、次の定時株主総会

でその旨の定款変更を行いたい。」と提案した。Dは、東北地方への進出に反対したことから、自分を追い出すためにするものではないかと疑って上記提案に反対した。しかし、甲社の取締役会は、D以外の取締役らの賛成により、同年の定時株主総会において、①定款変更を議題とし、取締役の任期を選任後1年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする旨の議案を提出すること、②取締役の選任を議題とし、A、B、C、D及びEを取締役に選任する旨の議案を提出することを決めた。なお、A、B、C及びEは、いずれも平成22年（2010年）の定時株主総会において取締役に選任されていた。

7. 甲社の定時株主総会は、令和2年（2020年）6月25日に開催され、計算書類の承認等のほか、上記6①の定款変更議案及び上記6②のうちA、B、C及びEを取締役に選任する旨の議案がAらの賛成により可決されたが、上記6②のうちDを取締役に選任する旨の議案は、Aらの反対により否決された。

〔設問1〕 Dは、一連の経緯により甲社の取締役の地位を失ったことは実質的な解任であって不当であり、甲社に対して会社法上の損害賠償責任を追究しようと考えている。Dの立場において考えられる法律構成及び損害に関する主張並びにそれらの当否について、論じなさい。なお、上記6及び7の定時株主総会の招集の手續及び議事は、適法であったものとする。

8. 乙社は、令和2年（2020年）に入ってから業績が悪化するようになった。同年1月末日の時点では資産1億円、負債5000万円、資本金2000万円であったところ、現預金の流出が続くなどして、令和3年（2021年）10月1日の時点では、資産6000万円、負債4000万円、資本金2000万円となった。
9. 乙社は、令和2年（2020年）6月までに株式会社丁銀行（以下「丁銀行」という。）から複数回にわたって融資を受けており、令和3年（2021年）6月末日の弁済期日を経過した同年10月1日の時点で合計3000万円の残債務があった。
10. 乙社の代表取締役Fは、業績の悪い事業を譲渡しようと考え、令和3年（2021年）9月頃から、関西地方でスーパーマーケットを営む会社法上の公開会社ではない取締役会設置会社である戊株式会社（以下「戊社」という。）と交渉を始めた。乙社及び戊社は、同年10月1日、必要な手續を経た上で、乙社が戊社に日用品製造販売事業を譲渡する旨の契約を締結した（以下、この事業譲渡を「本件事業譲渡」といい、この契約を「本件事業譲渡契約」という。）。
11. 本件事業譲渡契約においては、乙社の日用品製造販売事業の資産と負債（日用品製造販売事業に従事する従業員との間の雇用契約を含む。）が対象とされ、その対価は4000万円とされた。また、戊社の代表取締役Gは、本件事業譲渡契約を締結するに当たり、上記8及び9の事実をFから知らされていた。
12. 戊社は、本件事業譲渡の約3年後、下記14の問題点が発覚したことにより、その事業年度の決算において、乙社から譲り受けた日用品製造販売事業の資産について多額の評価損を計上するとともに、多額の負債を計上した。
13. 本件事業譲渡契約が締結された経緯の詳細は、下記14から17までのとおりであった。
14. 会社やその事業の買収を行う場合には、買収の対象となる会社又は事業の業績、資産、財務状態及び法律上の問題点等の調査（以下「デュー・ディリジェンス」という。）を行うことが実務上広く行われている。しかし、戊社は、本件事業譲渡の際に、乙社の日用品製造販売事業についてデュー・ディリジェンスを実施しなかった。もし、デュー・ディリジェンスを行っていたら、乙社の日用品製造販売事業の在庫の価値が落ちていること、その製品に知的財産権上の問題があること等の問題点を発見することができ、本件事業譲渡契約を締結しなかったか、仮に締結していたとしても、その対価は1000万円以下となるはずであった。
15. 戊社の取締役でそのメインバンク出身であるHは、本件事業譲渡について検討されていること

を知ってから、乙社とも取引のあった出身銀行の知人に乙社のことを尋ねたところ、「日用品製造販売事業はうまくいっているとはいえず、在庫の価値が下落している可能性がある上に、知的財産権等の管理もいい加減であるから気を付けた方がよい。」との回答を得た。そこで、Hは、知人の弁護士に確認したところ、「事業の買収を行う場合には常にデュー・ディリジェンスが必要とまではいえないものの、そうした事情がある場合は行った方がよい。」との回答を得た。そのため、Hは、戊社の代表取締役Gに対し、上記の回答内容を伝えた上で、本件事業譲渡には慎重になるべきであり、デュー・ディリジェンスを行うべき旨を指摘した。

