

予備試験

---

平成28年予備試験論文問題解析講座

民法・商法・民事訴訟法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 167282

LU16728



## 民法

次の文章を読んで、後記の【設問】に答えなさい。

## 【事実】

1. Aは、自宅の一部を作業場として印刷業を営んでいたが、疾病により約3年間休業を余儀なくされ、平成27年1月1日に死亡した。Aには、自宅で同居している妻B及び商社に勤務して海外に赴任中の子Cがいた。Aの財産に関しては、遺贈により、Aの印刷機械一式（以下「甲機械」という。）は、学生の頃にAの作業をよく手伝っていたCが取得し、自宅及びその他の財産は、Bが取得することとなった。

2. その後、Bが甲機械の状況を確認したところ、休業中に数箇所の故障が発生していることが判明した。Bは、現在海外に赴任しているCとしても甲機械を使用するつもりはないだろうと考え、型落ち等による減価が生じないうちに処分をすることにした。

そこで、Bは、平成27年5月22日、近隣で印刷業を営む知人のDに対し、甲機械を500万円で売却した（以下では、この売買契約を「本件売買契約」という。）。この際、Bは、Dに対し、甲機械の故障箇所を示した上で、これを稼働させるためには修理が必要であることを説明したほか、甲機械の所有者はCであること、甲機械の売却について、Cの許諾はまだ得ていないものの、確実に許諾を得られるはずなので特に問題はないことを説明した。同日、本件売買契約に基づき、甲機械の引渡しと代金全額の支払がされた。

3. Dは、甲機械の引渡しを受けた後、30万円をかけて甲機械を修理し、Dが営む印刷工場内で甲機械を稼働させた。

4. Cは、平成27年8月に海外赴任を終えて帰国したが、同年9月22日、Bの住む実家に立ち寄った際に、甲機械がBによって無断でDに譲渡されていたことに気が付いた。そこで、Cは、Dに対し、甲機械を直ちに返還するように求めた。

Dは、甲機械を取得できる見込みはないと考え、同月30日、Cに甲機械を返還した上で、Bに対し、本件売買契約を解除すると伝えた。

その後、Dは、甲機械に代替する機械設備として、Eから、甲機械の同等品で稼働可能な中古の印刷機械一式（以下「乙機械」という。）を540万円で購入した。

5. Dは、Bに対し、支払済みの代金500万円について返還を請求するとともに、甲機械に代えて乙機械を購入するために要した増加代金分の費用（40万円）について支払を求めた。さらに、Dは、B及びCに対し、甲機械の修理をしたことに関し、修理による甲機械の価値増加分（50万円）について支払を求めた。

これに対し、Bは、本件売買契約の代金500万円の返還義務があることは認めるが、その余の請求は理由がないと主張し、Cは、Dの請求は理由がないと主張している。さらに、B及びCは、甲機械の使用期間に応じた使用料相当額（25万円）を支払うようDに求めることができるはずであるとして、Dに対し、仮にDの請求が認められるとしても、Dの請求が認められる額からこの分を控除すべきであると主張している。

## 【設問】

【事実】5におけるDのBに対する請求及びDのCに対する請求のそれぞれについて、その法的構成を明らかにした上で、それぞれの請求並びに【事実】5におけるB及びCの主張が認められるかどうかを検討しなさい。

### 解答のポイント

1 本年度の民法は、具体的な事例において、当時者の請求の可否を、反論を踏まえて検討させる問題であった。テーマは、他人物売買の解除に伴う原状回復から生じる法律関係であった。

2 増加費用分40万円については、561条後段では請求できないこと、その場合でも415条に基づき損害賠償は可能であることについて論述する必要がある。561条と415条の関係について、知らなかった場合でも561条後段については、最低限指摘したい所である。

415条により損害賠償請求する場合は、債務不履行、帰責性、損害、因果関係の有無が問題となる。損害については、Dは40万円を主張しているものの、甲機械は数箇所故障していたのに対し、乙機械は稼動可能であることから、40万円全額につき損害を認めるのは難しいと思われる。

甲機械の価値増加分50万円については、甲機械は故障しておりDが修理のために支出した30万円は必要である。そこで有益費償還請求（196条2項）ではなく、価値増加分が不当利得（703条）であると構成する必要がある。甲機械は、DからCに返還されており、利得はCの下にあるので、Bへの請求は認められず、Cへの請求について検討する必要がある。Cへの不当利得返還請求は要件を満たし、認められるだろう。

使用料相当額については、判例（最判昭51.2.13／百選Ⅱ〔第7版〕〔50〕）が参考になる。判例では、原状回復の一内容であることから真の所有者ではなく、契約当事者へ返還すべきであるとした。この判例に従えば、DはBに、25万円を支払うべきであり、Bへの請求と相殺されることになる。なお、真の所有者であるCもDに対し不当利得返還請求をなしえることから、Dが二重払いにならないように、配慮する必要がある。

— M E M O —

## 解答例

## 第1 DのBに対する請求

## 1 支払済みの売買代金500万円の返還請求

DはBに対し、他人物である甲機械をDに移転することができないことを理由に、本件売買契約を解除する（民法561条前段）。この解除による原状回復義務（545条1項本文）の内容として、Dは、Bに対し、支払済みの代金500万円の返還を求めることができる。

## 2 増加費用分40万円について

- (1) 次に、乙機械を購入するために要した増加代金分の費用40万円について、561条後段に基づき、損害賠償請求をすることが考えられる。しかし、買主が「契約の時にその権利が売主に属しないことを知っていたとき」は、同条項に基づく損害賠償請求は認められない。

