

予備試験

平成29年 予備試験論文分析会

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 175065

LU17506

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。

【事実】

1. Aは、年来の友人であるBから、B所有の甲建物の購入を持ち掛けられた。Aは、甲建物を気に入り、平成23年7月14日、Bとの間で、甲建物を1000万円で購入する旨の契約を締結し、同日、Bに対して代金全額を支払った。この際、法律の知識に乏しいAは、甲建物を管理するために必要であるというBの言葉を信じ、Aが甲建物の使用を開始するまでは甲建物の登記名義を引き続きBが保有することを承諾した。
2. Bは、自身が営む事業の資金繰りに窮していたため、Aに甲建物を売却した当時から、甲建物の登記名義を自分の下にとどめ、折を見て甲建物を他の者に売却して金銭を得ようと企てていた。もっとも、平成23年9月に入り、親戚から「不動産を買ったのならば登記名義を移してもらった方がよい。」という助言を受けたAが、甲建物の登記を求めてきたため、Bは、法律に疎いAが自分を信じ切っていることを利用して、何らかの方法でAを欺く必要があると考えた。そこで、Bは、実際にはAからの借金は一切存在しないにもかかわらず、AのBに対する300万円の架空の貸金債権（貸付日平成23年9月21日、弁済期平成24年9月21日）を担保するためにBがAに甲建物を譲渡する旨の譲渡担保設定契約書と、譲渡担保を登記原因とする甲建物についての所有権移転登記の登記申請書を作成した上で、平成23年9月21日、Aを呼び出し、これらの書面を提示した。Aは、これらの書面の意味を理解できなかったが、これで甲建物の登記名義の移転は万全であるというBの言葉を鵜呑みにし、書面を持ち帰って検討したりすることなく、その場でこれらの書面に署名・押印した。同日、Bは、これらの書面を用いて、甲建物について譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記（以下「本件登記」という。）を行った。
3. 平成23年12月13日、Bは、不動産業者Cとの間で、甲建物をCに500万円で売却する旨の契約を締結し、同日、Cから代金全額を受領するとともに、甲建物をCに引き渡した。この契約の締結に際して、Bは、【事実】2の譲渡担保設定契約書と甲建物の登記事項証明書をCに提示した上で、甲建物にはAのために譲渡担保が設定されているが、弁済期にCがAに対し【事実】2の貸金債権を弁済することにより、Aの譲渡担保権を消滅させることができる旨を説明し、このことを考慮して甲建物の代金が低く設定された。Cは、Aが実際には甲建物の譲渡担保権者でないことを知らなかったが、知らなかったことについて過失があった。
4. 平成24年9月21日、Cは、A宅に出向き、自分がBに代わって【事実】2の貸金債権を弁済する旨を伝え、300万円及びこれに対する平成23年9月21日から平成24年9月21日までの利息に相当する金額を現金でAに支払おうとしたが、Aは、Bに金銭を貸した覚えはないとして、その受領を拒んだ。そのため、Cは、同日、債権者による受領拒否を理由として、弁済供託を行った。