16. Hの指摘にもかかわらず、デュー・ディリジェンスが行われなかったのは、次の事情による。すなわち、甲社は、戊社の総株主の議決権の60パーセントを有する親会社であり、戊社の取締役5名のうちG及びIの2名は、かつて甲社の従業員であった。甲社の代表取締役Aは、戊社の代表取締役Gに対し、「乙社の日用品製造販売事業が立ちゆかなくなると甲社の事業に大きな影響が及ぶため、本件事業譲渡を迅速に進めてほしい。これが実現しなければ、GとIの取締役の再任はない。」と述べた。その後に行われた本件事業譲渡の交渉において、Aの意向を知っていた乙社の代表取締役Fは、Gに対し、「乙社の主要ブランドを譲渡するのであるから、相応の対価とすべきである。1か月程度で交渉がまとまらないのであれば別の譲渡先を探すか、最悪の場合には乙社の法的整理も検討するつもりである。」と述べた。これらのやり取りを踏まえ、Gは、上記15の事実の下でもデュー・ディリジェンスを省略して交渉に当たるのもやむを得ないと判断し、Fの主張を受け入れて上記11の内容で本件事業譲渡契約を締結した。
17. 戊社の取締役会は、令和3年（2021年）10月1日に開催されたところ、Hは、その必要性が見いだせない上にデュー・ディリジェンスを行っていないことを理由に反対する旨の意見を表明した。他の取締役から説明を求められたGは、「乙社の日用品製造販売事業を救わないと、甲社の主力商品の1つが欠けることになり、甲社を中心とした我がグループに大きな不利益が及ぶ。戊社の売上総利益の約50パーセントは甲社との取引に由来するものであるため、単純に乙社の日用品製造販売事業だけを見て本件事業譲渡に反対するのは適切ではない。」と説明した。その後、戊社の取締役5名のうち甲社出身のGとIは自ら退席し、残りの3名の取締役によって審議が行われ、Hを除く2名の取締役の賛成により、本件事業譲渡契約を締結することが決定された。

【設問2】 戊社の少数株主であるJは、株主代表訴訟を提起して、Gに対し、本件事業譲渡契約を締結する旨の判断をして実行したという一連の経緯について、会社法上の損害賠償責任を追及しようと考えている。Jの立場において考えられる主張（損害に関する主張を含む。）及びその当否について、論じなさい。なお、株主代表訴訟は、適法に提起されたものとする。

下記18以下においては、上記11から17までの事実は存在せず、上記10のとおり、必要な手続を経て本件事業譲渡契約が締結されたことを前提として、【設問3】に答えなさい。

18. 本件事業譲渡契約においては、乙社の日用品製造販売事業の業績が低下していたことから、その資産（日用品製造販売事業に従事する従業員との間の雇用契約を含む。）が対象とされ、負債は対象とされなかった。また、本件事業譲渡契約が締結された令和3年（2021年）10月1日の時点での乙社の日用品製造販売事業の資産の簿価は4000万円であったが、戊社が「専門家を交えた調査の結果によれば簿価どおりの資産価値がない可能性がある。」と主張し、乙社も早く現金を手にしたと考えていたことから、本件事業譲渡契約の対価は、2000万円とされた。
19. また、乙社及び戊社は、本件事業譲渡契約において、乙社が戊社に対して登録商標Pの使用を認めることに合意した。これは、乙社が使用してきた登録商標Pとこれに含まれる「乙」が日用品のブラ

ンドとして確立し、消費者には登録商標Pが乙社を示すものと受け取られており、業績が悪くなったとはいえ顧客誘引力が残っているからであった。

なお、乙社は、登録商標Pを使用した商品を製造して卸売を行うだけであり、これまでに消費者等に直接販売したことはなかった。また、戊社は、関西地方でスーパーマーケットを営んでおり、これまでに乙社の商品を扱ったことはなく、その商号や経営する店舗の名称に「乙」の文字や登録商標Pに含まれる文字と共通するものを使用したことはなかった。

20. 戊社は、本件事業譲渡の完了後、経営するスーパーマーケットの店舗内において、登録商標Pを描写した看板を複数の入口に掲げて、登録商標Pを使用した日用品を販売した。また、戊社は、自社のウェブサイトにおいて、「Pが新たに生まれ変わり、当店で扱うことになりました。」との宣伝を掲載し、そこには登録商標Pも掲載されていた。戊社が扱っている登録商標Pが使用された日用品のうち6割程度は、従来、乙社が登録商標Pを使用して販売していたものと同じ商品であった。
21. 乙社の業績は、その後も改善しないことから、丁銀行に上記9の残債務を弁済することができなくなった。そこで、乙社は、令和4年（2022年）5月、丁銀行に対し、その旨を通知した。

【設問3】 丁銀行が戊社に対して乙社の残債務の弁済を請求できるかについて、論じなさい。

令和4年司法試験 民事系第2問 解答例

第1 設問1

1 Dの立場において考えられる法律構成

Dは「役員」たる取締役の任期途中に任期を短縮する旨の定款変更がなされて本来の任期前に取締役から退任させられ、その後、取締役として再任されることがなかったことは「解任」に当たるとして会社法339条2項（以下法令名略）により損害賠償請求することが考えられる。

