

司法試験

平成28年本試験徹底分析会

民事系

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 165509

LU16550

平成28年本試験分析会

民事系・第1問

平成28年司法試験 民事系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100〔設問1〕及び〔設問2〕の配点は、4：6）

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。

I

【事実】

1. 不動産賃貸業を営むAは、その亡妻Bとの間に長男Cをもうけていた。Cは、平成23年3月に高校を卒業した後、他県の自動車販売店に整備士として雇用されたことから、Aの家を出て自分でアパートを借り、恋人のDと同棲を始めた。平成24年2月の時点で、Cは満18歳、Dは満20歳であった。
2. Cは、Bの所有していた甲土地及び乙土地をBからの相続により取得していた。甲土地及び乙土地は、更地で、Cの登記名義とされていたが、Cの親権者であるAが公租公課の支払を含め両土地の管理を行っていた。
3. 平成24年2月1日、Aは、自らの遊興を原因とする1000万円を超える借金の返済に窮していたことから、C所有の甲土地及び乙土地を自らが管理していることを奇貨として、甲土地及び乙土地をCの承諾を得ずに売却し、その代金を自己の借金の返済に充てようと考えた。
4. 平成24年2月10日、Aは、Cの代理人として、個人で飲食店を営む知人Eとの間で、甲土地を450万円、乙土地を600万円で売却する契約を締結した。ところが、Eはその時点で600万円しか現金を有していなかったことから、AとEは、甲土地についてはEが450万円の現金を調達できた時点でCからEへの所有権移転登記手続をすることとし、さしあたり、乙土地についてのみCからEへの所有権移転登記手続をすることで合意した。
5. 平成24年2月15日、Eは、Aに対し乙土地の代金として600万円を支払い、CからEへの乙土地の所有権移転登記がされた。Aは、Eから受領した代金600万円を自らの借金の返済に充当した。これらの事実について、AはCに何も知らせなかった。
6. Eは、【事実】4の売買契約を締結した時点で、Aが遊興を原因として多額の借金を抱えており、Aが乙土地の代金600万円をAの借金に充当するつもりであることを知っていた。
7. 平成24年3月1日、CはAの同意を得てDと婚姻し、新婚旅行に出発したが、同月5日、Cは、新婚旅行先で海水浴中の事故により死亡した。Cの相続人はA及びDの2人である。
8. 平成24年3月15日、Eは、450万円の現金を調達できたことから、Aにその旨連絡し、代金の支払と引換えに甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めた。ところが、Aは、甲土地の地価が急騰したことから、甲土地を売却するのが惜しくなり、Eの請求に応じなかった。
9. 平成24年3月20日、Eは、乙土地の地価も急騰したことから、乙土地を売却しようと考え、乙土地の売却の媒介を仲介業者に依頼した。その頃、Fは、自宅建物を建設するための敷地を探していたが、購読している新聞の折り込みチラシに乙土地が紹介されていたことから、仲介業者に問い合わせた。その後、現地を見たFは、乙土地を気に入り、Eと面識はなかったものの、Eから乙土地を購入することを決めた。
10. 平成24年3月30日、Eは、Fとの間で、乙土地の売買契約を締結し、FはEに乙土地の代金として750万円を支払い、EからFへの乙土地の所有権移転登記がされた。
11. その後、Fは、乙土地の上に丙建物を建築し、平成24年10月10日から丙建物での居住を開始した。
12. 平成25年3月5日、Dは、Cの一周忌の法要の席上において、Aに対し、Cの遺産について尋ねたが、AはDの質問を無視した。その後も、AはDからの電話の着信や郵便物の受領を全て無視している。
13. 平成25年4月15日、Dは、Cの遺産に関する自らの疑問を解消したいと考え、弁護士に調査を依頼した。

14. 平成25年5月25日、Dは、【事実】13の調査を依頼した弁護士の報告により、【事実】2から11までを知った。
15. 平成25年6月30日、Eは、弁護士を通じて、A及びDに対し、代金を支払うので甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めたが、拒絶された。そこで、Eは、甲土地の売買代金全額を供託した。

〔設問1〕【事実】1から15までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Eは、A及びDに対し、甲土地の所有権移転登記手続の請求をすることができるか。Eの請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。
- (2) Dは、Fに対し、乙土地及び丙建物に関しどのような請求をすることができるか。Dの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。なお、DのFに対する金銭請求については、検討を要しない。

II 【事実】1から15までに加え、以下の【事実】16から27までの経緯があった。

【事実】

16. Eは、その飲食業に関し借金を負っていたところ、平成26年に入ってから、事業の借金の返済に充てる資金をGの主宰する賭博で得ようと考え、懇意にしている仕入先のHに頼み込んで、賭博に使うつもりであることを打ち明けて、500万円を借り受けることにした。
17. Eは、さらに、同様の目的を有しつつも、賭博に使うつもりであることを打ち明けずに、知人Kから500万円を借り受けようと考えた。
18. 平成26年3月1日、Eは、叔父Lに、「事業の建て直しに必要な資金の融資をHとKから受けるに当たって保証人が必要だが、叔父さん以外に頼れる人がいない。」と述べて、HとKに対する貸金債務の連帯保証人になってもらうことの同意を得た。Lは、Eの事業がうまくいっていないことを知っていたが、Eが借りた金を賭博に使うつもりであることは知らなかった。
19. 平成26年4月1日、Eは、Hから、返済期日を平成27年3月31日、利息を年15%、遅延損害金を年21.9%として、500万円を借り受け、LがEの債務を連帯保証する旨の契約書がE、H及びLの3人の間で作成され、同日、HからEに500万円が交付された。
20. 平成26年4月15日、Eは、Kから、返済期日を平成27年5月30日、利息を年15%、遅延損害金を年21.9%として、500万円を借り受け、LがEの債務を連帯保証する旨の契約書がE、K及びLの3人の間で作成された。当該契約書では、500万円は、平成26年5月31日に、KからEに交付されることになっていた。
21. しかし、Kは、Eによる借金の使途に疑問を抱き、平成26年5月31日の経過後も、500万円をEに交付しなかった。また、そのことは、Lには知らされなかった。
22. 平成26年8月1日、急に資金繰りが悪化したHは、平成26年4月1日付消費貸借契約に関する債権を、既発生の利息債権も含めて、400万円でMに売却した。その際、HはMに対して、「この債権はEの事業のための融資金債権であり、Eの事業の経営はやや苦しいが、Lは弁済に足る資産を有している。」と説明し、Mもその説明を信じた。
23. 平成26年8月5日、EはHから、「あなたに対する債権をMに譲渡しました。承諾書を同封したのでそれに署名押印して返送してください。」と書かれた手紙を受け取ったので、EはHの指示に従い、「私は、平成26年4月1日付消費貸借契約に基づくHの私に対する債権を、平成26年8月1日付譲渡契約によってHがMに対して譲渡したことを承諾します。」とだけ記載された書面に署名押印し、内容証明郵便でそれをHに返送した。その書面は、同月7日にHに配達された後、同月10日、HからMに交付され、MからHに代金400万円が支払われた。Lは、この債権譲渡について、E及びHから何も知らされていなかった。
24. 平成26年10月頃、Hは、更に資金繰りが悪化し資産も尽きたので、多額の債務を抱えたまま夜逃げをした。それ以降、Hの所在は不明である。