【設問1】

Cは、Aに対し、甲建物の所有権に基づき、本件登記の抹消登記手続を請求することができるかどうかを検討しなさい。

【事実（続き）】

5. 平成25年3月1日、AとCとの間で、甲建物の所有権がCに帰属する旨の裁判上の和解が成立した。それに従って、Cを甲建物の所有者とする登記が行われた。

民 法

民法

6. 平成25年4月1日、Cは甲建物をDに賃貸した。その賃貸借契約では、契約期間は5年、賃料は近隣の賃料相場25万円よりも少し低い月額20万円とし、通常の使用により必要となる修繕については、その費用をDが負担することが合意された。その後、Dは、甲建物を趣味の油絵を描くアトリエとして使用していたが、本業の事業が忙しくなったことから甲建物をあまり使用しなくなった。そこで、Dは、Cの承諾を得て、平成26年8月1日、甲建物をEに転貸した。その転貸借契約では、契約期間は2年、賃料は従前のDE間の取引関係を考慮して、月額15万円とすることが合意されたが、甲建物の修繕に関して明文の条項は定められなかった。
7. その後、Eは甲建物を使用していたが、平成27年2月15日、甲建物に雨漏りが生じた。Eは、借主である自分が甲建物の修繕費用を負担する義務はないと考えたが、同月20日、修理業者Fに甲建物の修理を依頼し、その費用30万円を支払った。
8. 平成27年3月10日、Cは、Dとの間で甲建物の賃貸借契約を同年4月30日限り解除する旨合意した。そして、Cは、同年3月15日、Eに対し、CD間の甲建物の賃貸借契約は合意解除されるので、同年4月30日までに甲建物を明け渡すか、もし明け渡さないのであれば、同年5月以降の甲建物の使用について相場賃料である月額25万円の賃料を支払うよう求めたが、Eはこれを拒絶した。
9. 平成27年5月18日、Eは、Cに対し、【事実】7の甲建物の修繕費用30万円を支払うよう求めた。

〔設問2〕

CD間の賃貸借契約が合意解除された場合にそれ以後のCE間の法律関係はどのようなになるかを踏まえて、【事実】8に記したCのEに対する請求及び【事実】9に記したEのCに対する請求が認められるかどうかを検討しなさい。

解答のポイント

設問1は、Bを起点とした、二重譲渡事例において、一方の譲受人が所有権移転登記を具備したものの、その登記が、存在しない貸金債権を被担保債権とする譲渡担保を原因とするものであった場合における、両譲受人の優劣を問うものである。

177条の対抗関係を起点にしつつ、登記原因が譲渡担保であることを踏まえ、かつ、登記原因とされた譲渡担保が架空のものであることを指摘する必要がある。その上で、Cとしては、甲建物に譲渡担保権が設定されていることを知った上で、甲建物を購入しているので、譲渡担保権の負担付で甲建物を買ったと考えていること、そのことからすれば、被担保債権の弁済により、完全な所有権を取得できていることから、かかるCの信頼ないし、期待をいかにして保護を図るかが問題となる。

この点、Cが信頼しているのは、Aが譲渡担保権を有するという虚偽の外観であるため、94条2項の類推適用（AB間における通謀はないため、直接適用は出来ない。）が考えられる。もっとも、Aは、Bの言葉を鵜呑みにし、漫然と署名・押印しているが、Aは、法律知識が乏しかったため、かかる行為が、虚偽の外観作出を承認することについての認識はないため、虚偽の外観作出についての意図的な関与はなく、意図的な虚偽の外観作出とは質的に異なり、94条2項の単純な類推適用は認められない。他方で、Aの行為は、余りにも不注意なものとして、虚偽の外観作出についての積極的な関与をした場合と同視し得るほど重いものといえることから、調整機能としての110条もあわせて類推適用することにより、保護を図るとする構成が考えられる。最判平18.2.23/百選I〔第7版〕〔22〕も、真の権利者に、虚偽の外観作出についての積極的な関与や、知りながらあえて放置したという事実が認められない場合にも、それらと同視し得るほどの重い帰責性がある場合に、94条2項にあわせて、110条を類推適用することにより、相手方に無過失を要求して妥当な結論を図っている。

94条2項、110条の類推適用によった場合、Cが保護されるためには、無過失が要求されることとなるが、本件では、Cは譲渡担保が存在しないことを知らないことにつき、過失があったため、Cは保護されないこととなる。

設問2では、賃貸借契約が合意解除された場合における転貸借契約の帰趨、および存続するとした場合における法律関係の処理を問うている。

まず、賃貸借契約の合意解除は、転借人に対抗することができないという判例法理（大判昭9.3.7）を前提として、本問でも、特段の事情はないためCD間の解除はEには対抗できないことを指摘する必要がある。その結果、Cの明渡請求は認められないこととなる。