2 損害に関する主張

取締役の任期は変更前では10年とされており、残りの任期が8年分あったから、その期間の報酬分を損害として請求することが考えられる。具体的には月40万円の報酬を基準として、40万円×12ヶ月×8年に当たる3,840万円請求することが考えられる。

3 法律構成と損害の可否

- (1) 339条2項は「前項の規定により解任」されることが必要である所、Dは同条1項の株主総会の決議による解任はされていないから同条2項を直接適用する余地はない。

しかし、同項の損害賠償責任の法的性質は、株主総会により解任の自由の保障と役員等の任期に対する期待の保護との調和を目的として定められた法定責任と解されている所、株主総会による解任に限られず、期待に反して取締役たる地位を奪われた時には期待の保護という趣旨が妥当するものとして、同項を類推適用することができる。

本件では、Dが取締役に就任した平成30年（2018年）6月20日には定款で取締役の任期を選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとされ（332条2項）ていた。その任期途中に当たる令和2年（2020年）6月25日に1年以内に変更とされ、任期前に退任させられた。他の取締役全員が再任される一方、Dは再任されることはなかった。これらの事実には照らせば、定款変更による退任を利用した解任が行われたと評価できる。人気に対する期待を裏切るものとして、339条2項を類推適用することができる。

- (2)ア ここで、Dを再任しなかったことについて「正当な理由」があるかが問題となる。同項の趣旨を鑑みれば、「正当な理由」とは、当該取締役に経営を行わしめるに当たって障害となるべき状況が客観的に生じた場合をいう。

イ 令和4年（2022年）定時株主総会までの任期

「正当な理由」となりうるものとして、株主であり取締役のAらと対立が考えられる。これは東北地方への事業拡大に反対したことによるが、Dは丙株式会社との競争による値下げによって、2年連続営業損失を計上しており、さらにコストのかかる新規店舗を出すべきではないと考えた。企業の方針を検討する上で合理的なものである。これにより対立が生じたとしても企業経営に関する健全な対立であって、かかる対立は経営を行わしめるに当たって障害となるべき状況が

客観的に生じているとは言えない。それ以外には特に理由となりうるものはなく、「正当な理由」はない。

ウ 令和4年(2022年)定時株主総会以降の当初任期

乙社は、甲社から甲社が経営する店舗で販売する商品の製造の委託を受けており、その売り上げが乙社の売上総利益の約50%を占めているほどの緊密な関係であるものの、資本関係はなく、甲社の取締役のうち1名が乙社出身の他には人的関係もない。これらの事情によれば、乙社から甲社の取締役をなるものを選ぶことで、その者を通じて、両者の関係が円滑になっており、甲社の他の取締役とはまた別の性格を持っていることになる。そのため1度目の定款変更の際にも4年で退任するのが慣例になっていた。

Dも甲社の取締役になるに当たって、Aから4年ごと交代していることを説明された上で、乙社定年の60歳よりも61歳まで安定した収入が得られることを就任の理由としてあげており、任期4年を想定していることが伺える。

だとすれば、この期間においては、339条2項類推適用の前提となる取締役の期待が存在しないと言える。その上就任してから営業損失を出しておりDに際立った経営手腕があるといった特段の事情もなく、甲社はこれまで通りの円滑な関係を維持するためにも乙社から新しい取締役を必要としている。慣例維持という当該取締役に経営を行わしめるに当たって障害となるべき状況が客観的に生じてい

る。よって「正当な理由」がある。

- (3) 以上より2年分の損害960万円の損害賠償請求が339条2項類推適用により認められる。

第2 設問2

1 任務懈怠に基づく損害賠償

- (1) Jは423条1項に基づいて損害賠償請求することが考えられる。Gは「取締役」に当たる。乙から譲り受けた日用品製造販売事業の資産について多額の評価損を計上し、多額の負債を計上することになり、見積もりを誤った3000万円以上の「損害」が生じている。デュー・デリジェンス(以下DDという)を行わなかったことかかかる損害が生じているから因果関係もある。

- (2) ではDDを行わないと判断したGについて忠実義務(355条)違反による任務懈怠があるかが問題となる。

事後的に結果を見て取締役の忠実義務が果たされているかを評価すると取締役の業務執行が萎縮してしまう。そこで忠実義務違反の業務執行行為がなされたか否かの判断は、行為当時の状況に照らし、合理的な情報収集・調査・検討等が行われたか、及び、一般的に要求される能力水準に照らして著しく不合理な判断がなされなかったかを基準になされるべきである。