本件では、売買契約の際、BはDに甲機械の所有者はCであること、甲機械の売却につきCの承諾を得ていないことを説明している。よって、Dは、甲機械がBのものでないことを知っていたといえるから、561条後段に基づく請求は認められない。

- (2) もっとも、561条後段は債務不履行責任を制限する趣旨ではないことから、415条の要件を充足するときには、損害賠償請求が認められる。そして、本件では、BはDに対し甲機械を引き渡すことができないことから、履行不能である。

また、「損害」とは、債務不履行がなければ債権者が得べかりし利益と、債務不履行がなされたため債権者が置かれている状態との差額をいう。本件では、Dは、債務が履行されれば、売買代金500万円と、甲機械の修理代金30万円を合わせて530万円で稼働可能な甲機械を得られたであろうといえる。他方、Dは、履行不能により、540万円で乙機械を購入せざるを得なくなっており、その差額、すなわち、損害は10万円である。そして、この損害と履行不能の間には因果関係がある。

さらに、Bは、本件売買契約に先立ち、Cに対し甲機械の処分をする意思があるかを確認する注意義務があったにもかかわらず、軽率にも確実に許諾が得られるだろうと考え、これを怠っている。よって、過失があり、「責に帰すべき事由」があるといえる。

- (3) よって、DのBに対する請求は認められる。

## 3 修理による甲機械の価値増加分

- (1) Dは、Bに対し、不当利得返還請求（703条）を根拠として、修理による甲機械の価値増加分である50万円を請求することが考えられる。

- (2) もっとも、甲機械はすでにCに返還されており、Bには利得が存在しない。したがって、Bに対する請求は否定される。

## 4 BのDに対する主張の当否

(1) Bは、Dに対し、解除に基づく原状回復義務（545条1項）の内容として、甲機械の使用料相当額である25万円が、代金返還債務及び損害賠償債務から控除されるべきことを主張する（505条1項）。

(2) では、Bの主張は認められるか。売買契約が解除された場合に買主は、原状回復義務の内容として、目的物の使用利益返還義務を負うが、他人物売買に基づく解除（561条）の場合も同様に考えるべきか問題となる。

これについては、561条による解除の場合も使用利益の返還を肯定すべきである。なぜなら、解除の効果は契約を遡及的に消滅させ、契約当事者に契約に基づく給付がなかったのと同じ財産状態を回復させるところにあるところ、これは他人物売主が使用権限を有せず、真の所有者から返還請求を受けうることを考慮しても異ならないからである。

(3) よって、DはBに対し、使用料相当額である25万円の返還義務を負い、BはそれとDに対する債務とを相殺を主張することができる。したがって、DはBに対し、485万円の限度で支払いを請求できる。

## 第2 DのCに対する請求

### 1 修理による甲機械の価値増加分

(1) DはCに対し、不当利得返還請求（703）として、修理による甲機械の価値増加分である50万円を請求することが考

えられる。

(2) Cは価値増加分の利得を得ており、Dは修理代を支出しており損失がある。そして利得と損失の間には社会観念上の因果関係が存在するが、価値の移転を基礎付ける法律関係は存在しない。

よって、Cへの50万円の不当利得返還請求は認められる。

### 2 CのDに対する主張の当否

(1) CはDに対し、甲機械の使用利益として、25万円につき、果実返還請求権（190条1項）を根拠に、上記50万円の価値増加分の返還債務から控除されるべきことを主張する。

(2) もっとも、上記のとおり、DはBに対し、使用利益返還義務を負うことから、Cの請求を認めることはDに二重払いの負担を負わせることになり妥当ではない。よって、Cの請求は認められない。

(3) このように解しても、Cは真の所有者として、Bに対し、使用利益相当額である25万円を不当利得（703条）として返還請求できるのであり、不当ではない。

### 3 結論

よって、DはCに対し、50万円を請求することができる。

以上

## 論点リサーチ 統計結果

	【民法】	論述した	ある程度 論述した	全く触れ なかった
<b>Bへの請求 (代金 500 万)</b>	他人物売買であるため 561 条が適用され、545 条 1 項本文により原状回復請求として全額求めることができる旨指摘している	65.8%	19.3%	13.2%
<b>Bへの請求 (増加費用)</b>	増加費用 40 万分の請求の根拠として、561 条後段を指摘している	58.8%	13.2%	26.3%
	買主が悪意である場合には、561 条後段に基づく損害賠償請求は認められないことを指摘している	62.3%	13.2%	22.8%
	561 条後段が認められない場合でも、415 条に基づく損害賠償請求が認められないかを検討している	51.8%	10.5%	36.0%
	415 条の要件(過失、損害の内容及び因果関係)を検討している	35.1%	32.5%	29.8%
<b>Bへの請求 (価値増加)</b>	修理による甲機械の価値増加分である 50 万円の請求の根拠として 703 条(その他の条文でも可)を指摘していること	69.3%	19.3%	9.6%
	機械は所有者Cに返還されていること、Bに利得がないことから、機械の価値増加分の請求は認められないことを指摘している	49.1%	15.8%	32.5%
<b>Bへの請求 (Bの反論)</b>	他人物売買が解除された場合(561 条)でも買主の使用利益(545 条 1 項)を返還する必要があるかという問題を論じている	25.4%	22.8%	49.1%
	結論として、使用利益の返還が必要であることを、判例(最判昭 51.2.13)の理解を踏まえて論じている	16.7%	22.8%	57.9%
<b>Cへの請求 (価値増加)</b>	修理による機械の価値増加分 50 万の請求の法的根拠として 703 条(その他の条文でも可)を挙げていること	67.5%	24.6%	6.1%
	不当利得返還請求の要件(その他の構成の場合は当該構成の要件)を検討している	61.4%	28.9%	7.9%
<b>Cへの請求 (Cの反論)</b>	CのDに対する使用利益の返還請求の根拠として 190 条 1 項(他の条文でも可)を指摘している	41.2%	23.7%	31.6%
	BのDに対する反論との整合性、二重払いの危険などを踏まえて論じていること	14.9%	28.1%	55.3%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。



〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、3：7)

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、平成18年9月に設立された株式会社であり、太陽光発電システムの販売・施工業を営んでいる。甲社の発行済株式の総数は1000株であり、そのうちAが800株、Bが200株を有している。甲社は、設立以来、AとBを取締役とし、Aを代表取締役としてきた。なお、甲社は、取締役会設置会社ではない。
2. Aは、前妻と死別していたが、平成20年末に、甲社の経理事務員であるCと再婚した。甲社は、ここ数年、乙株式会社(以下「乙社」という。)が新規に開発した太陽光パネルを主たる取扱商品とすることで、その業績を大きく伸ばしていた。ところが、平成27年12月20日、Aは、心筋梗塞の発作を起こし、意識不明のまま病院に救急搬送され、そのまま入院することとなったが、甲社は、Aの入院を取引先等に伏せていた。
3. 平成27年12月25日は、甲社が乙社から仕入れた太陽光パネルの代金2000万円の支払日であった。かねてより、Aの指示に従って、手形を作成して取引先に交付することもあったCは、当該代金の支払のため、日頃から保管していた手形用紙及び甲社の代表者印等を独断で用いて、手形金額欄に2000万円、振出日欄に平成27年12月25日、満期欄に平成28年4月25日、受取人欄に乙社と記載するなど必要な事項を記載し、振出人欄に「甲株式会社代表取締役A」の記名捺印をして、約束手形(以下「本件手形」という。)を作成し、集金に来た乙社の従業員に交付した。  
乙社は、平成28年1月15日、自社の原材料の仕入先である丙株式会社(以下「丙社」という。)に、その代金支払のために本件手形を裏書して譲渡した。
4. Aは、意識を回復することのないまま、平成28年1月18日に死亡した。これにより、Bが適法に甲社の代表権を有することとなったが、甲社の業績は、Aの急死により、急速に悪化し始めた。  
Bは、Cと相談の上、丁株式会社(以下「丁社」という。)に甲社を吸収合併してもらうことによって窮地を脱しようと考え、丁社と交渉したところ、平成28年4月下旬には、丁社を吸収合併存続会社、甲社を吸収合併消滅会社とし、合併対価を丁社株式、効力発生日を同年6月1日とする吸収合併契約(以下「本件吸収合併契約」という。)を締結するに至った。
5. Aには前妻との間に生まれたD及びEの2人の子がおり、Aの法定相続人は、C、D及びEの3人である。Aが遺言をせずに急死したため、Aの遺産分割協議は紛糾した。そして、平成28年4月下旬頃には、C、D及びEの3人は、何の合意にも達しないまま、互いに口もきかなくなっていた。
6. Bは、本件吸収合併契約について、C、D及びEの各人にそれぞれ詳しく説明し、賛否の意向を打診したところ、Cからは直ちに賛成の意向を示してもらったが、DとEからは賛成の意向を示してもらうことができなかった。
7. 甲社は、本件吸収合併契約の承認を得るために、平成28年5月15日に株主総会(以下「本件株主総会」という。)を開催した。Bは、甲社の代表者として、本件株主総会の招集通知をBとCのみに送付し、本件株主総会には、これを受領したBとCのみが出席した。A名義の株式について権利行使者の指定及び通知はされていなかったが、Cは、議決権行使に関する甲社の同意を得て、A名義の全株式につき賛成する旨

## 商 法

<b>商 法</b>	<p>の議決権行使をした。甲社は、B及びCの賛成の議決権行使により本件吸収合併契約の承認決議が成立したのものとして、丁社との吸収合併の手続を進めている。なお、甲社の定款には、株主総会の定足数及び決議要件について、別段の定めはない。</p> <p>〔設問1〕</p> <p>丙社が本件手形の満期に適法な支払呈示をした場合に、甲社は、本件手形に係る手形金支払請求を拒むことができるか。</p> <p>〔設問2〕</p> <p>このような吸収合併が行われることに不服があるDが会社法に基づき採ることができる手段について、吸収合併の効力発生の前と後に分けて論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、本件株主総会の招集手続の瑕疵の有無についても、言及しなさい。</p>
------------	--

### 解答のポイント

#### 1 設問1について

本問は、甲社が手形金支払請求を拒絶できるか否かを問うているため、端的に甲社が手形上の責任を負うかを検討すればよい。手形上の責任は、手形行為を行うことによって生じるが、本件では、CがAの指示に基づかず、独断でこれを行っているため、甲社（厳密には、その機関である代表取締役）の手形行為は存在せず、原則として、手形上の責任を負わないことになる。もっとも、かかる帰結は手形の流通性を害するため、手形の受取人又は裏書による手形取得者の保護を図る必要がある。

前提として、Cの手形行為は、無権代理か偽造のいずれであるかを確定する必要がある。両者のいずれであるかは、手形の記載上、行為者の名義が現れるかという形式的基準によって判断すべきであるとするのが判例である。本問では、代行者たるCの名義は手形上現れていないため、本件手形行為は、手形の「偽造」に当たることになる。