25. 平成27年6月1日、Kは、Lに対し、Eに500万円を交付していなかったが、平成26年4月15日付契約書があることを奇貨として、Lに連帯保証債務の履行を請求した。Lが直ちにEに照会したところ、Eは、間違えて、「事業はうまくいっておらず、Kに対する債務は利息を含め1円も支払っていない。」と説明した。LはEに対し、「仕方がないので連帯保証債務を履行する。」と述べた。
26. 平成27年6月29日、Lは、Kに対し、連帯保証債務の履行として、合計584万円を支払った。584万円の内訳は、元本が500万円、利息が75万円、遅延損害金が9万円である（利息75万円＝元本500万円×利率年15%×1年、遅延損害金9万円＝元本500万円×利率年21.9%×30日／365日）。
27. 平成27年7月末になったが、Eは、Hに対しても、Mに対しても、利息を含め1円も支払っていない。

〔設問2〕【事実】1から27までを前提として、以下の(1)から(3)までに答えなさい。

- (1) Mは、Eに対して、契約上の債権に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金の支払を請求することができるか。Mの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。
- (2) Mは、Eに対して、法定債権に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金の支払を請求することができるか。Mの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。
- (3) Lは、Eに対して584万円の支払を請求することができるか。Lの請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。なお、不法行為に基づく請求については、検討を要しない。

- MEMO -

平成28年司法試験 民事系第1問 解答例

第1 設問1 (1) について

1 請求の根拠について

Eは、Cの代理人であるAとの間で、平成24年2月10日に甲土地を代金450万円で購入するとの売買契約（民法555条）を締結した。これによって、Eは甲土地の所有権を取得したのであるから、Cの相続人であるA（民法889条1項1号）及びD（民法890条）に対して①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手続請求をすることが考えられる。

また、Eは上記のとおりC代理人Aと甲土地について売買契約を締結したのであるから、同売買契約の当事者であるCの相続人であるA及びDに対して、②売買契約に基づく所有権移転登記手続請求をすることも可能である。

上記①②のどちらを選択するかは、原告に委ねられる。

2 請求の当否について

(1) Aの代理権不存在の主張について

A及びDは、AがCの親権者としてCの財産上の法律行為にあたって包括的代理権を有する（民法824条）ことを前提に、甲土地売買はAとCの利益が相反するため、Aに代理権が認められない（民法824条）として、Aの代理権限を否認することが考えられる。

しかし、土地の売却とは、財産の形状に変更を加えるのみであることから、AとCの利益相反を生じているとはいえない。なお、Aは甲土地の売却代金を自己の遊興費を原因とする借金

の返済に充てる目的を有しているが、利益相反の有無は外形的客観的に判断されるべきであって、親権者の動機及び意思を考慮すべきではないことから、当該Aの目的は上記結論に影響を及ぼさない。

よって、AはCを代理して甲土地を売却する権限を有する。

(2) Aによる甲土地売買契約無効の主張について

ア Aの権限濫用について

A及びDは、甲土地売買がAの権限濫用によるものであることから、心裡留保（民法93条）の但書が類推適用され、無効になるとの抗弁を主張する。

親権者による権限濫用に該当する場合は、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存する場合に限定される。本件においてAは、自己の遊興費を原因とする借金の返済する目的を有していた。これは、Cの不利益のもと、専らAが利益を受けることを意図していたといえるから、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反するものであり、権限濫用に該当する。

Eは、乙土地の売買代金について、Aが自己の借金返済に充てる意図を有していることを知っていたのであるから、甲土地の売買代金についても同様の意図を有していると認識していたと解すべきである。そこで、EはAによる権限濫用の事実を知って当該契約を締結したといえるため、民法93条

但書が類推適用され、当該売買契約は無効となりうる。

イ Aが自身の権限濫用を主張することの当否について

Aは、自ら甲土地をEに売却するとの意思表示をしながら、Cの相続人として当該意思表示の無効を主張することは、禁反言の法理に反するため、Aが当該主張をすることは許されない。

(3) 結論

以上より、EとDの関係においては、AがCを代理して締結した甲土地の売買契約は無効となるため、Dの持分である甲土地の三分の二について所有権移転登記を得ることはできないが、Aの持分である甲土地の三分の一については、Aが無効の主張をできないことから、所有権移転登記を得ることができる。

第2 設問1 (2) について

1 請求の根拠について

Dは、Fに対して、Cから乙土地の持分の三分の二を相続したとして、共有持分権に基づく妨害排除請求権としての建物収去土地明渡請求をすることが考えられる。

2 請求の当否について

(1) Fによる土地所有権の主張について

Fは、平成24年3月30日に、Eより乙土地を買い受けたとして、乙土地の所有権を抗弁として主張すると考えられる。

ア Fによる乙土地単独所有の主張について

C代理人AとEの間で締結された乙土地についての売買契約は設問(1)について述べたとおり、Aによる権限濫用に該当するため、心裡留保の規定(民法93条但書)が類推適用され、無効となるものの、表意者であるAが当該無効の主張をすることが禁反言の法理に反することから、Aの持分の範囲で当該売買契約が有効となり、Eがその所有権を取得するものの、Dの持分については、売買契約は無効となり、Dがその持分を取得する。当該法律関係は、Cが死亡し相続が発生した時である平成24年3月5日から生じる。

これに対し、Fとしては、乙土地の登記名義人であるEから乙土地を購入した以上、通謀虚偽表示に類似する状況が生じているとして、第三者保護規定(民法94条2項)が類推適用されると主張することが考えられる。しかし同規定は、相手方と通じて虚偽の外観を作出した本人の帰責性に基づき認められるものであるところ、本文においてDは何ら虚偽の外観の作出に協力しておらず、また、虚偽の外観を長期間に渡って放置したということもできないのであるから、当該規定は類推適用されない。

よって、Fは乙土地の単独所有を主張することはできない。

イ Fによる共有持分に基づく土地所有権の主張について

上述のとおり、FはDに対して乙土地の単独所有を主張することはできず、乙土地はFとDの共有に属することとな

る。

共有物については、各共有者は各々共有物全体を使用する権限を有し、他の共有者が共有持分に基づきこれを排除することは認められないため、Fは共有持分に基づき、乙土地上に建物を所有し、乙土地を占有することが可能となる。

(3) 結論

以上より、DはFに対し共有持分に基づく妨害排除請求権としての建物取去土地明渡請求をすることはできない。

第3 設問2(1)について

1 請求の根拠及び内容

本件においては、債務者Eが債権譲受人であるMに対して、HとMの間で行われた債権譲渡について異議をとどめない承諾をしている。そこで、MとしてはEに対し、①HとEの間で、金銭消費貸借契約(民法587条)が締結され、これに基づき金銭の授受があったこと②MがHより上記契約に基づく債権の譲渡を受けたこと③Eが当該債権譲渡について異議をとどめない承諾をしたこと④弁済期が到来したことを主張立証して、貸金元本、利息及び遅延損害金を請求することが考えられる。

2 請求の当否

賭博に費消する目的で金員を借り受けた場合、当該金銭消費貸借契約は公序良俗(民法90条)に違反するため無効とされる。そこで、Eとしては上記①契約の目的が金員を賭博に費消することにあつたことから、抗弁事由として当該契約の無効を主張する

と考えられる。

他方、EはMに対し、HからMへの①金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権等の債権譲渡について、異議をとどめない承諾をし、この後MからHに対して当該債権の代金として400万円が支払われていることから、Eによる無効の主張が認められるかが問題となる。公序良俗に違反する行為のなかでも、賭博は特に不法性が強いと認められるため、異議をとどめない承諾をしたとしても、当該契約に効力を生じさせるべきではないという価値判断が働くため、原則として債務者は無効の主張が可能だと考えられる。しかし、本件においては、MはEによる異議をとどめない承諾を信頼し、Hに対して債権譲渡の対価を支払っているうえに、Hの夜逃げによりHから当該金員の返還を受けることも困難な状況に陥っている。このようにEの行為によってMに当該債権譲渡が有効になされたとの誤信を生じさせ、経済的不利益まで被らせている以上、Mの不利益のもとEが公序良俗違反による無効の利益を享受することが妥当とはいえないため、EはMに対し、当該抗弁を主張することはできないと解すべきである。