戊社の大株主である甲社から事業のため本件事業譲渡を迅速に進めて欲しいとプレッシャーをかけられ、戊社にとっても

甲社は売上総利益の約50%分の取引相手であって、その重要度は高かった。買収先の乙社の代表取締役Fは1ヶ月という短期間で交渉がまとまらないなら譲渡を諦めると述べており、Gは即断しなければいけない状況であった。しかし、取締役Hは出身銀行の知人から乙社の事業について買収には慎重になった方が良い旨聞き、DDの専門家たる弁護士から買収先にリスクがありそうな時にはDDを行うべきである旨Hに回答している。Hは回答内容をGに伝えて、DDを行うよう主張していた。そして大株主甲社の代表取締役であるAから、本件事業譲渡が実現できなければ、取締役の再任はないと言われており、自己の保身を意識していることが伺える。

これらの事情のもとでは、Gが元甲社の従業員であることもあり、甲社とFの圧力に屈し、DDをするべきであるという専門家からの忠告を無視したといえる。だとすれば、本件事業譲渡を決定するにあたり、DDを行わなかったことは、合理的な情報収集・調査・検討等が不足していることを基礎づけ、会社のリスクよりも自己の保身や大株主の顔色を伺うという一般的に要求される能力水準に照らして著しく不合理な判断があったもので、忠実義務違反による任務懈怠が認められる。

(3) 以上より、Jは423条1項に基づいてGに上記金額の損害賠償請求できる。

2 株主に対する利益供与

(1) Jは本件事業譲渡を決定したことは、大株主である甲社への権利行使に関する利益供与(120条1項)にあたり、同条3項による損害賠償を請求できないか。

(2) まず甲社への「利益の供与」があると言えるか。本件事業譲渡は乙社との間でなされており、「利益の供与」は無いとも思える。しかし乙社の日用品製造販売事業により甲社は主力商品の一つを生産できるのであるから、このままでは存続できない乙社の日用品製造販売事業を4000万円によって救ったと言える。つまり4000万円の本件事業譲渡を迅速に決定し、後者が日用品製造販売事業を利用できる利益を得ている。

よって「利益供与」が認められる。

(3) では、それが「株主の権利行使に関して」と言えるか。AはGに対して本件事業譲渡がなければGの取締役再任はないと述べているところ、甲社は親会社であることから、Gは再任されるという議決権行使に関して、本件事業譲渡を決めているから、「株主の権利行使に関して」と認められる。

(4) よって日用品製造販売事業を利用できる利益である4000万円を供与している一方1000万円弱の資産を得ていることから、実質的に3000万円強を利益供与したとして120条4項に基づく損害賠償請求ができる。

第3 設問3

1 丁銀行は戊社に対して22条1項により、乙社の残債務の

弁済を請求できるか。

乙社と戊社は本件事業譲渡契約を締結し、乙社は戊社に登録商標Pの使用を認めているが、これは「商号」では無い。よって同項を直接適用することはできない。

- 2 しかし登録商標の続用として同項を類推適用できないか。同項が事業譲渡の譲受会社のうち、商号を続用する者に対して、譲渡会社の債務を弁済する責任を負わせた趣旨は、事業の譲受会社が譲渡会社の商号を続用する場合には、従前の営業上の債権者は、事業主体の交替を認識することが一般に困難であることから、譲受会社のそのような外観を信頼した債権者を保護するためであると解される。

かかる趣旨が妥当する場合には、同項を類推適用できる。

登録商標についても商号が含まれており、消費者から会社自体を示すものと受け止められることがあることを考慮すれば、かかる趣旨が妥当しうる。

本件において、それ以前に乙社が登録商標Pを使用した商品を製造して卸売を行うだけであり、これまで消費者等に直接販売したことがなかった。戊社も乙社の商品を扱ったことはなく、その商号や経営する店舗の名称に「乙」の文字や登録商標Pに含まれる文字と共通するものを使用したことはなかった。だとすれば、本件事業譲渡完了後、戊社が経営するスーパーマーケットの店舗内で登録商標Pを描写した看板を複数の入り口に掲げて、登録商標Pを使用した日用品を販売

すれば、事業主体が変化したと考えられるとも思われるが、一般的な債権者はこれまで譲渡会社が登録商標を使用したことがないことはわかっていないことが通常であるし、登録商標Pとこれに含まれる「乙」が日用品のブランドとして確立し、消費者には登録商標Pが乙社を示すものとして受け取られており、顧客誘引力を有している状態にあったことを考えれば、乙が引き続き事業を営んでいると考えることが自然である。そして戊社がインターネット上で記載した「Pが生まれ変わった」という表現は、必ずしも事業主体の変更を意味せず、製品が改善された際にも用いられるのが一般的である。そして戊社が扱っている登録商標Pが使用された日用品のうち、過半数である6割程度は、従来、乙社が登録商標Pを使用して販売していたものと同じ商品であったことからすれば、基本的な商品ラインナップは変更しておらず、一般的には営業主体に変更があったと思うことはない。