手形の偽造がなされた場合に、受取人及びその後の手形取得者を保護する明文の規定は存在しないため、その法律構成については学説上、諸説が存在する。判例は、表見代理規定の類推適用説によっている。そのため、参考答案でも、表見代理構成で論述している。外観、帰責性、信頼という3点から丁寧に規範定立、当てはめを行えばよいだろう。

①表見代理規定の類推適用を肯定する場合、これにより保護されるのは、手形行為の直接の相手方に限られること、②直接の相手方が表見代理規定の類推適用により保護される場合には、その後の取得者の主観にかかわらず、振出人は手形上の責任を負うとするのが判例である。

本問では、乙社・丙社の主観が問題文に明示されていないため、適宜場合分けをして、検討する必要がある。乙が善意、丙が悪意ならば丙が保護されること、乙が悪意、丙が善意であっても丙は保護されないことを述べればよいだろう。

#### 2 設問2について

##### (1) 効力発生前について

合併の効力発生前にDが採るべき手段としては、784条の2に基づく本件吸収合併の差止請求訴訟、及び株主総会決議の取消訴訟を併合提起し、仮の地位を定める仮処分の申立て（民事保全法23条2項）をすることが考えられる。

かかる請求が認められるかについて、本問では、①訴訟要件として、Dに原告適格が認められるか、②本案要件として、同条1号の「法令…違反」が存在するかの2点が問題となる。

①については、Dの株式が、C、Eとの共有株式であるにもかかわらず、権利行使者の指定（106条本文）がなされていないことから、Dは共有株式についての権利を行使することができない。そうすると、差止請求訴訟も、「株主」という地位に基づく株主権の行使である以上、Dは原告適格

を有しないのではないかが問題となる。この点については、共同相続人間の権利行使者の指定を欠いていたが、合併契約書の承認決議がなされた時点において、共同相続人の準共有に係る株式が双方又は一方の会社の発行済株式総数の過半数を占めていた事情をもって特段の事情ありと判断した判例（最判平3.2.19）が参考になろう。

②については、まず、株主総会の招集通知がCにしかなされていないことが、299条1項違反という「招集の手続」の法令違反（831条1項1号）に当たらないかが問題となる。権利行使者の指定がなされていない本問では、126条4項により、Cに対してのみ招集通知を発すれば足りる。よって、招集手続の瑕疵は認められないこととなろう。

次に、Cが単独で議決権行使をした点について、権利行使者の指定がない以上、かかる議決権行使は無効であり、承認決議には決議方法の法令違反という取消事由が存在する（831条1項1号）ことにならないかが問題となる。承認決議の欠缺は、783条1項違反という、吸収合併の「法令…違反」を構成するからである。

この点については、甲社による同意（106条但書）の効果をどう解するかもかわる。会社法106条本文は、共有に属する株式の権利行使の方法についての民法の共有に関する規定に対する「特別の定め」（民法264条ただし書）を設けたものであり、共有株式について会社法106条本文の規定に基づく指定及び通知を欠いたまま権利が行使された場合において、その権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、会社が106条ただし書の同意をしても、権利行使は適法となるものではないとした判例（最判平27.2.19）が参考となろう。

## (2) 効力発生後について

Dの採るべき手段としては、吸収合併の無効の訴え（828条1項7号）が挙げられる。

原告適格については、効力発生前と同様に考えればよいだろう。そのため、①合併無効の訴えと合併承認決議取消訴訟との関係、②合併無効事由の有無の2点を論じればよいと思われる。

①については、総会決議取消の訴えも含め、決議の瑕疵を攻撃する訴えが会社の組織に関する行為の無効の訴えに吸収されるとの考え方（吸収説）と決議の瑕疵を攻撃する訴えが828条の訴えに吸収されずに存続するとの考え方（併存説）のいずれが妥当かを自分なりに説得的な理由付けを付して論ずべきである。

②については、合併の法的安定を図る要請にも配慮し、重大な違法のみが合併無効事由となるとの理解のもと、総会決議の瑕疵が重大な違法を構成するかを説得的に論じればよいだろう。

## 解答例

## 第1 設問1

- 1 本件手形は、CがAの指示に基づかずに、「甲株式会社代表取締役A」という他人名義を用いて作成したものであり、手形上Cの名義が現れていないため、偽造手形に当たる。したがって、甲社は手形上の責任を負わないのが原則である。
- 2 もっとも、偽造については、第三者保護を図る明文の規定が存在しないものの、偽造と無権代理は代理方式か機関方式かという形式上の差異しかなく、手形の真正に対する相手方の信頼を保護する必要がある点では何ら異ならない。そこで、表見代理規定（109条）を類推適用し、①手形を偽造し得る状況を本人が作出し、②相手方において、偽造手形であることにつき、善意・無過失である場合には、本人は手形上の責任を負うものと解する。
- そして、そこで保護すべき信頼は手形行為の相手方のものであるから、同条により保護されるのは、手形行為の直接の相手方に限られるものと解する。加えて、直接の相手方が同条によって保護される場合には、その後の手形取得者の主観にかかわらず、手形上の権利を承継取得するものと解する。
- 3 本件では、①甲社の代表取締役であるAは、日ごろから手形用紙及び甲社の代表者印等を保管させており、手形を偽造しうる状況を甲社が作出したといえる。
- 4 よって、②乙社が手形の真正につき善意・無過失である場

合には、丙社の主観にかかわらず、甲社は手形上の責任を負う。他方、乙社が悪意・有過失である場合には、丙社が善意・無過失であっても、甲社は請求を拒絶することができる。