次に、Eに合意解除が対抗できないとした場合の、法律関係の処理が問題となる。この点については、CD間、DE間の賃貸借がそのまま存続とする考えと、もはや、Dは法律関係から離脱し、CE間の関係に集約するとの考えがある。法律関係の明確化の観点、及び、賃貸人の地位の移転に関する判例法理からすれば、後者のように考えるのが無難である。後者の考えによった場合には、賃料がいくらになるのかについて、CD間の合意した賃料、DE間の合意した賃料、相場価格のいずれかが考えられるが、DE間の合意は、両者の関係性に着目した合意であるため、CE間に拘束力を及ぼすのは妥当でないといえる。よって、CE間の賃料は、相場価格によることとなろう。もっとも、この点については、どの選択肢もあり得、それぞれがよって立つ価値判断のもと、利益衡量のすえ説得的に議論がなされていけばよいものと考えられる。

最後に、必要費償還請求権は、「直ちに」との文言上、すでにDに対する権利として発生しているとも考えられるが、同条の趣旨目的から、行使時期は支出者の選択に委ねられ、賃貸人が異なる者になった時点で、その者に請求することも許されることとなろう。

なお、CE間の関係につき、CD間の契約関係の拘束力が及ぶと考えた場合には、特約の効力から、必要費償還請求権も認められないこととなろう。

解答例

第1 設問1

- 1 CがAに対し、所有権に基づき本件登記の抹消登記手続を請求するには、Cに所有権があることを主張する必要がある。本件で、CはBから甲に譲渡担保が設定されていることを説明されている。譲渡担保は債権担保を目的としているにすぎないことを重視し、譲渡担保権者を完全な所有権者とせず設定者にも何らかの物権が帰属していると解する(担保的構成)ので、Cは担保権付きの所有権を取得していることとなる。そして、Cが平成24年9月21日に300万円及び利息に相当する金額を弁済供託(民法(以下、省略)494条)していることから、Aの譲渡担保権者の地位は消滅し、Cが甲の完全な所有権者となることをCは主張する。
- 2 これに対し、Aとしては、そもそも譲渡担保契約は存在しないのでCの弁済供託も意味のないものであることを主張するものと考えられる。
- 3 Aの反論に対し、Cは甲についての譲渡担保を原因とする登記を信頼して弁済供託したのであるから、94条2項、110条の類推適用によりAは譲渡担保契約が存在しないことをCに主張することはできないと主張すると考えられる。以下、94条2項、110条の類推適用ができるか検討する。
- 4 本件において、AはBと譲渡担保契約を設定した事実はないにもかかわらず、Aは譲渡担保設定契約書と譲渡担保を原因とする登記申請書にこれら書類の意味を理解しないまま漫然と署名押印をしている

こと、Aが書類を持ち帰ることなくその場で署名押印をしていることからして、Aはあまりに不注意であったといえる。しかし、意図的な行為とは質的に異なるため、94条2項だけでなく、AとCの利益調整のため110条をも類推適用しCに善意無過失を要求することが公平に適うといえる。そこで、94条2項、110条の類推適用という法的構成が妥当すると考える。本件では、Cは実際にはAが甲の譲渡担保権者であることを知らなかったので善意であるといえるが、知らなかったことにつき過失があるので94条2項、110条の類推適用はできない。よって、CのAに対する本件登記の抹消登記手続の請求は認められない。

第2 設問2

- 1 CのEに対する請求
 - (1) CのEに対する甲建物の明渡請求は認められるか。
 - ア Eは、Dとの間での転貸借契約に基づいて甲建物を占有している。そして、転貸借は、賃貸借契約を前提として成り立つものであるから、賃貸借契約が解除されれば、転貸借関係も終了するのが原則である。もっとも、転貸借契約の基礎とされた賃貸借契約の解除が、合意解除である場合には、賃貸人と転貸人の合意だけで転借人の権利を消滅させることは出来ないこと、また、398条の法意から、合意解除の効力は、転借人に対抗することができないと考えるべきである。
 - イ 本問でも、CD間の賃貸借契約は、合意解除であるので、Cは