これらの事実を考慮すれば、戊社は本件事業譲渡を受け、事業主体が交代したのではなく、乙社が製造する登録商標Pを戊社の経営するスーパーマーケットでも展開するようになったという外観を作出していたと言える。よって本件における戊社の登録商標Pの使用は22条1項の趣旨を満たす。

- 3 以上より22条1項を類推適用し、丁銀行は戊社に対して、乙社の残債務の弁済を請求できる。

以上

— M E M O —

令和4年司法試験分析会

民事系・第3問

令和4年司法試験 民事系第3問 問題文

【第3問】（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、45：30：25）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。また、商号のうち「株式会社」は省略して差し支えありません。

【事例】

1. 動画コンテンツの企画・制作を行う会社（商号「株式会社Mテック」）（この会社は平成30年5月21日に設立された。以下、この会社を「甲」という。）の設立者で代表取締役であるAは、事務所の移転先を検討していたところ、都内に雑居ビルを所有するXを知人から紹介された。Xが同ビルの4階部分（以下「本件事務所」という。）を勧めるとAは即決し、令和2年4月10日、Xは甲との間で、賃料を月額30万円、毎月末日に翌月分を支払う、期間を2年とすることを主要内容とする賃貸借契約を締結した（以下「本件賃貸借契約」という。）。同月14日、Aは、本件事務所の所在地を甲の本店とする本店移転の登記をし、Xにその旨を伝えた。
2. 移転後の甲の業績は当初好調であったが、令和2年10月頃から徐々に業績が悪化し、運転資金に不足が生じるようになった。賃料の支払が滞り、令和3年3月の時点で賃料の未払は3か月に及んだ。Xは、同年3月10日、甲に対し、3月末日までに未払賃料の全額を支払うように催告するとともに、その支払がなければ、本件賃貸借契約を解除するとの意思表示をし、訴えを提起して明渡しを求める旨を内容証明郵便で通知した。甲は、期間内に未払賃料を支払わなかった。Aは、Xの訴えを空振りさせて時間稼ぎができるように一計を案じ、同年4月2日、まず甲の商号を「株式会社Gテック」に、代表取締役をAの配偶者であるBに変更し、商号の変更等の登記をした。さらにAは、同日、代表取締役をA、商号を「株式会社Mテック」とする株式会社を設立し、設立の登記をした（以下、新設された会社を「乙」という。）。乙の商業登記簿上の本店所在地、目的等は甲のそれと同一であった。
3. Xは、令和3年4月20日、Aによる一連の行為を知らぬまま、本件事務所の所在地を住所とする「株式会社Mテック」を被告として表示し、請求の原因として、(1)原告は、被告との間で、令和2年4月10日に本件事務所につき賃貸借契約を締結した、(2)原告は、同日、本件事務所を被告に引き渡した、(3)原告は、被告が令和3年1月分以降の賃料を支払わないため、催告の上同契約を解除した（以下省略）旨を記載した訴状を作成し、賃貸借契約の終了に基づき、本件事務所の明渡しを求める訴えを提起した（以下、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。）。なお、訴状には、同年4月16日に発行された乙の代表者事項証明書が附属書類として添付されていた。代表者事項証明書には、会社の商号、本店所在地、法人番号、代表者の資格、氏名及び住所の記載はあるが、会社の設立年月日については記載がないため、Xは、乙を甲と誤認していた。
4. 第1回口頭弁論期日の呼出状を受領したAは、Xの請求を棄却するとの判決を求める旨を記載した答弁書を提出したものの、同期日には出頭しなかった。なお、答弁書には、請求の原因に対する認否につき、「追って認否する。」とのみ記載されていた。
5. 第2回口頭弁論期日に出頭したAは、請求原因事実(1)、(2)及び(3)を認める旨の陳述をした。その際、Aは、同年4月2日付けで行われた甲の商号変更及び新会社乙の設立については一切明らかにしなかった。裁判所は、以上の経過を踏まえて口頭弁論を終結し、判決の言渡期日を指定した。
6. ところが、Aは、判決の言渡期日の直前に、(1)本件訴訟に係る訴えの提起時において「株式会社Mテック」は乙の商号であるから被告は乙である、(2)乙はXとの間で本件賃貸借契約を締結していない、(3)第2回口頭弁論期日におけるXの主張を認める旨の陳述は事実と反するからこれを撤回する、(4)被告たる乙はXに対していかなる債務も負わないからXの請求は棄却されるべきである、として口頭弁

論の再開を申し立てた。再開された第3回口頭弁論期日において、Aは、上記と同旨の主張をし、(1)の証拠として、乙の全部事項証明書を出した。全部事項証明書には、乙の設立年月日が記載されている。裁判所は、Xに対し、対応について検討するように指示し、次回期日を指定した。