## 第2 設問2

- 1 吸収合併の効力発生前について
- (1) Dとしては、会社法784条の2に基づく本件吸収合併の差止請求と、831条1項3号に基づく承認決議取消訴訟を、併合提起し、仮の地位を定める仮処分の申立て（民保23条2項）をすることが考えられる。
- (2) まず、Dが「株主」として、原告適格を有するか。本件Aの株式は、同人の死亡により、C、D、Eの遺産共有状態にある（民法896条、898条）。そこで、権利行使者の指定（106条本文）がなされていない本件では、Dは「株主」といえないのではないかが問題となる。
- 差止請求も株主権の行使である以上、106条による指定を要するのが原則である。しかし、共有にかかる株式が発行済株式総数の過半数を占めている等の特段の事情が存在する場合には、例外的に原告適格が認められる。なぜなら、発行済株式総数の過半数を占める場合には、それを認めないと定足数に満たず、当該株主総会決議は成立し得ない状況にあるのに、株主の権利救済を認めないのは不当だからである。
- 本件では、Cらが共有する株式は、800と発行済株式総

数の過半数を占めるため、上記特段の事情が存在する。よって、Dは「株主」として、原告適格を有し、Dは単独で本件請求をすることができる。

(3) 次に、本件承認決議が831条1項1号により取り消され、本件吸収合併は承認決議を経ないものとして、「法令…に違反する」(784条の2第1号)といえないか検討する。

ア まず、招集通知がCにのみなされている点については、権利行使者の指定・通知がなされていない本件では、共有者の一人に対して通知をなせば足りるため(126条4項)、承認決議の取消事由を構成しない。

イ 次に、Cが単独で議決権を行使している点で、議決方法の法令違反が存在しないか検討する。

106条の定める権利行使者の指定は、一人の反対により共有株式について権利行使ができなくなる等、会社の運営上の支障のおそれを回避すべく、共有持分の過半数で決定すべきである(民法252条)。したがって、Cの持分は過半数に満たない以上、単独で議決権を行使することはできない。

もともと、本件で甲社はCの議決権行使について同意をしているため、106条但書によりCの議決権行使は有効になるとも思える。しかし、これを認めると会社が自らに都合の良い共有者に議決権行使を認める等、他の共有者の意向がな

いがしるにされる事態を生じうる。そこで、同但書は、権利行使者の指定を不要とする効果を有するにすぎず、議決権行使は、民法252条に従い、持分の過半数に基づいてなされる必要があると解する。本件では、Cの議決権行使は、無効であり、本件承認決議は取り消され、本件合併には法令違反が存在する。よって、上記請求はいずれも認められる。

## 2 効力発生後について

(1) Dとしては、828条1項7号に基づき、吸収合併無効の訴えを提起することが考えられる。Dが原告適格を有することは、差止請求と同様である。そして、承認決議の取消訴訟を別途提起する必要はなく、無効の訴えの中で取消事由を主張すれば足りるものと解する。両訴訟を併存させておく実益に乏しく、決議の瑕疵を無効の訴えの中で審理すれば足りるからである。

(2) 次に、同条は、無効事由につき明文で規定していないが、法的安定性確保の要請に照らし、無効事由は、重大な法令・定款違反に限られるものと解する。

そして、吸収合併は、法人格の消滅という効果を生じる点で、株主に重大な利害を生ずる。そこで、承認決議は、株主の意思を確認する重要な手続きといふべきであり、その取消事由の存在は、重大な法令違反といえる。

(3) よって、合併無効の訴えは認められる。 以上

## 論点リサーチ 統計結果

	【商法】	論述した	ある程度 論述した	全く触れ なかった	
設問1	被偽造者には自己の意思に基づく手形行為が存在しないため、原則として、手形上の責任を負わないことを指摘している	39.5%	32.5%	25.4%	
	無権代理と偽造の区別基準を示し、本問の事例が偽造に当たることを認定している。	11.4%	21.1%	64.9%	
	偽造の場合にも表見法理の類推適用もしくは外観法理が適用されることを論じている	28.1%	22.8%	46.5%	
	表見法理の要件・あてはめを論じている	36.8%	22.8%	38.6%	
	乙：善意、丙：悪意の場合でも丙は保護されるが、乙：悪意、丙：善意の場合には丙は保護されないことを述べている	7.9%	13.2%	76.3%	
設問2 (効力発生前)	Dの採るべき手段として、吸収合併差止請求(784条の2)を挙げていること	56.1%	14.0%	27.2%	
	Dの原告適格が問題となることを理解している	27.2%	21.9%	49.1%	
	株式の共有の場合、権利行使者の指定をしなければ、当該株式の権利を行使できないことを(106条本文)指摘している	60.5%	18.4%	17.5%	
	共有に係る株式が発行済株式総数の過半数を占める等の事情があれば、例外的に原告適格が認められることを指摘している	21.9%	9.6%	65.8%	
	招集通知については、126条4項を摘示し、Cのみに対する通知で足りる点を指摘している	11.4%	8.8%	75.4%	
	Cの議決権行使が、共有物の持分の価格に従いその過半数で決するとした民法252条に反しないか問題となることを指摘している	33.3%	16.7%	47.4%	
	会社が106条ただし書の同意をしても、権利行使を違法とした判例(最判平27.2.9)を踏まえて論じていること	36.8%	28.1%	31.6%	
	瑕疵の程度を踏まえて、総会決議取消事由の有無、不存在事由の有無を認定していること	49.1%	30.7%	14.9%	
	設問2 (効力発生後)	採るべき手段として、吸収合併無効の訴え(828条1項7号)を指摘している	74.6%	17.5%	6.1%
		吸収合併無効の訴えと株主総会決議取消の訴えの関係について、吸収説など自説を説得的に論じている	35.1%	24.6%	37.7%
合併無効事由の規範・あてはめを論じている		51.8%	28.9%	17.5%	