よって、MはEに対して貸金返還請求権及び約定利息、遅延損害金の請求が可能である。

第4 設問2(2)について

1 請求の根拠及び内容

MはEに対し、HからEに交付された500万円につき、不当利得返還請求(民法703条)することが考えられる。この場合

には、利息及び遅延損害金については請求の対象外となる。

2 請求の当否

これに対し、EはHから受領した金員は、賭博で費消する目的のものであったことから、不法原因給付（民法708条）にあたり返還請求権を有しないとの抗弁を主張することが考えられる。

本来、公序良俗に違反する金銭の給付は不法原因給付に該当するため、賭博に費消する目的での金銭の給付は返還請求権が認められない。しかし、当該法理を常に適用すると、不法な目的のために金銭の交付を受けた者が当該金銭を保持し、交付した側がその返還を受けられないという不合理が生じることとなる。そこで、専ら金銭の交付を受けた側に不法の原因が存在し、交付した側としては、当該金銭が不法な目的に費消されることを知って交付したのみというように不法性が著しく低い場合には、既に交付された金銭の返還請求の場面においては、当該規定が適用されないと考えるべきである。本件においては、H自身が賭博に関与しておらず、賭博に費消することを条件として金銭消費貸借契約を締結したものでないため、Eの動機の不法を知ってなしたとはいえ、Hにとっては通常金銭消費貸借契約の締結であったといえることができる。そのため、当該金銭消費貸借契約における不法の原因は専らEにあり、Hの不法性が著しく低い場合に該当し、不法原因給付の規定は適用されない。

よって、MはHがEに対して有した不当利得返還請求権の譲渡を受けた者として、当該請求権を行使することができる。

第3 設問2（3）について

1 EK間における金銭消費貸借契約の効力

LによるKに対する金銭支払いの性質を論じる前提として、EK間における金銭消費貸借契約の効力について検討する。

金銭消費貸借契約は要物契約であり、金銭の交付がなければその効力を生じない。本件においては、KからEに金銭が交付されていないため、未だ金銭消費貸借契約は成立していない。

2 不当利得返還請求権の当否について

Lは法律上の原因なくKに対し584万円の金銭を交付しているところ、当該給付はEによるKより金銭を借り受けたという謝った説明によるものであるから、Eに対して不当利得返還請求をすることが考えられる。しかし、LがKに対して当該金銭を支払ったことによってEは何ら利益を得ていないのであるから、Eに対する不当利得返還請求権は発生していない。

3 保証人の求償権について

上述のとおりEK間に主たる債務が発生していない以上、Lの金銭支払いは保証債務の履行とはいえず、Eに対する求償権も発生しないため、当該請求は成立しない。

以上

- MEMO -

平成28年本試験分析会

民事系・第2問

平成28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、3.5：3：3.5）
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、取締役会及び監査役を置いている。甲社の定款には取締役は3名以上とする旨の定めがあるところ、A、Bほか4名の計6名が取締役として選任され、Aが代表取締役社長として、Bが代表取締役専務として、それぞれ選定されている。また、甲社の定款には、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する旨の定めがある。甲社の監査役は、1名である。
甲社は種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社の株式の取得について取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれも、25%はAが、20%はBが、それぞれ保有している。
2. 甲社は建設業を営んでいたが、甲社においては、Aが事業の拡大のために海外展開を行う旨を主張する一方で、Bが事業の海外展開を行うリスクを懸念し、Aの主張に反対しており、AとBが次第に対立を深めていった。Aは、事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行い、その調査結果に基づき、事業の海外展開を行うリスクも適切に評価して、取締役会において、事業の拡大のために海外展開を行う旨の議案を提出した。この議案については、Bが反対したものの、賛成多数により可決された。
甲社はこの取締役会の決定に基づき事業の海外展開をしたが、この海外事業は売上げが伸びずに低迷し、甲社は3年余りでこの海外事業から撤退した。
3. この間にAと更に対立を深めていたBは、取締役会においてAを代表取締役から解職することを企て、Aには内密に、Aの解職に賛成するように他の取締役に根回しをし、Bを含めてAの解職に賛成する取締役に3名確保することができた。甲社の取締役会を招集する取締役については定款及び取締役会のいずれでも定められていなかったことから、Bは、Aの海外出張中を見計らって臨時取締役会を開催し、Aを代表取締役から解職する旨の議案を提出することとした。
4. Bは、Aが海外出張に出発したことから、臨時取締役会の日1週間前にAを除く各取締役及び監査役に対して取締役会の招集通知を発した。この招集通知には、取締役会の日時及び場所については記載されていたが、取締役会の目的である事項については記載されていなかった。
Aの海外出張中に、Aを除く各取締役及び監査役が出席し、臨時取締役会が開催された。Bは、この臨時取締役会において、議長に選任され、Aを代表取締役から解職する旨の議案を提出した。この議案については、賛成3名、反対2名の賛成多数により可決された。
5. Aが、海外出張から帰国し、Aを代表取締役から解職する旨の臨時取締役会の決議の効力を強硬に争っていたところ、臨時取締役会の決議においてAの解職に反対した取締役のうち一人が、甲社の内紛に嫌気がさし、取締役を辞任した。そこで、Bは、各取締役及び監査役全員が出席する定例取締役会であっても、Aの解職の決議をすることができる状況にあると考え、解職を争っていたAを含む各取締役及び監査役全員が出席した定例取締役会において、念のため、再度、Aを代表取締役から解職する旨の議案を提出した。この議案については、賛成多数により可決された。また、甲社においては、取締役の報酬等の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で、取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められ、これに従った運用がされていた。この運用に従えば、Aの報酬の額は、月額50万円となるころ、Bは、この定例取締役会において、Aの解職に関する議案に続けて、解職されたAの報酬の額を従前の代表取締役としての月額150万円から月額20万円に減額する旨の議案も提出した。この議案についても、賛成多数により可決された。この定例取締役会において、BがAの後任の代表取締役社長として選定された。

〔設問1〕

- (1) Aを代表取締役から解職する旨の上記4の臨時取締役会の決議の効力について、論じなさい。
- (2) Aの報酬の額を減額する旨の上記5の定例取締役会の決議の後、Aは、甲社に対し、月額幾らの報酬を請求することができるかについて、論じなさい。なお、Aが代表取締役から解職されたことを前提とする。
6. 代表取締役から解職されたAは、甲社の株主として、定時株主総会において、Aの解職に賛成したBら3名を取締役から解任しようと考え、Bら3名の取締役の解任及びその後任の取締役の選任をいずれも株主総会の目的とすることを請求するとともに、これらに関する議案の要領をいずれも定時株主総会の招集通知に記載するように請求した。
- 甲社の定時株主総会の招集通知には、会社提案として、海外事業の失敗を理由とするAの取締役の解任に関する議案が、Aの株主提案として、上記Bら3名の取締役の解任に関する議案及びその後任の取締役の選任に関する議案が、それぞれ記載されていた。
7. 甲社の定時株主総会においては、Aの取締役の解任に関する議案は可決され、上記Bら3名の取締役の解任に関する議案及びその後任の取締役の選任に関する議案はいずれも否決された。なお、Aの取締役としての任期は、8年残っていた。