以下は、裁判官Jと司法修習生Pとの間の会話である。

J：本件訴訟の被告に疑義が生じていますから、裁判所としては被告を確定しなければなりません。当事者の確定の基準については様々な見解がありますが、ここでは、本件訴訟の被告が甲となるような見解、乙となるような見解をそれぞれ一つ取り上げ、これらの見解に従って、被告を甲又は乙と確定することができることをそれぞれ論じてもらえますか。これを「課題1」とします。

P：承知しました。

J：次に、仮に被告を乙と確定した場合について、裁判所は、第2回口頭弁論期日における乙の代表者としてのAの陳述につき、自白が成立していると取り扱うべきか、仮に自白が成立しているとする、再開後の第3回口頭弁論期日における自白の撤回をどのように取り扱うべきかを検討してください。これを「課題2」とします。なお、最高裁判所昭和48年10月26日第二小法廷判決・民集27巻9号1240頁（以下「最判昭和48年」という。）は、新旧会社が実質的に同一という事案において、新会社が旧会社と別人格であることを信義則によって実体法上否定し、新会社は旧会社の責任を負うべきものとしましたが、課題1及び課題2について最判昭和48年を考慮する必要はありません。

〔設問1〕

あなたが司法修習生Pであるとして、Jから与えられた課題1及び課題2について答えなさい。

【事例（続き）】

7. 第3回口頭弁論期日後、本人訴訟を続けることに不安を覚えたXは、相談のため弁護士Lの事務所を訪問した。Lは、事件の経過を一通り確認し、本件訴訟の被告が甲と確定される可能性は必ずしも高くはないとの見方を示した。Xは、Lの指摘を踏まえ、甲に対する給付判決を得て、本件事務所の明渡しを実現したい旨をLに伝え、対処法の検討を依頼した。

以下は、弁護士Lと司法修習生Qとの間の会話である。

L：Xは、甲に対する給付判決を得たいとのことですが、本件訴訟の被告が乙と確定されることを前提とした場合に、Xにとって便宜な手段はありますか。

Q：甲を被告に追加する主観的追加的併合を申し立てることが考えられます。もっとも、最高裁判所昭和62年7月17日第三小法廷判決・民集41巻5号1402頁（以下「最判昭和62年」という。）は、この場合につき、仮に新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき現行の民事訴訟法（以下「法」という。）第38条所定の共同訴訟の要件が具備する場合であっても、新訴が法第152条1項の適用をまたずに当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできない旨判断しました。最判昭和62年によれば、甲に対して別訴を提起し、裁判所の裁量により弁論が併合されるのを待つしかないと思います。

L：基本はそのとおりですが、本件訴訟においてXが被告の追加を求めるに至った原因が、甲が被告にならないように乙を設立して甲の旧商号を乙に使用させたAの一連の行為にあるとしますと、Xには主観的追加的併合を求めるだけの理由があると思います。それでも最判昭和62年と同様に考えるべきでしょうか。

Q：最判昭和62年が主観的追加的併合を認めた場合の問題として指摘したのは、主として次の4点に整理できると思います。第1に、新たな当事者に対する別訴（新訴）に対し、係属中の訴訟

(旧訴訟)の訴訟状態を当然に利用できるとは限らないので、訴訟経済に資するとはいえないこと、第2に、全体として訴訟を複雑化させる弊害が予測されること、第3に、訴訟の途中で被告の間違いや被告の脱漏が判明しても、原告は被告を追加できるため、軽率な提訴等が誘発されるおそれがあること、第4に、新訴の提起の時期いかんによっては訴訟の遅延を招きやすいことです。

L：そうですね。では、これらの4点を踏まえ、甲を被告に追加するXの申立てが認められるように立論してもらえますか。これを「課題」とします。

〔設問2〕

あなたが司法修習生Qであるとして、Lから与えられた課題について答えなさい。

【事 例（続き）】

8. 本件訴訟の被告は乙と確定された。そこで、Xから訴訟委任を受けたLは、甲を被告として、本件賃貸借契約の終了に基づき、本件事務所の明渡しを求める訴えを提起した。第1回口頭弁論期日に出頭したBは、令和3年1月15日、甲はXとの間で賃料の支払猶予につき協議し、支払が遅れた賃料及びその後2か月分の賃料の支払を猶予する旨の合意（以下「本件合意」という。）が成立したため、Xは本件賃貸借契約を解除することはできないと主張し、「賃料支払猶予合意書」と題する電子ファイル（以下「本件合意書」という。）を保存したUSBメモリを証拠として申し出た。Bの説明によれば、本件合意書は、Aがコンピュータで賃貸人記名欄を未入力にした原案を作成し、Xに対し電子メールで送信し、Xが内容を確認した上で賃貸人記名欄に氏名及び住所を入力して完成させた後、USBメモリに保存し、Aに渡されたものとのことである。これに対し、Lと共に出席したXは、本件合意の成立を否認し、本件合意書は知らないと反論した。