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

〔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】**

Xは、XからY<sub>1</sub>、Y<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>へと経由された甲土地の各所有権移転登記について、甲土地の所有権に基づき、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>(以下「Y<sub>1</sub>ら」という。)を被告として、各所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した(以下、当該訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。)。本件訴訟におけるX及びY<sub>1</sub>らの主張は次のとおりであった。

Xの主張：甲土地は、Xの所有であるところ、Y<sub>1</sub>らは根拠なく所有権移転登記を経た。

Y<sub>1</sub>らが主張するとおり、XはY<sub>1</sub>に対して1000万円の貸金返還債務を負っていたことがあったが、当該債務は、XがY<sub>2</sub>から借り受けた1000万円の金員を支払うことによって完済している。

仮に、Y<sub>1</sub>らが主張するように、甲土地について代物弁済によるY<sub>1</sub>への所有権の移転が認められるとしても、Xは、その際、Y<sub>1</sub>との間で、代金1000万円でY<sub>1</sub>から甲土地を買い戻す旨の合意をしており、その合意に基づき、上記の1000万円の金員をY<sub>1</sub>に支払うことによって、Y<sub>1</sub>から甲土地を買い戻した。

Y<sub>1</sub>らの主張：甲土地は、かつてXの所有であったが、XがY<sub>1</sub>に対して負担していた1000万円の貸金返還債務の代物弁済により、XからY<sub>1</sub>に所有権が移転した。これにより、Y<sub>1</sub>は所有権移転登記を経た。

その後、Y<sub>2</sub>がY<sub>1</sub>に対して甲土地の買受けを申し出たので、Y<sub>1</sub>は甲土地を代金1000万円でY<sub>2</sub>に売り渡したが、その際、Y<sub>2</sub>は、Xとの間で、Xが所定の期間内にY<sub>2</sub>に代金1000万円を支払うことにより甲土地をXに売り渡す旨の合意をした。しかし、Xは期間内に代金をY<sub>2</sub>に対して支払わなかったため、Y<sub>2</sub>は所有権移転登記を経た。

**〔設問1〕**

本件訴訟における証拠調べの結果、次のような事実が明らかになった。

「Y<sub>1</sub>は、XがY<sub>1</sub>に対して負担していた1000万円の貸金返還債務の代物弁済により甲土地の所有権をXから取得した。その後、Xは、Y<sub>2</sub>から借り受けた1000万円の金員をY<sub>1</sub>に対して支払うことによって甲土地をY<sub>1</sub>から買い戻したが、その際、所定の期間内に借り受けた1000万円をY<sub>2</sub>に対して返済することで甲土地を取り戻し得るとの約定で甲土地をY<sub>2</sub>のために譲渡担保に供した。しかし、Xは、当該約定の期間内に1000万円を返済しなかったことから、甲土地の受戻権を失い、他方で、Y<sub>2</sub>が甲土地の所有権を確定的に取得した。」

以下は、本件訴訟の口頭弁論終結前においてされた第一審裁判所の裁判官Aと司法修習生Bとの間の会話である。

**民事  
訴訟法**

**民事  
訴訟法**

修習生B：証拠調べの結果明らかになった事実からすれば、本件訴訟ではXの各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることができると考えます。

裁判官A：しかし、それでは、①当事者の主張していない事実を基礎とする判決をすることになり、弁論主義に違反することにはなりませんか。

修習生B：はい。弁論主義違反と考える立場もあります。しかし、本件訴訟では、判決の基礎となるべき事実は弁論に現れており、それについての法律構成が当事者と裁判所との間で異なっているに過ぎないと見ることができると思います。

裁判官A：なるほど。そうだとしても、それで訴訟関係が明瞭になっていると言えるでしょうか。②あなたが考えるように、本件訴訟において、弁論主義違反の問題は生じず、当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じているに過ぎないと見たとして、直ちに本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をすることが適法であると言ってよいでしょうか。検討してみてください。

修習生B：分かりました。

- (1) 下線部①に関し、証拠調べの結果明らかになった事実に基づきXの各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることは弁論主義違反であるとの立場から、その理由を事案に即して説明しなさい。
- (2) 下線部②に関し、裁判官Aから与えられた課題について、事案に即して検討しなさい。

〔設問2〕（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

第一審裁判所は、本件訴訟について審理した結果、Xの主張を全面的に認めてXの各請求をいずれも認容する旨の判決を言い渡し、当該判決は、控訴期間の満了により確定した。

このとき、本件訴訟の口頭弁論終結後に、Y<sub>2</sub>が甲土地をZに売り渡し、Zが所有権移転登記を経た場合、本件訴訟の確定判決の既判力はZに対して及ぶか、検討しなさい。

**解答のポイント**

1 出題形式について

今年の問題の特徴として、裁判官と修習生の会話が示されていることが挙げられる。司法試験においては定番の出題形式だが、予備試験において会話が示されたのは平成24年以来2度目である。会話も問題文の一部であり、その重要性の高さを意識して解答することが望ましいだろう。

2 設問1について

(1) 小問(1)について

設問のような判決が「弁論主義違反であるとの立場から、その理由を事案に即して説明」することが求められている。本件において問題となるのが弁論主義の第1テーゼであること、弁論主義の適用される事実が主要事実であることを前提に、弁論主義違反であるとの結論を「事案に即して」説得的に説明する必要がある。