〔設問2〕

- (1) 上記7の定時株主総会において取締役から解任されたAが、甲社に対し、解任が不当であると主張し、損害賠償請求をした場合における甲社のAに対する会社法上の損害賠償責任について、論じなさい。
- (2) 仮に、上記6の定時株主総会の招集通知が発せられた後、Aが多額の会社資金を流用していたことが明らかとなったことから、Aが、Aの取締役の解任に関する議案が可決されることを恐れ、旧知の仲である甲社の株主数名に対し、定時株主総会を欠席するように要請し、その結果、定時株主総会が、定足数を満たさず、流会となったとする。この場合において、①Bが、甲社の株主として、訴えをもってAの取締役の解任を請求する際の手続について、説明した上で、②この訴えに関して考えられる会社法上の問題点について、論じなさい。
8. 甲社は、内紛が解決した後、順調に業績が伸び、複数回の組織再編を経て、会社法上の公開会社となり、金融商品取引所にその発行する株式を上場した。現在、甲社の資本金の額は20億円で、従業員数は3000名を超え、甲社は監査役会及び会計監査人を置いており、Cが代表取締役社長を、Dが取締役副社長を、それぞれ務めている。
9. 甲社の取締役会は「内部統制システム構築の基本方針」を決定しており、甲社は、これに従い、法務・コンプライアンス部門を設け、Dが同部門を担当している。また、甲社は、内部通報制度を設けたり、役員及び従業員向けのコンプライアンス研修を定期的実施するなどして、法令遵守に向けた取組を実施している。さらに、甲社は、現在、総合建設業を営んでいるところ、下請業者との癒着を防止するため、同規模かつ同業種の上場会社と同等の社内規則を制定しており、これに従った体制を整備し、運用している。
10. 甲社の内部通報制度の担当者は、平成27年3月末に、甲社の営業部長を務めるEが下請業者である乙株式会社（以下「乙社」という。）の代表取締役を務めるFと謀り、甲社が乙社に対して発注した下請工事（以下「本件下請工事」という。）の代金を水増しした上で、本件下請工事の代金の一部を着服しようとしているとの甲社の従業員の実名による通報（以下「本件通報」という。）があった旨をDに報告した。ところが、その報告を受けたDは、これまで、甲社において、そのような不正行為が生じたことがなかったこと、会計監査人からもそのような不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったこと、EがDの後任の営業部長であり、かつて直属の部下であったEに信頼を置いていたことから、本件通報には信ぴょう性がないと考え、

本件下請工事や本件通報については、法務・コンプライアンス部門に対して調査を指示せず、Cを含む他の取締役及び監査役にも知らせなかった。

11. 甲社の内部通報制度の担当者は、その後、Dから、法務・コンプライアンス部門に対し、本件下請工事や本件通報についての調査の指示がなかったことから、平成27年5月に、本件通報があった旨をCにも報告した。その報告を受けたCは、直ちに、本件下請工事や本件通報について、法務・コンプライアンス部門に対して調査を指示した。
12. 甲社の法務・コンプライアンス部門が調査をした結果、2週間程度で、以下のとおり、EとFが謀り、本件下請工事について不正行為をしていたことが判明した。
 - (1) EとFは、本件下請工事について、合理的な代金が1億5000万円であることを理解していたにもかかわらず、代金を5000万円水増しして、2億円と偽り、水増しした5000万円を後に二人で着服することをあらかじめ合意していた。
 - (2) 甲社の社内規則上、甲社が発注する下請工事の代金が1億円以上となると、複数社から見積りを取得する必要が生じることから、Eが、Fに対し、本件下請工事について、形式上、工事を三つに分割して見積書を3通作成することを指示し、乙社は、①第一工事の代金を8000万円、②第二工事の代金を5000万円、③第三工事の代金を7000万円として、本件下請工事について代金が合計2億円となるように3通の見積書を作成し、甲社に提出した。
 - (3) Eは、甲社の関係部署を巧妙に欺き、3通の見積書がそれぞれ別工事に関わるものであると誤信させた。これにより、甲社は、平成26年9月に、乙社との間で、上記の各見積書に基づき3通の注文書と注文請書を取り交わした上で、以後、乙社に対し、毎月末の出来高に応じて翌月末に本件下請工事の代金を支払っていった。
 - (4) 甲社は、本件下請工事が完成したことから、乙社に対し、平成27年4月末に残金合計3000万円を支払い、その後、EとFが、甲社が乙社に対して支払った本件下請工事の代金から5000万円を着服した。
 - (5) 甲社の会計監査人は、平成27年1月に、乙社に対し、甲社の平成26年12月期の事業年度の計算書類及びその附属明細書等の監査のために、本件下請工事の代金の残高についての照会書面を直接郵送し、回答書面の直接返送を求める方法で監査を行ったが、Eは、Fに対し、回答書面にEが指定した金額を記載して返送するように指示をするなど、不正が発覚することを防止するための偽装工作を行っていた。

【設問3】 上記8から12までを前提として、①Cの甲社に対する会社法上の損害賠償責任及び②Dの甲社に対する会社法上の損害賠償責任について、それぞれ論じなさい。

- MEMO -

平成28年司法試験 民事系第2問 解答例

第1 設問1

1、(1)について

事例4の臨時取締役会の適法性について検討する。Bは取締役会の招集権者であるが(366条1項)、目的である事項を記載しないで招集した点に違法はないか。

この点、取締役は株主に代わって会社の業務を遂行する以上、会社業務全般を把握していると考えられるので、取締役会の招集に目的の記載は必要なく、適法である。

ここで、Aに取締役会の招集通知が発せられていない。取締役の一部への取締役会への招集通知を欠く場合、その取締役会決議の効力はどうなるか。

この点、全取締役に招集通知を発することが必要(368条1項)なのは、全取締役に出席の機会を与え議論を尽くさせることが取締役会の前提となっているからである。とすれば、原則無効と解すべきだが、通知漏れがあった取締役が出席して議論したとしても、なお結論に影響がないと認められる特段の事情がある場合には、決議を有効とすべきである。

ここで、Aは海外出張中である以上、招集通知がなされてもAは出席せず、結論に影響がなかったと考えられる。

では、Aの海外出張を見計らって招集したことは、BのA解職目的を考慮に入れると、著しく不公正といえるが、この点に違法はないか。

ここで、前述したとおり、全取締役に出席の機会を与え議

論を尽くさせることが取締役会の前提となつてことからすれば、出席不可能な状況を見計らった取締役会の招集は、上記趣旨に従い原則無効と解すべきだが、出席できなかった取締役が出席して議論したとしても、なお結論に影響がないと認められる特段の事情がある場合には、決議を有効とすべきである。

ここで、本件臨時取締役会は、賛成3名、反対2名であった。確かにAが仮に出席したとしても、自らが解任対象となっている以上、特別利害関係人であるといえ、決議に参加できなかった(369条2項)。しかし、取締役会でAは発言できる以上、たとえBの根回しがあったとしても、Aの発言を聞いて反対に回る取締役が現れたことを否定はできない。

従って、結論に影響がないと認められる特段の事情がないので、本件臨時取締役会決議は無効である。

2、(2)について

取締役の報酬は、取締役と会社の任用契約で定められることによって抽象的に決定されるが、定款または株主総会決議によって決定されることで(361条1項)具体的に定まる。

ここで、Aと甲社との間の契約内容は定かではないが、恐らく、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で、取締役会の決議によって役職ごとに定められた一定額が支給されるという慣習(本件慣習とする)に従うものであった可能性が高いので、そのような前提で論じ

る。

では、取締役報酬決定を一任する本件慣習は有効か。

この点、361条が取締役報酬を株主総会決議事項とした趣旨は、取締役自ら決定するとお手盛りの危険があるので、それを防止する点にある。であれば、株主総会で報酬の総額や上限を定めれば、具体的金額の決定を取締役に委ねても、お手盛りの危険はない。また、取締役個人のプライバシーを守るため、一任決議の必要性もある。