● 最判平18.2.23/百選I[第7版][22] 参照

● 大判昭9.3.7

Eとの関係では、CD間の賃貸借契約の解除を主張することが出来ない。よって、Cの明渡請求は認められない。

- (2) CのEに対する賃料月額25万円の支払を請求することができるか。

ア まず、前提として、CD間の賃貸借契約の合意解除がEに対抗できない場合の処理が問題となる。この点に関しては、法律関係の簡明化、及び、賃貸人の使用収益させる債務は所有者であれば誰でも履行できるので、DはCとの契約関係から離脱し、その結果、DE間の転貸借契約関係は、CE間に移転することとなると考えるべきである。

そうすると、本問では、DE間の契約関係がCE間に移転する結果、CはEに対して、賃料月額15万円の限度で請求することができるにとどまることとなりそうである。

イ しかし、本問のDE間の転貸借関係における転賃料の設定は、DE間の従前の取引関係を考慮して、相場よりも安く設定された者である。このことからすれば、何ら取引関係のない、CE間においてもかかる転賃料の合意に拘束力を持たせるのは、当事者の合理的意思として妥当でない。

そこで、DE間の転賃料に関する合意は、CE間では拘束力が生じず、CE間の賃料は、相場価格の25万円となる。よって、CはEに対して賃料月額25万円の請求をすることができる。

かかる結論は、CD間の合意解除によって、Eに不測の不利益を与えるものとも思えるが、DE間の転貸借契約がDEの特殊な関係に応じたものであるところ、Dが契約関係から離脱している以上やむを得ないものというべきである。

2 EのCに対する請求

- (1) Eの請求は、甲建物の雨漏りの修繕費用、すなわち、建物を使用するに当たって通常必要となる費用たる「必要費」の支出の償還であり、必要費償還請求（608条1項）である。

- (2) 必要費償還請求であることからすれば、「直ちに」発生し、Eが修繕費用を支出した時点では、転貸人（賃貸人）は、Dであるため、必要費償還請求は、Dに対してしか認められないとも思える。

しかし、同条は、「できる」としか規定しておらず、これは、賃借人のリスク負担を回避する趣旨であるところ、賃借人の側から、そのリスクを感受することは差し支えない。

そこで、賃借人の側から、請求の時期を遅らせて、費用を支出した時点の貸主とは異なる、請求時点の貸主に対して、請求することも許されると考えるべきである。

- (3) 本問では、Eが必要費償還請求をした時点の貸主は、前述の通り、Cである。したがって、EはCに対して、30万円の必要費償還請求をすることができる。

以上

論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

【民法】		論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1	譲渡担保の法的構成について触れていること	27.1%	20.8%	52.1%
設問1	仮に事実2のとおり譲渡担保権が設定された場合、Cの主張として、弁済供託によりCが甲について完全な所有者となること	31.3%	14.6%	54.2%
設問1	AB間に通謀はないため、94条2項を直接適用することはできないことの指摘	45.8%	16.7%	37.5%
設問1	真の権利者の帰責性をもとに94条2項類推適用法理を類型化しようとする姿勢の元、答案を構成していること	58.3%	16.7%	25.0%
設問1	94条2項、110条の類推適用の主張の指摘	41.7%	12.5%	45.8%
設問1	94条2項に加えて、110条類推適用という法律構成を採る実質的な理由	27.1%	16.7%	56.3%
設問1	権利外観法律の要件である①外観の存在についてのあてはめ	64.6%	8.3%	27.1%
設問1	権利外観法理の要件である②帰責性についてのあてはめ	64.6%	8.3%	27.1%
設問1	権利外観法理の要件である③相手方の信頼についてのあてはめ	62.5%	6.3%	31.3%
設問2	賃貸借契約の合意解除は転借人には対抗することができないこと	91.7%	4.2%	4.2%
設問2	その理由として、398条、538条あるいは信義則などの法的根拠を示している	58.3%	12.5%	29.2%
設問2	転借人に対抗することができない結果、賃借人が契約関係から離脱することの指摘	60.4%	10.4%	29.2%
設問2	賃貸人たる地位がDからCに移転すること	52.1%	12.5%	35.4%
設問2	賃貸人たる地位の移転に伴って必要費償還請求権も移転するのかを賃貸借契約及び債権の性質を踏まえて検討している	29.2%	27.1%	43.8%
設問2	Cは、Eに対して賃料を25万円請求できるのか、15万円又は20万円の請求にとどまるのかという問題の所在の指摘	54.2%	31.3%	14.6%
設問2	必要費を賃借人が負担するというCD間の特約の拘束力がCE間にも及ぶかどうかの検討	43.8%	29.2%	27.1%
設問2	CがEに対して請求することができる賃料額について、DE間の転賃の内容にCが拘束されるかの検討	41.7%	33.3%	22.9%