これを検討するに際しては、証拠調べの結果明らかになった事実が何であるか、これらの事実が主張立証責任の分配上どこに位置づけられるかを分析する必要がある。そのうえで、それらの事実について、当事者からの主張があるかどうかを検討することになる。ここで、弁論主義は、当事者と裁判所の権限分配の問題であり、いずれの当事者から主張されているかを問わないこと



(主張共通の原則)に簡単に触れてもよいであろう。

弁論主義違反であるとの理由を「事案に即して」説明するに際しては、裁判官と修習生の会話から、事実の主張がないと考える立場と法律構成が異なるにすぎないと考える立場があることが示されているので、法律構成が異なるにすぎないと考える立場に対する反論を意識しながら論述するのが良いと思われる。

参考になる判例としては、最判昭55.2.7/百選[第5版][46]及び最判昭33.7.8/百選[第5版][47]があげられる。もっとも、弁論主義違反はないとした後者の判例に対しては、特に批判が強いところである。

## (2) 小問(2)について

下線部②に関する課題について検討することが求められている。弁論主義違反の問題は生じないにもかかわらず直ちに口頭弁論を終結して判決をすることの適法性が問題となることから、釈明義務(149条1項)の問題であると考えられる。特に、「当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じている」ことがポイントであると考えられるため、いわゆる法的観点指摘義務として論じられていることが参考になる。

いずれにせよ、いかなる場合に釈明義務が生じるのかという規範を定立する必要がある。

そのうえで、事例への当てはめにおいては、「事案に即して検討」する必要がある。ここでは、XY2間の合意の法律構成が当事者と裁判所との間で異なること、これらの法律構成の違いによって当該合意の主張立証責任の所在が異なること、に意識して論じるとより説得的な論述になるだろう。

## 3 設問2について

冒頭で、既判力は当事者にのみ及ぶ(115条1項1号)ところ、Zが当事者ではないため、同条項によってはZに既判力が及ばないことを指摘しておくともいだろう。

口頭弁論終結後にY2からZへ所有権移転登記がなされていることに着目すれば、Zが「口頭弁論終結後の承継人」(115条1項3号)に当たらないかが問題の所在であると判明する。

「口頭弁論終結後の承継人」の意義については、115条1項3号の趣旨を踏まえたうえで、適格承継説と「紛争の主体たる地位の移転」の有無により判断する判例のいずれかを採用し、解釈論を展開することになる。

訴訟物が異なる場合、当事者適格も異なるはずだが、訴訟物が異なる場合でも承継を認めるべき場合があることから、答案例では、「紛争の主体たる地位の移転」の有無により判断する判例の見解で論述している。

当てはめでは、Zは、Y2から所有権移転登記抹消登記手続義務自体を承継したわけではないという承継を否定する反対の事情を、物権的妨害排除請求権の理解も踏まえて論じる必要がある。

そのうえで、前訴、後訴いずれにおいても所有権が請求原因となること等、紛争の主体たる地位の移転を肯定する方向に傾く事情を摘示・評価して論じればよいであろう。

結論として、Zは「口頭弁論終結後の承継人」に当たり、Zに既判力が及ぶ。

## 解答例

## 第1 設問1

## 1 小問(1)

(1) 弁論主義とは、判決の基礎となる資料の提出を当事者の権能かつ責任とする原則をいう。弁論主義から、裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎とすることができないとの原則（第1テーゼ）が導かれる。ここにいう事実とは、主要事実を指す。なぜなら、間接事実と補助事実は証拠と同様の機能を有するため、これらに弁論主義を適用すると自由心証主義（民事訴訟法（以下省略）247条）を害するからである。

(2) 裁判所が設問のような判決をするには、XからY2への譲渡担保権の設定による所有権喪失の抗弁事実として、①XがY2に対し1000万円を貸し付けたこと（返還合意と金銭交付）、②①の債権の担保のために甲土地に譲渡担保権を設定する旨の合意、③弁済期の経過を判決の基礎とする必要がある。

Y1らは、XY2間で、所定の期間内にXが1000万円をY2に支払うことにより、Y2がXに甲土地を売り渡す旨の合意をしたと主張している。しかし、ここに、1000万円の返還合意及び当該金銭交付の事実（上記①）は含まれない。また、甲土地を売り渡すことと譲渡担保を設定することは、その内容が異なるから合意として同一でなく、上記②の事実も含まれない。ゆえに、これらは当事者から主張がない。

(3) したがって、上記①及び②の事実を判決の基礎として上記の

判決をすることは、弁論主義の第1テーゼに違反する。

## 2 小問(2)

当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じているに過ぎないとしても、直ちに口頭弁論を終結して判決をすることは、積明義務（149条1項）違反として違法とされないか検討する。

(1) 149条1項の趣旨は、適正かつ公平な裁判を実施する点にあるから、裁判所は、積明権を適切に行使すべき義務（積明義務）を負うと解される。そして、裁判所は、積明義務の1つとして、裁判所が採用しようとしている法律構成と当事者が主張する法律構成が異なる場合においては、不意打ちを防止するため、当該法律構成を当事者に示すべき義務（法的観点指摘義務）を負うというべきである。なぜなら、積明権は弁論主義を補完する機能を有し、弁論主義は不意打ち防止機能を有するから、積明権を不意打ち防止のためにも行使すべきであり、また、積明権の対象は「法律上の事項」にも及ぶからである。

(2) 本件で、Y1らの主張は上記のとおりであるのに対し、裁判所は、譲渡担保権を設定する旨の合意であると考えていたから、両者の法律構成は異なる。これらは、合意の位置づけが異なるため、合意の瑕疵がXに有利に働くかという点からは、正反対の法律構成である。すなわち、Y1らの法律構成によれば、上記合意は請求原因に位置づけられ、Xが甲土地の所有権を取得するには合意に瑕疵がないことが前提となるから、仮に瑕疵