以下は、裁判官Jと司法修習生Pとの間の会話である。

J：Bが証拠として申し出たUSBメモリは、情報を電磁的に記録する媒体であり、情報の読み出しにはコンピュータやプリンター等の出力機器が不可欠ですから、新種証拠と呼ばれます。Xが本件合意の成立を否認している以上、USBメモリを取り調べる必要があります。新種証拠の証拠調べの方法をめぐっては、見解の対立がありますが、電磁的記録媒体のうち録音テープ及びビデオテープについては法第231条により立法的に解決されました。これに対し、USBメモリのようなコンピュータ用の記録媒体は、同条に挙がっていないため解釈が必要です。良い機会ですから、この種の記録媒体の取り調べは書証によるべきであるとの見解に立って、同条をUSBメモリに適用することができることを論証してもらえますか。

P：USBメモリは、法第231条の「情報を表すために作成された物件で文書でないもの」に該当し、同条を適用することができる理由を明らかにせよということですね。

J：そのとおりです。ただし、論証する際には、まず「文書」を定義して、USBメモリが「文書でないもの」に当たることを論証してください。その上で、USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べることが許容される理由を明らかにしてください。以上を「課題」とします。

〔設問3〕

あなたが司法修習生Pであるとして、Jから与えられた課題について答えなさい。

— M E M O —

令和4年司法試験 民事系第3問 解答例

第1 設問1

1 課題1について

(1) 被告を甲とする見解

ア そもそも当事者とは、訴え又は訴えられることによつて判決の名宛人となる者をいう。

イ その確定に当たっては、当事者の意思によるべきであるという見解がある。実体法上私的自治の原則の下、私法上の権利・法律関係は当事者の自由な処分委ねられていることに鑑み、民事訴訟では処分権主義が取られている。原告が審判を求め、かつ、その対象を特定・限定できる権能と当事者がその意思に基づいて判決によらずに訴訟を終了させることができる権能を認める建前であるが、これは被告に関しても原告が自由に対象を定められることを意味している。だとすれば、被告の確定は原告の意思に基づいて判断するべきであると考えられる。

ウ つまり本件では、原告Xの意思が問題となる。Xは訴状において、株式会社Mテックを被告としているが、求めているのは本件賃貸借契約終了に基づく本件不動産の明け渡しであることから、被告は本件賃貸借契約の相手方と考えるのが合理的である。それは甲社である。そして、訴状には乙の代表者事項証明書が附属書類として添付されていたものの、Xは乙を甲と誤認していることから、XはAを代表取締役とするMテック、すなわち甲社

Gテックこそが被告だと誤認していたといえる。

エ 以上より、被告を甲と確定することができる。

(2) 被告を乙とする見解

ア 当事者の確定に当たっては、訴状の記載から合理的に解釈される者とする見解がある。当事者が誰であるかが訴訟のあらゆる段階で問題となる以上、その確定の基準はできる限り明確である必要があり、当事者の確定は訴えの提起時にすでに行われる必要がある。

イ 本件訴訟の訴状には、本件事務所の所在地を住所とする株式会社Mテックが被告として表示されていた。本件訴訟の提起があった令和3年4月20日より以前、同月2日甲の商号が株式会社Gテックに変更され、代表取締役もBとされ、同日代表取締役をA、商号を株式会社Mテックとする乙社を、所在地を甲と同一として設立した。これらの事情の下では訴訟提起時には、本件訴状記載の被告となんらの齟齬のない本件事務所の所在地を住所とする株式会社Mテックという乙社が存在していたこととなる。だとすれば訴状からは被告は乙社と解釈する他ないといえる。

ウ 以上より被告を乙だと確定することができる。

2 課題2について

(1) 自白を成立している取り扱いすべきかについて

ア そもそも自白とは口頭弁論又は弁論準備期日におけ

る、相手方が主張する事項に不利益な事実を争わない旨の、当事者としての陳述をいう（民事訴訟法179条前段、以下法令名略）。その事実は訴訟物を基礎付ける主要事実に限られる。

イ Aは当事者である乙社の代表取締役として第2回口頭弁論期日において、相手方Xが主張する本件賃貸借契約に基づく本件事務所の明渡請求権を基礎付ける請求原因事実(1)、(2)及び(3)を認めている。これは明渡債務を負うことになる以上、自己に不利益な事実を認めたとと言える。

ウ よってAの陳述は、自白の定義を充足するものとして、裁判所は自白と取り扱うべきである。

(2) 自白の撤回の取り扱いについて

ア 自白の撤回が認められると相手方の信頼を裏切ることとなるため、訴訟法上の信義則（2条）により、原則として撤回することはできない。よって、Aによる撤回は認められないようにも思える。

イ しかし、いかなる場合にも撤回を認めないと、かえって正義に反することになることがありうる。撤回することが信義に反さない限定的な時には撤回を認めるべきである。具体的には、①刑事上罰すべき他人の行為により自白がなされた場合、②相手方の同意又は意義を述べない場合、③自白当事者が自白した事実が真実に適合せ