設問2	雨漏りの修繕費用が必要費であり、608条1項が適用されることの指摘	50.0%	14.6%	35.4%
設問2	必要費償還請求権は、支出当時の賃貸人に限るのかを608条1項の文言・趣旨に照らして検討していること	20.8%	20.8%	58.3%
設問2	CE間の関係と論理的に整合する形で、EのCに対する請求の可否を判断していること	45.8%	37.5%	16.7%

※「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。

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. X株式会社（以下「X社」という。）は、会社法上の公開会社であり、株券発行会社ではない。X社は、種類株式発行会社ではなく、その発行可能株式総数は10万株であり、発行済株式の総数は4万株（議決権の総数も4万個）である。X社の事業年度は6月1日から翌年5月31日までであり、定時株主総会の議決権の基準日は5月31日である。
2. X社は、主たる事業である電子機器の製造・販売業は堅調であったが、業績拡大の目的で多額の投資を行って開始した電力事業の不振により多額の負債を抱え、このままでは債務超過に陥るおそれがあった。
そこで、X社は、この状況から脱却するため、電力事業を売却し、同事業から撤退するとともに、募集株式を発行し、債権者に当該募集株式を引き受けてもらうことにより負債を減少させる計画を立てた。
3. X社は、同社に対して5億円の金銭債権（弁済期平成28年7月1日）を有するA株式会社（以下「A社」という。）に対し、A社のX社に対する同債権を利用して、募集株式1万株を発行することとして（払込金額は5万円、出資の履行の期日は平成28年5月27日）、A社にその旨の申入れをしたところ、A社の了解を得ることができた。
なお、当該募集株式の払込金額5万円は、A社に特に有利な金額ではない。また、A社は、当該募集株式の発行を受けるまで、X社の株式を有していなかった。

商 法

【設問1】

X社がA社に対してX社の募集株式1万株を発行するに当たって、上記3のA社のX社に対する5億円の金銭債権を利用するには、どのような方法が考えられるか、論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、その方法を探る場合に会社法上必要となる手続についても、言及しなさい。

4. X社は、電力事業の売却及び上記3の募集株式の発行により負債額を減少し、債権者に対する月々の弁済額を減額することができたが、電力事業によって生じた負債が完全に解消されたわけではなかった。また、主たる事業においても、大口の取引先が倒産したことなどによって事業計画に狂いが生じ、新たに資金調達をする必要が生じた。そこで、X社代表取締役Yは、Yの親族が経営し、X社と取引関係のないZ株式会社（以下「Z社」という。）に3億円を出資してもらってX社の募集株式を発行することとした（払込金額は5万円、出資の履行の期日は平成29年2月1日）。ところが、X社において当該募集株式についての募集事項の決定をした後、Yは、Z社から、同社が行っている事業が急激に悪化したことにより、3億円を払い込むことができない旨を告げられた。Z社の払込みがされずに、当該募集株式の発行ができないこととなると、X社の財務状態に対する信用が更に悪化するだけでなく、払込みをすることができなかつたZ社の信用も悪化することが懸念された。そこで、YとZ社は、協議した上で、Z社がX社の連帯保証を受けて金融機関から3億円を借り入れ、これを当該募集株式の払込金額の払込みに充てるとともに、当該払込金をもって直ちに当該借入金を弁済することとした。
5. Z社は、平成29年2月1日、X社の連帯保証を受けて、金融機関（X社が定めた払込取扱機関とは異なる。）から3億円を借り入れ、同日、当該3億円をもって当該募集株式の払込金額の払込みに充て、X社は、Z社に対して、当該募集株式6000株