があったとしてもXはこれを主張しないと考えられる。これに対し、裁判所の法律構成によれば、上記合意は抗弁に位置づけられ、これに瑕疵があれば譲渡担保権は生じず、Xに甲土地の所有権が帰属するため、上記の合意の瑕疵はXに有利に働く。

しかしながら、この瑕疵は、裁判所の法律構成を知らないとして主張できない。そうだとすれば、本件では、裁判所が採用しようとしている法律構成と当事者が主張する法律構成が、Xに対する不意打ちとなる程度に異なる。

- (3) したがって、裁判所は、不意打ち防止のために、法的観点指摘義務を負うから、これを尽くすことなく直ちに口頭弁論を終結して判決をすることは、上記義務に違反し、違法である。

## 第2 設問2

- 1 既判力は「当事者」に及ぶのが原則であるところ（115条1項1号）、Zは当事者ではないため既判力が及ばないのが原則である。もっとも、本件訴訟の口頭弁論終結後に、Y2が甲土地をZに売り渡していることから、Zが「口頭弁論終結後の承継人」（115条1項3号）に当たらないか検討する。
- 2 115条1項3号の趣旨は、①敗訴当事者が係争物を第三者に譲渡することによってその判決を実質的に無意味にすることを防止するという点にある。また、②訴訟物が異なる場合でも承継を認めるべき事案がある。これらに鑑みると、「紛争の主体たる地位」、すなわち、第三者と相手方当事者との権利義務関係が、

前訴の訴訟物たる権利義務関係から発展ないし派生したと認められる場合に「口頭弁論終結後の承継人」に当たると解する。

- 3 本件で、Zは、Y2から所有権移転登記抹消登記手続義務自体を承継したわけではない。このことは、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記手続請求権は物権的妨害排除請求権であるところ、妨害が生じるたびに当該妨害者に対して新たに発生する権利であることから明らかである。すなわち、Xに、Zに対する所有権に基づく妨害排除請求権としての抹消登記請求権が発生するのは、Zが所有権移転登記を経由した時点であるが、これを義務者の側から見ると、ZはY2の義務を承継したのではなく、所有権移転登記を経由したことによって原始的に義務を負担したからである。

しかし、XY2間の紛争もXZ間の紛争も、甲土地の所有権がXにあることが請求原因事実となるため、XY2間でXの請求が認められた場合、Zが口頭弁論終結後の新事由や固有の抗弁を主張しない限り、XのZに対する請求は認容されるのが通常である。したがって、XY2間の紛争は、Y2からZへの所有権移転登記により、XZ間の紛争へと派生したと見ることができる。

- 4 よって、Zは「口頭弁論終結後の承継人」に当たり、本件訴訟の確定判決の既判力はZに及ぶ。

以上

論点リサーチ 統計結果

【民事訴訟法】		論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1(1)	弁論主義の第1テーゼ違反が問題となることを示している	76.3%	13.2%	7.9%
	弁論主義が適用される事実が主要事実であることを示している	63.2%	17.5%	17.5%
	譲渡担保権の要件事実を理解している	14.9%	33.3%	49.1%
	被担保債権の存在と譲渡担保権設定の合意について、当事者から主張がないことを認定している	41.2%	30.7%	25.4%
	当事者の主張していない死因贈与の認定の可否に関する判例(最判昭 55.2.7)を意識して論じている	12.3%	22.8%	62.3%
	本人による契約の主張に対し代理人による契約を認定した(最判昭 33.7.8)を意識して論じている	10.5%	13.2%	71.9%
設問1(2)	釈明義務違反の有無が問題となることを指摘している	57.9%	21.9%	18.4%
	釈明権の趣旨に言及している	40.4%	28.9%	27.2%
	譲渡担保という法的観点を指摘する義務が問題となることを意識して論じている	47.4%	27.2%	22.8%
	法的観点指摘義務違反の規範を示している	35.1%	23.7%	39.5%
	規範にしたがい、事案に即したあてはめを当事者の主張と裁判所の認定事実との相違を踏まえて具体的に論述している	36.0%	36.0%	26.3%
	当事者の法律構成と裁判所の法律構成の主張立証責任の所在の違いを意識して論述している	21.1%	29.8%	45.6%
設問2	既判力は当事者に及ぶ(115条1項1号)のが原則であることを指摘している	70.2%	11.4%	15.8%
	Zが「口頭弁論終結後の承継人」(115条1項3号)に当たるかが問題となることを指摘している	80.7%	12.3%	4.4%
	115条1項3号の趣旨に言及している	64.0%	17.5%	14.9%
	口頭弁論終結後の承継人の意義につき、適格承継説の内容、論拠(又は批判)に言及している	33.3%	15.8%	49.1%
	口頭弁論終結後の承継人の意義につき、「紛争の主体たる地位の移転」説の内容、論拠(又は批判)に言及している	49.1%	16.7%	32.5%
	ZはY2から所有権移転登記抹消登記手続義務を承継したわけではないことを指摘している	15.8%	14.9%	66.7%
物権的請求権の理解を前提にZの所有権移転登記抹消登記手続義務は、Zが登記を経由した時点で発生すること	14.0%	7.9%	75.4%	

所有権の存否が前訴又は後訴における請求原因事実であり、判決理由中の判断で言及される事項であること	10.5%	12.3%	74.6%
Y2からZへの所有権移転登記の経路により、当事者適格又は紛争の主体たる地位が移転したこと	37.7%	29.8%	28.9%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。





**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) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16728