従って、株主総会で報酬の総額や上限を定めれば、具体的金額の決定を取締役に委ねることも可能である。

よって、本件慣習は有効であるので、Aの報酬は、本件慣習に従い月額50万円となる。

なお、本件慣習に反する取締役決議があったとしても、Aが同意しない以上、Aの報酬は本件慣習以下に減額されない。たとえ、取締役会決議でAの報酬を本件慣習以下に減額する決議があったとしても、Aと甲社間の任用契約自体が変更されるわけではないからである。

よって、Aは甲社に月額50万円の報酬を請求できる。

第2 設問2

1、(1)について

取締役を解任されたものは、解任に正当な理由がない限り、会社に対し損害賠償請求をすることができる(339条2項)。では、Aの解任に正当な理由があるといえるか。

解任の正当な理由とは、職務への著しい不適任をいう。そして、Aの取締役としての不適任は、Aが推進した海外展開が失敗したことであるが、これが不適任事由となるか検討する。

解任の場面での不適任事由の有無の判断にも、取締役の萎縮を避けるため、経営判断原則を用いるべきである。すなわち、経営はある程度リスクを伴うものであり、結果のみで責任を問うと経営を萎縮させる。そこで、①行為時において②業界における通常の経営者を基準として③事実認識と意思決定に不合理な点がなければ役員職務の懈怠は否定されるが、それ以外の場合は任務懈怠を認めるべきである。

ここで、Aは事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行っていた。また、その調査結果に基づき、事業の海外展開を行うリスクも適切に評価して、取締役会の適法な手続きで賛成多数を得ている。従って、上記①②③の要件を満たしている。

よって、Aの判断は適法であり、判断が適法である以上、Aの解任には正当な理由がない。Aは、会社に対し、残りの任期8年分の損害賠償請求をすることができる(339条2項)。

2 (2)について

役員解任の訴えは、役員に職務に関する不正な行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があったにもかかわらず、当該役員を解任する旨の議案が株主総会に否決された、

又は323条1項により決議の効力が生じないときは、当該株主総会の日から30日以内に提起できる（854条1項）。

しかし、本問では、あくまでAが、甲社株主に働きかけた結果、定足数を満たさなかったため、決議がなされていない状況である。決議がなされていない以上、「株主総会に否決された」という要件を満たさないと考え、問題となる。

この点、株主総会で当該役員を解任する旨の議案が否決されたことを役員解任の訴えの要件とした法の趣旨は、①役員解任事由は第1次的には会社の所有者の意思に委ねるべきであるが多数者の横暴により会社利益が害される事態に例外的に解任の訴えを認めたこと、②濫訴を防ぐこと、にある。

ここで、解任対象の役員が株主に働きかけ、決議が否定された場合と、出席を阻止して定足数を満たさなかった場合を別異に解する理由はない。また、①多数者の横暴により会社利益が害されている事態が生じているし、本問のような場面で解任の訴えを認めても②濫訴のおそれはない。また、かような場面で解任の訴えを認めないと、永久に解任の訴えが提起できない可能性がある。そこで、解任議案が否決された場面に準じ、会社法854条1項を類推適用することで、解任の訴えを認めるべきである。

第3 設問3

1、Cの責任

Cは、平成27年5月に本件通報があったことの報告を受け

てから、本件不正について調査している。しかし、Cは報告を受ける前から調査すべきでなかったか。Cに任務懈怠があるとすると、Cは損害賠償責任を負うか（423条1項）。

まず、任務懈怠とは忠実義務（355条）、善管注意義務（330条、644条）である。取締役を専門家に限っていない会社法のもとでは、忠実義務（355条）は、善管注意義務（330条、民法644条）の内容を具体化したものであり、両者の内容は同質である。そして、当該義務は、裁判所の解釈を要する要件であるので、義務違反と過失の判断は実際上重なる。

では、Cに任務懈怠があるか。

まず、報告を受けるまで、Cは本件不正を知らなかった。しかし、取締役会に上程されていない事項についても、取締役の監視義務は及ぶ。

なぜなら、取締役は取締役会の構成員たる地位に基づき、代表取締役その他の業務執行に対する監視義務を負う。そして、各取締役は取締役会の招集権（366条1項）を有する以上、非上程事項に関しても、取締役会を招集して監視・監督することが可能だからである。

では、Cは報告を受けるまで本件不正を知らなかったことに過失があるか。ここで、設問2の1で述べたとおり、経営はある程度リスクを伴うものであり、結果のみで責任を問うと経営を萎縮させる。そこで、①行為時において②業界における通常の経営者を基準として③事実認識と意思決定に不合理

な点がなければ役員の任務懈怠は否定されるが、それ以外の場合は任務懈怠を認めるべきである。

確かに、甲社は内部通報制度を設け、コンプライアンス研修を実施し、上場企業並みの不正防止体制を設けている。しかし、Cはコンプライアンスの担当者ではなく、情報収集に不合理な点も見当たらない。とすれば、報告を受けるまで本件不正がないものとして行動した点に不合理な点はなく、また、報告を受けた後も適切に対処しているので、Cに任務懈怠はない。Cは損害賠償責任を負わない。

2、Dの責任

Dに任務懈怠があるか。

Dは、平成27年3月末に本件通報があった旨の報告を受けた。しかし、Dは、甲社において、そのような不正行為が生じたことがなかったこと、会計監査人からもそのような不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったこと、EがDの後任の営業部長であり、かつて直属の部下であったEに信頼を置いていたことから、本件通報には信憑性がないと考え、法務・コンプライアンス部門に対して調査を指示せず、他の取締役及び監査役にも知らせなかった。

しかし、Dは、法務・コンプライアンス部門の担当者である。とすれば、怪しい点があれば、コンプライアンスを重視し、何等かの調査をすべきであった。そして、不正行為が生じたことがなくとも、今後生じるおそれはあったこと、会計

監査人が不正を見逃す可能性があること、かつての部下であったことと不正を行わないことは何等の関係がないことを考えると、Dは何等かの調査をすべきであり、意思決定に不合理な点がある。

従って、Dには任務懈怠が認められる。

そして、Dが直ちに調査していれば、平成27年4月末以降の3000万円の支払いは停止できたことが認められる。とすれば、Dは3000万円の損害賠償責任を負う。

以上

- MEMO -

平成28年本試験分析会

民事系・第3問

平成28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、3：3：4）

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。

【事例】

Xは、設立後約30年が経つ「甲街振興会」という名称の法人格を取得していない団体であり、その代表者である会長は甲街の有力者であるZが務めていた。Xには規約が定められており、甲街で事業を営む者が、Xに書面で加入申請をすれば、Xの会員となるとされている。会員数は近年は100名程度で推移しており、会員名簿は毎年作成されているが、団体の運営に実質的な関心のない者も少なくない。総会員で構成する総会（定足数は総会員の過半数）があるほか、役員として、会長1名、副会長1名、監事2名が置かれている。役員は総会で選任され、会長がXを代表する権限を有するが、不動産など重要な財産の処分については総会の承認決議が必要とされ、出席者の3分の2以上の賛成が必要となる。

Xには、唯一の不動産として、Xの事務所として使用されている建物及びその敷地である土地（以下「本件不動産」という。）があるとされていた。これは、Xの活動が軌道に乗った頃、会長であるZがAとの間で売買契約を締結して購入したものであるが、Zは、「これはXのために購入したものであり、以後、本件不動産はXの事務所として使用する。」と公言していた。実際に、本件不動産はXの資産としてXの財産目録には計上されていたが、登記は代表者であるZの名義とされていた。本件不動産の固定資産税はZが納付していたが、Xは納税相当額をZに償還していた。