商 法

を発行した。

なお、当該募集株式の払込金額5万円は、Z社に特に有利な金額ではない。また、Z社は、当該募集株式の発行を受けるまで、X社の株式を有していなかった。

6. X社は、平成29年2月2日、当該払込金をX社の預金口座から引き出して、上記5のZ社の借入金債務を弁済した。

7. その後も、Z社の事業の状態は、悪化の一途をたどった。Z社の債権者であるB株式会社（以下「B社」という。）は、このままではZ社から弁済を受けることができなくなることを危惧し、Z社の保有する上記5のX社の株式をもって、Z社のB社に対する債務を代物弁済するよう求め、Z社もこれに応ずることとした。

そこで、平成29年5月29日、Z社は、B社に当該株式の全部をもって代物弁済し、また、B社は、当該株式について、X社から株主名簿の名義書換えを受けた。

〔設問2〕

- (1) 上記5の募集株式の発行に関して、X社の株主であるCが、Y及びZ社に対して、会社法上どのような責任を追及することができるか、その手段を含めて論じなさい。
- (2) 上記7の代物弁済を受けたB社は、X社の定時株主総会において、当該株式につき議決権を行使することができるか、論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、上記5の募集株式の発行の効力についても、言及しなさい。

解答のポイント

設問1については、X社のA社に対する株式払込請求権を自働債権として、A社のX社に対する金銭債権を受働債権とする相殺が認められるか検討することとなる。すなわち、208条3項との関係で発行会社側から行う相殺が認められるかが問題となる。この問題について、同項の文言上制限されていないことから、発行会社側から行う相殺を認める見解も認める一方で、207条9項5号によるデット・エクイティ・スワップが認められる以上は、それ以外の相殺は認められないとする見解もある（論点体系2128頁以下、江頭[第6版]759頁以下、新基本コンメ1[第2版]425頁以下参照）。もっとも、199条1項3号より、募集株式の発行についての払込みについて現物出資が認められることを前提としている。そして、207条9項5号は現物財産が募集株式引受人の会社に対する弁済期到来済みの金銭債権である場合には、当該金銭債権について募集事項として定められた価額が当該金銭債権に係る負債の帳簿価額を超えない限り、検査役の調査を要しないとしている。ゆえに、会社法はこの場合には資本の充実が害されることがないとみてよい。そうだとすると、相殺時に、受働債権となる金銭債権の弁済期が到来していない場合にも、207条1項ないし8項の検査役の調査という手続を経れば、資本の充実が害されないこととなるとして、相殺が認められると考えることができよう。

いずれの立場をとるにせよ208条3項の趣旨を踏まえた上、論述することが求められていると考えられる。

設問2(1)については、X社が行った募集株式発行についてのZ社の払込みが見せ金に当たること論じた上で、当該株式の発行を行った募集株式の引受人Z社及び取締役Yに対する責任追及の可否を検討することとなる。まず、Z社の行った払込みが見せ金に当たるかどうかは、借入金を返済するまでの期間の長短、払込金が会社資金として運用された事実の有無、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総合的に観察して判断すべきである。そして、本件払込みが見せ金に当たった場合、Z社に対しては213条の2第1項に基づいて責任追及をすることができるかを検討することとなる。また、取締役Yに対しては213条の3第1項に基づいて責任追及をすることができるかを検討する。