ず、かつ自白が錯誤にでたものであることを証明した場合のいずれかを満たす時には、撤回が認められる。

ウ 本件において、Aが刑事上罰すべき他人の行為により自白がなされた事情はない。Xが自白の撤回について同意あるいは意義を述べない場合には、Xの信頼を保護する必要はなく、自白の撤回は許される。Aは、請求原因事実(1)については乙の全部事項証明書という証拠を提示し、乙社とXが賃貸借契約を結んでいないことを証明している。よって(1)については真実に反すると言える。(2)、(3)についても事実と反する。しかし、Aは時間稼ぎをしようと一連の行為を計画しており、請求原因事実全てが真実ではないことを知っていた。よって、かかる自白は錯誤に基づくものでは明らかにない。したがって③による自白の撤回は認められない。

エ 以上より、Xが自白の撤回について同意あるいは意義を述べない場合を除いて、自白の撤回は信義則（2条）より認められない。

第2 設問2

1 まず主観的追加的併合を行う前提として、共同訴訟要件（38条）を満たすことについて検討する。

Xの乙社に対する本件賃貸借契約終了に基づく本件不動産明渡請求は本来的に甲社に向けられるべきものであって、同一の事実上および法律上の原因に基づくものであるから、要

件を満たす。

2 訴訟経済に資するとはいえない点

確かに通常は、新しい当事者が参加してきた時に、それまでの訴訟資料を流用できるかはわからない。すでに進められ、真理が終了している部分に関して再度蒸し返される可能性があるからである。

しかし本件においては、乙社は甲社が訴訟当事者とならないように設立された会社であり、所在地・目的も同一で代表取締役もAの配偶者Bで、その実態は無きに等しい。甲社が訴訟に参加させられることで、新たな事由が生じることはない。Xはもともと甲社を訴えたつもりであるから、その訴訟に、本来的に訴えたい相手であった甲社を入れるにすぎない。だとすれば訴訟資料は全て流用できることになる。むしろ再度訴訟提起するよりも、訴訟資料を流用できる点で訴訟経済に資するといえる。

3 訴訟の複雑化について

確かに、訴訟当事者が増えれば、法律関係や事実関係が複雑に絡み合い、裁判所が真理をすることが困難になることが一般的である。

しかし本件においては、実態のない乙社が当事者となり続ける一方、本来訴えたかった甲社が参加するだけで、もともとの法律関係や事実関係が足されることはなく、裁判所の判断が困難になる自体は生じ得ない。

4 軽率な提訴について

確かに、当事者の追加を認めれば、訴状を十分に改めることなく訴訟を提起されてしまうことが考えられる。

しかし、本件でXはAに騙されて乙社を被告として本件訴訟を提起させられたのであり、この場合に被告の追加を認めたとしても、弊害を認めることにはならない。

5 訴訟の遅延について

確かに、前述のように新たな当事者が加えられれば、法律関係や事実関係が複雑になったり、真理が相当程度進んでいる場合には、一度審理した箇所について更なる真理が必要になったりすることから、訴訟遅延が生じうる。

しかし、本件の場合には、法律関係や事実関係について複雑になることはない。そして、乙社の自白により請求が認められることが考えられる状況であるから、甲社が新たに被告になっても、新たに審理する内容は時になく、訴訟が遅延することはない。

6 以上より、共同訴訟の要件を満たし、主観的追加的併合の弊害は本件においては認められず、逆に訴訟資料を流用することで訴訟経済に資することになるため、甲社を被告に追加するXの申立ては認められるべきである。

第3 設問3

1 文書の定義

文書は裁判官が書証として閲読して証拠とされることを考

例えば、文書とは、文字その他の記号の組み合わせにより人の意思、判断、報告、感想等を表現する外観をもつ有形物をいう。

2 USBメモリの文書該当性

USBメモリは一般的に棒状の有形物であるものの、金属やプラスチックの外観をしており、そこに文字や記号が記載されていることは基本的でない。また仮に社名等が印字されている場合にも、あくまでそれ以外に記載がなく、一見して人の意思、判断、報告、感想等が表現されることはない。

よってUSBメモリは文書に当たらない。

3 USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べる事が許容される理由

USBメモリは、「その他情報を表すために作成された物件」に当たるか。これに当たれば、USBメモリは文書でない以上、231条によって、録音テープと同様に取り調べることができる。

USBメモリは、電磁的方法により情報をその内部に保存している。その情報は、パソコン等の専用器具を通じることによって、文書、写真、音声、映像等といった形式で閲覧することができる。よってUSBメモリは、「情報を表すために」電磁的記録によって保存され、「作成された物件」に当たる。

4 以上より、USBメモリを録音テープと同様に取り調べる事が231条により許容される。

以上

— M E M O —

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) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22669