近年になり、長らくXの会長を務めていたZが高齢になってきたため、Xの内部においては、そろそろ会長を副会長であるBに交代すべきであると主張する勢力が台頭しつつあった。

そのような中、本件不動産についてYを抵当権者とする抵当権設定登記がされていることが判明した。Bが調査をしたところによると、この抵当権は、Zの子であるCに対する貸金3000万円を被担保債権とするものであり、Cは貸金債務の返済をしばしば遅滞していて、なお2000万円以上の債務が残存していることが分かった。そこで、Bは、Zに対して経緯の説明を求めた。これに対し、Zは、本件不動産はXの事務所として使用するために購入したものであるが、飽くまでも、事務所として利用させることだけが目的であり、その所有権はZ個人にあると主張した。さらに、一時期Cが貸金債務の返済を滞らせていたことがあるが、もう心配はないし、今後とも本件不動産をXに使用させるつもりであると説明した。

しかし、Bの調査によれば、Zの説明とは異なって、Cはその事業が行き詰まっているため、倒産しかねない状況にあるとの風評が立っており、ZがCを経済的に支えることも困難であろうと見込まれていた。

また、Bとしては、Zから何度となく本件不動産はXのために購入したものであると聞かされていたし、そのようなZの貢献が会員に評価されていたからこそ、Zは長年にわたり会長を務めることになったのであるから、本件不動産はXがAから購入したものであって、Zの所有であったと認めることはできないし、今後の活動資金の確保の観点からも、本件不動産はXにとって極めて重要な財産であり、何としても、Yの抵当権設定登記を抹消しなければならないと考えた。

そこで、Bは、Xの規約によれば、会長は「職務上の義務に違反し、又は職務を怠ったとき」には総会の決議によって解任することができることとされていることを確認した上で、規約に基づき臨時総会を開催し、Zの解任議案及びBの会長選任議案を提出した。

臨時総会の開催や運営に当たっては、Zやその支援者らの強い抵抗があったものの、両議案はいずれも賛成多数で可決された。

そこで、新たに会長に選任されたBは、本件不動産の問題を解決するため、知り合いの弁護士であるL1に相談した。

以下は、Bから依頼を受けた弁護士L1と司法修習生P1との間の会話である。

L1：Bから事情を聞きましたが、Yに対しては、抵当権設定登記の抹消登記手続請求と総有権確認請求をすることになりそうですね。Zに対しても訴えを提起する必要があるかどうかは、もう少しZの動向を見てから決めたいというのがBの意向のようですから、まずは、Yを被告として、どのような訴え提起の方法が考えられるかを検討してみましょう。

P1：Xは、権利能力のない社団とされる要件を満たしているといえそうですから、民事訴訟法第29条が適用され、当事者能力が認められるので、X自身が原告となってYに対する訴えを提起することができますと思います。その先は、登記手続請求訴訟になると、十分に勉強が進んでいませんので、よく分からないのですが。

L1：差し当たり、議論を単純化するために登記請求については考えることとせず、総有権確認請求訴訟を前提として議論しましょう。

P1：総有権確認請求訴訟の提起ということになると、最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁によれば、権利能力のない社団が原告となり、その代表者が不動産についての総有権確認請求訴訟を進行するには、その規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するとされています。したがって、本件不動産の総有権の確認を求めるためには、少なくとも、重要な財産の処分についての承認決議に必要な総会の出席者の3分の2以上の賛成に基づく授權が必要ということになりそうです。

L1：そうですね。ただ、Zの立場を支持する勢力もなお有力のようで、今後の動向によっては、3分の2以上の賛成を得ることは簡単ではないかもしれません。3分の2以上の賛成を得ることができないことも想定すると、他にどのような方法が考えられますか。

P1：その場合には、一般的には、構成員全員が原告となって訴えを提起することになるのではないのでしょうか。

L1：しかし、本件では、構成員の中にはZやその支持勢力がおり、彼らは訴えの提起に反対するかもしれません。そういった場合には、どのような対応策が考えられるか、検討する必要がありますね。

そこで、まずは、X自体を当事者とせずXの構成員がYに対して総有権の確認を求めるには、原則としてその全員が原告とならなければならないとされる理由について整理してください。

その上で、構成員の中に訴えの提起に反対する者がいた場合の対応策について検討してください。

さらに、訴訟係属後に甲街で事業を開始して新たに構成員となる者が現れる可能性があります。そこで、この場合の訴訟上の問題点について、まとめてみてください。その際は、その者がBに同調する場合としない場合とが考えられることを考慮してください。

【設問1】

あなたが司法修習生P1であるとして、L1から与えられた課題に答えなさい。

【事例(続き)】

BとL1は、検討を重ねた結果、Xを原告、YとZを被告として総有権確認請求の訴えを提起することとし、それと併せて登記手続請求の訴えも提起すると結論に至った。そこで、本件不動産はXの構成員の総有に属するとして、Xを原告とし、YとZとを共同被告として、本件不動産の総有権確認請求の訴えを提起し、併せてYに対しては抵当権設定登記の抹消登記手続請求の訴えを、Zに対してはZから現在の代表者であるBへの所有権移転登記手続請求の訴えを提起した。なお、Bは、他の会員を説得し、事前にこれらの訴え(以下、これらの訴えに係る訴訟を「第1訴訟」という。)の提起のために必要となる総会の承認決議を得た。

以下は、このような経緯で訴えを提起されたZから訴訟委任を受けた弁護士L2と司法修習生P2との間でされた会話である。なお、Xが原告となって登記手続請求の訴えを提起することの当否について検討する必要はない。

L2：Zは、そもそも、Z自身がXの会長の地位にあるのに、Bが会長であるかのように行動していることに不満があるようです。自らがXの会長の地位にあることを裁判で認めてもらいたいという要望は何かして受け止めてあげたいですね。第1訴訟において、Bを代表者として提起された訴えの適法性自体を争い、却下判決を求めることは当然ですが、それに加えて、第1訴訟の中で、自らが会長の地位にあることや解任決議が無効であることを確定させる判決を得ることができないかも検討した方がいいでしょう。

もともと、X内部での会長の選解任がいかなる場合に無効となるのかという実体的な問題については、ひとまず、解任事由が存在しないというZの言い分どおりの事実が認められれば、解任決議は無効となり、そうであるとすれば、規約上1名に限られる会長が既に存在する状況でされた新会長の選任決議も無効となる、という前提で検討を進めてみてください。

P2：分かりました。Zとしては、Zの解任決議が無効であること、及びZがXの会長の地位にあることの確認を求める訴えを提起することが考えられ、その場合、Xを被告とすることが適当であると思います。そして、第1訴訟の中で、Zが会長の地位にあり、自らの解任決議は無効であることを主張するわけですから、反訴として提起することが簡便だと思えます。

L2：そうですね。Zが、第1訴訟においてXを被告として反訴を提起するという前提で検討しましょうか。それから、Zの提起する反訴において、会長としての地位が争われることになるBがXの代表者として訴訟を進行することを認めてよいかという問題もありそうですが、差し当たり、この点は検討の対象から除外します。

P2：分かりました。

L2：検討をするに当たって1点確認をしておきたいのですが、本案の前提として判断される手続的事項については、独自の訴えの利益は認められないという考え方を聞いたことはありませんか。

P2：はい。そう言えば、最高裁判所昭和28年12月24日第一小法廷判決・民集7巻13号1644頁も、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不適法としていたと思います。本件では、会長の地位にあるかどうか争われているので、利益状況は似ているようにも思います。Zが提起する反訴も却下されてしまう可能性があるのでしょうか。

L2：少なくとも、そういう反論に備えておく必要はあるでしょうね。以上のことを踏まえた上で、Zが解任決議が無効であることやZがXの会長の地位にあることを確認する訴えを提起することについて訴えの利益が認められるという理由付けを具体的にまとめてみてください。それから、反訴として提起するということから、民事訴訟法第146条第1項所定の要件についての検討も念のために行っておいてください。

【設問2】

あなたが司法修習生P2であるとして、L2から与えられた課題に答えなさい。

【事例(続き)】

第1訴訟について審理がされた結果、XのYとZに対する請求はいずれも認容され、判決(以下「前訴判決」という。)は確定した。前訴判決の確定を受け、Yは、本件不動産について設定を受けていた抵当権は無効であり、損害を被ったなどとして、Zに対して、債務不履行に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。この訴訟(以下「第2訴訟」という。)において、Zは、「Aから本件不動産を買い受けたのは自分であり、抵当権設定契約時にも本件不動産を所有していたからYに対しても抵当権を有効に設定していて、登記も具備させたのであるから、債務不履行はない。」と主張した。

これに対し、Yは、「前訴判決において本件不動産がXの構成員の総有に属することが確認された以上、Zは、本件不動産はXの構成員の総有に属さず、Zの個人財産に属したと主張して損害賠償責任を免れることはできない、そうでなければ、Yは、第1訴訟においては本件不動産はXの構成員の総有に属するという理由で敗訴し、他方、第2訴訟においては本件不動産はZの個人財産に属するという相矛盾する理由によって二重に敗訴する危険を負うことになってしまい、不当である。」と主張した。

以下は、第2訴訟の審理を担当する裁判官Jと司法修習生P3との間でされた会話である。

J：本件はいろいろと問題がありそうですね。本件では、YはZに対して不法行為ではなく、債務不履行に基づいて損害賠償請求をしていますね。そもそも、本件のような事案において、債務不履行に基づく損害賠償請求が実体法上可能か否か等についても学説は分かれているようですが、私としては、抵当権設定契約の時ににおいて設定者が抵当権の目的物の所有権を有していなければ有効な抵当権を設定できず、その場合には、設定者は抵当権設定契約に基づく債務不履行責任を負うと理解したいと考えています。以下では、この理解を前提に民事訴訟法上の問題について検討してもらいます。相矛盾する理由によって二重に敗訴する危険を負わされるのは不当であるというYの主張は、既判力と関係しそうですから、裁判所の方でよく検討しておかないといけませんね。前訴判決の既判力によってこの問題を解決することができるかどうかについては、どう考えますか。

P3：本件の事実関係を前提とすると、前訴判決のうちXのYに対する総有権確認請求についてされた部分の効力がXの構成員の一人であるZにも及んでいると解する余地があるのでしょうか。

J：なるほど。①権利能力のない社団が当事者として受けた判決の効力は、当該社団の構成員全員に対して及ぶと述べる最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁があることは承知していますが、それを本件において援用することが適切かという点については、具体的に検討してみる必要があると思います。

P3：他方で、仮に前訴判決の既判力がZに及ぶことになるとしても、それが第2訴訟においてどのような意味を持つのか、今一つはっきりしないような気がします。

J：②確かに、本件不動産がXの構成員の総有に属していればZの所有には属しないということは、一物一権主義から当然にいえそうではありますが、しかし、前訴判決の既判力がいつの時点における権利関係の存否について生じているのかということとの関係で、第2訴訟におけるYとZの主張の対立点に関して前訴判決の既判力が作用し得るのかは、私も少し引っかかっているところなので、具体的に検討してみてください。

P3：既判力に基づく説明以外の説明によってYの主張を根拠付ける余地もあるかもしれませんが、そういった検討も必要でしょうか。

J：③それも検討していただきたいですね。ただ、既判力以外の根拠を用いようとする場合には、第1訴訟の段階でYとして採るべき何らかの手段があったのであれば、それをしなかったYが不利益を被ってもやむを得ないという反論も出てくるかもしれません。結論を限定するわけではありませんが、第1訴訟の段階でYとして採るべき手段があったかどうかという点にも触れながら、検討してみてください。

P3：なかなか大変な検討になりそうです。

J：前訴判決が存在するにもかかわらず、第2訴訟において本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断をすることができるのかを検討することが今回の課題です。なお、検討事項も多いので、差し当たり、前訴判決のうち登記手続請求についてされた部分を考慮に入れる必要はありません。では、頑張ってください。

〔設問3〕

あなたが司法修習生P3であるとして、下線部分①から③までに現れたJの問題意識についての検討結果を示しつつ、Jから与えられた課題に答えなさい。

- M E M O -

平成28年司法試験 民事系第3問 解答例

第1 設問1

1、総有権確認の訴えは固有必要的共同訴訟である理由

Xの構成員がYに対して総有権の確認を求めするには、原則として、その全員が原告とならなければならない。これは、総有権の確認が固有必要的共同訴訟とされることによる。

ここで、固有必要的共同訴訟とは、訴訟物に利害関係を有する一定範囲の者が全て共同訴訟人となってはじめて当事者適格が認められる共同訴訟をいう。

では、どのような紛争が固有必要的共同訴訟に当たるのか。

この点、民事訴訟が実体法上の権利関係を確定する手続であることに鑑み、まず第一次的に、①訴訟物たる権利関係が実体法上共同的に帰属するか否かによって決すべきである。但し、被告全員の把握が困難なケース等も想定できるので、②訴えの提起が容易か否かなどの訴訟法的観点も加味して判断すべきである。

ここで、総有権は、個々の権利者の持分も観念できず、分割請求権も認められない権利である。まさに、訴訟物たる権利関係が実体法上共同的に帰属するといえる。また、本件のような権利能力なき社団の場合、構成員が総有権者であり、構成員が誰であるかは把握できるはずなので、訴えの提起にさほどの困難はない。

従って、総有権確認の訴えは固有必要的共同訴訟である。

2、構成員の中に非同調者がいた場合

このような場合、訴え提起に同調しない者を被告に加えて訴えを提起することができるか。

総有権確認訴訟は固有必要的共同訴訟である。

そして、固有必要的共同訴訟の本質とは、当事者全員の手続保障をはかりつつ、裁判の矛盾を回避する点にある。とすれば、被告として手続に関与していれば、これらの趣旨を害することはない。また、非同調者がいる場合でも、他の入会権者の裁判を受ける権利（憲法32条）を保障する必要もある。

従って、非同調者を被告として訴え提起ができると解する。

3、新たに構成員となる者が現れた場合

(1) 訴え提起に同調している場合

新たな構成員も、権利能力なき社団の財産の総有権者となる以上、この者を原告として加えないと、総有権確認の訴えは却下となってしまう。そこで、新たな構成員を原告に加えるため、共同訴訟参加（52条）の手続をとる必要がある。そして、新たな構成員を共同訴訟参加させた以上、瑕疵は治癒される。

(2) 訴え提起に同調しない場合

新たな構成員を被告として加える必要がある。

まず、新たな構成員を主観的追加的に併合する手段が考えられる。

主観的追加的併合とは、訴訟の係属中に第三者が自ら当事者として既存の当事者に対し、あるいは既存の当事者から第三者に対し請求の併合審理を求める場合をいう。

しかし、本件のような主観的追加的併合を認める明文はない。一般論として、そもそも明文なき主観的追加的併合が認められるか。

この点、審理重複の回避や紛争の統一的解決を重視して肯定する説がある。

しかし、仮にこの併合形態を認めたとしても、新訴につき旧訴の資料を当然に利用できるとはいえず、必ずしも訴訟経済にかなうとはいえない。

また、第三者が追加的に訴訟に参入する方法としては、別訴提起の上弁論の併合（152条）を行うという方法が予定されており、それを使えばよい。

従って、明文なき主観的追加的併合は認められないので、新たな構成員に対し、別訴提起して弁論併合を求める手段しか存在しない。

ここで、弁論の併合は、裁判所の裁量によるが、本件のような場合、訴権保護のため裁判所の裁量は縮減し、特段の事情なき限り弁論の併合を認めないと違法となると解する。

第2 設問2

1、訴えの利益について

Zが提起する反訴に訴えの利益が認められるか。確認の訴えの利益の判断基準が問題となる。

訴えの利益とは、審判対象である特定の請求が、本案判決による争訟に適するかどうかの判断基準をいう。そして、確認の訴えは、その性質上、その対象が無限に拡大するし、強制執行を伴わないので紛争解決機能が弱い。そこで、訴えの利益を絞る必要がある。

この点、確認の利益は i) 確認対象の適否、ii) 即時確定の利益、iii) 方法選択の適否の3つの観点から判断すべきである。

本件では、解任決議が無効であり、ZがXの現在の会長の地位にあることという現在の法律関係に関する訴えであるので、i) 確認対象の適否を満たす。また、即時確定の利益とは、原告の権利あるいは法律関係につき危険不安が現存しており、その除去のため確認判決を得ることが必要かつ適切であることをいうが、Bが会長のように振る舞っており、Zが会長かBが会長かは二者択一の関係であり、Zが会長の地位にあるか否かを確認することで権利関係が確定することから、ii) 即時確定の利益も満たす。さらに、iii) 当該権利関係を確認することは、本訴の給付訴訟では既判力をもって確定することができず、本件反訴によって紛争の抜本的解決をはかることができることから、方法選択の適否の要件も満たす。従って、訴えの利益が認められる。

なお、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えが不適法となっていたのは、訴訟代理権の存否は、本案の審理の前提である以上、本案の審理の中で確定すべきであり、方法選択の適否の要件を欠くからである。一方、本件は、確かに会長の地位が問題となっており、会長の地位の有無は訴訟代理権の存否とも関わり合いがある。しかし、本件で会長の地位が問題になったのは、訴訟代理権の存否のみならず、そもそも会長の地位が実体法上、所有権移転登記手続請求の前提として確定させる必要があるからである。とすれば、本件に最高裁昭和28年12月24日判決の射程は及ばないと解される。

2、民訴146条1項所定の要件について

反訴の目的となった請求は他の裁判所の専属管轄に属さないし、また、訴訟の遅延も生じさせない（146条1項各号）。では、本訴の目

的である請求又は防御の方法と関連する請求を目的（146条1項）とするといえるか。

ここで、本訴の請求に関連するとは、本訴請求と反訴請求の権利関係を基礎づける法律関係または主たる事実が共通であることをいう。また、反訴請求が本訴請求の防御方法に関連するとは、本訴請求に対する抗弁事由と反訴請求の請求原因との間に、同様の共通性が認められることをいう。

本件の所有権移転登記手続請求においては、Bが会長であれば、当該請求が認容され、Zが会長であれば棄却される関係にある。会長の地位が登記保持権限と一致するからである。従って、本訴請求と反訴請求の権利関係を基礎づける法律関係または主たる事実が共通であるといえ、本訴の請求との関連性が認められる。

よって、本件反訴は適法である。

第3 設問3

1 ①について

権利能力なき社団が当事者として受けた判決の効力は、当該社団の構成員全員に対して及ぶとした判例は、本件第1訴訟の事案には射程が及ばない。以下その理由を述べる。

判決効の代表は既判力であるが、既判力とは、確定判決の判断内容に与えられる通用性ないし拘束力のことをいう。

既判力を認める趣旨は、①紛争の蒸し返しを 방지、紛争解決の実効性を担保するという必要性和、②手続保障が与えられた当事者が争ったなら、そのような拘束力に服させてもよいという許容性の二つにあ

る。

しかし、第1訴訟において、Xは本件不動産が総有財産だとして、Zは単独所有だとして争っていた。XY間の訴訟において、Zは手続保障が与えられていたとは必ずしもいえない。たまたまZがXの構成員だからという理由だけで、判決効をZに拡張することはできない。

2 ②について

第1訴訟の既判力は、第1訴訟の口頭弁論終結時における権利関係に関する事項について及ぶ。すなわち、第1訴訟の口頭弁論終結時において、本件不動産がX構成員の総有であることにつき既判力が生じている。しかしながら、抵当権設定契約時に本件不動産がX構成員の総有であることにつき既判力は生じていないのである。

ここで、抵当権設定が有効であり、抵当権設定登記も有効であるか否かは、抵当権設定契約時に本件不動産がZの個人所有であるか否かにかかっている。従って、第1訴訟の既判力を第2訴訟に作用させても、結論は左右されない。

3 ③について

第1訴訟の既判力が第2訴訟に及ばないとしても、YとZは共同被告として、Xと本件不動産の総有権の有無について実質的に争った以上、Zに対し、本件不動産がXの総有に属することについて何らかの効力を及ぼすべきでないか。まず、争点効理論を使えないか検討する。

争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ裁判所がこれを審理して下したその争点についての判決理由中の判断に生ずる

通用力をいう。

では、争点効を認めるべきか。

この点、判決理由中の判断に制度的な拘束力を認めてしまうと、当事者の自由な訴訟活動、裁判所の弾力的な審理を阻害することになる。これは、既判力を判決主文に限定することにより、当事者と裁判所の自由な活動を保障しようとした114条1項の趣旨に反する。また、争点効を生じさせるための要件が不明確であり、認めることによって訴訟手続の安定を害する恐れもある。

そこで、争点効は否定すべきである。

但し、理由中の判断の蒸し返しや、実質的に矛盾判決が出ることを防ぐために、個別具体的な事案において信義則の適用（2条）をはかっていくべきである。

しかし、Zに対し信義則の適用をはかる以上、Yも前訴においてなすべきことをなしている必要がある。

では、第1訴訟の段階で、YはZに訴訟告知（53条1項）をし、参加的効力（53条4項、46条）を及ぼすことができたか。参加的効力を及ぼすことができれば、Zは前訴の効力に服することになったので問題となる。

そして、YがZに訴訟告知できるか否かは、Zが補助参加できるか否かの問題なので、Zの補助参加の要件（42条）について検討する。

まず、「利害関係」の要件は、単なる経済的理由では不十分であり、訴訟の結果につき法律上の利害関係があることを意味する。なぜなら、経済的理由まで含めると訴訟が複雑化してしまうので、参

加人の範囲を限定する必要があるからである。

ここで、ZはXY間の訴訟の結果によっては、損害賠償請求される関係にあるので、Zには法律上の利害関係があるといえる。

次に、「訴訟の結果」とは何を意味するか。

この点、訴訟の複雑化防止の観点を重視して、訴訟物についての判断と解する見解もある。

しかし、参加人にとっては、他人間の攻撃防御方法についても利害関係を有する場合が多い。また、参加的効力をある程度広く認めることにより、紛争を一回的に解決できる。

従って、「訴訟の結果」とは、判決主文のみならず主要な争点についての理由中の判断をも含むと解する。

ここで、XY間の第1訴訟のうち抵当権抹消登記手続請求における主要な争点は、Zが抵当権設定契約当時、本件不動産がX構成員の総有であるかZの個人所有であるかである。そして、この結果次第では、ZはYから損害賠償請求を受ける立場にあるので、Zは訴訟の結果につき利害関係を有するといえる。

従って、YはZに訴訟告知できた以上、Zに対し、信義則上効力を及ぼすことはできない。

以上

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16550