本件では、X社の株主であるCが責任追及の主体であることから、株主代表訴訟（847条1項）を通じて上記の責任追及を行うこととなる。213条の2第1項については、「212条第1項」と明文から明らかである。一方で、213条の3第1項については、「役員等…の責任を追及する訴え」にあたり、いずれも株主代表訴訟の対象とされている（一問一答[第2版]157頁以下）。

なお、Yに対する責任追及としては、423条1項に基づく損害賠償責任の追及の可否も検討することができるが、本件との関係では、第一次的には213条の3第1項に基づく責任追及の可否を検討すべきである。

設問2(2)については、まず、B社が基準日前の株主（124条1項）であることを確認すべきである。その上で、仮払込みに基づく株式発行の効力、及び、B社の議決権の行使の可否を論じることとなる。前者については、平成26年改正によって定められた209条1項及び同条2項、213条の2第1項が、仮払込みに係る株式については失権が生じずに成立していることを前提としているものと考えるのが自然との指摘がある（事例で考える会社法[第2版]44頁）。また、後者については、209条3項を指摘した上で、B社の議決権行使の可否を論じるべきである。

— M E M O —

解答例

第1 設問1

1 X社が、A社のXに対する5億円の金銭債権を利用する方法としては、XのA社に対する株式払込請求権を自働債権とし、AのX社に対する金銭債権（以下「本件債権とする。」と相殺をすること（以下「本件相殺」とする。）が考えられる。もっとも、本件相殺は、会社法（以下略）208条3項に反しないかが問題となる。

2 ここで、同項の文言上、募集株式の引受人による出資履行債務と発行会社に対する債権との相殺は制限されているが、発行会社側からの相殺は禁止されていない。

また、同項の趣旨は、資本充実の要請の表れであるところ、207条9項5号は、現物出資財産が募集株式の引受人の会社に対する弁済期の到来した金銭債権である場合には、明示的に、検査役の調査を要しないとしている。そうすると、会社法は、この場合には資本充実が害されるおそれがないと考えているものとみることができる。そして、弁済期が到来していない金銭債権についても、検査役の調査を経れば（207条9項5号）、発行会社側からの相殺を認めたとしても、資本充実の要請が害されるおそれはなく、208条3項の趣旨に反することはないといえる。したがって、弁済期が到来していない金銭債権についても、検査役の調査を経れば、発行会社は、株式払込請求権を自働債権とし、募集株式の引受人

が発行会社に対して有する金銭債権を受働債権と相殺することは認められると考える。

3 本件において、A社がX社に対して有している5億円の金銭債権の弁済期は平成28年7月1日であり、本件募集株式発行の払込期日である同年5月27日時点では同債権の弁済期は到来していない。

したがって、X社としては、207条1項ないし8項の検査役の調査を経れば、本件相殺は認められる。

第2 設問2(1)について

1 Z社に対する請求について。

(1) 本件においては、Cが「六箇月……前から引き続き株式を有する株主」であれば、株主代表訴訟を通じて（847条1項）、213条の2第1項1号の責任を追及することが考えられる。では、そもそも本件において、Z社が「払込みを仮装した」といえるか。一応、X社とZ社の間に資金の移動があることから問題となる。

(2) 形式的には現実に資金の移動があるとしても、実質的に全体としてみれば払込みを仮装するための一連の行為といえる場合には、会社財産を形成しているとはいえないことから、当該払込みは無効となると考えるべきである。ただし、払込みを仮装する意図は、会社の内心の問題にすぎないから、その判断を明確にする必要がある。そこで、当該

払込みが「払込みを仮装した」に当たるかは、借入金を返済するまでの期間の長短、払込金が会社資金として運用された事実の有無、借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無などを総合的に考慮して判断すべきである。

- (3) 本件においては、Z社の払込みがなされた平成29年2月1日の翌日である同月2日には、当該払込金はZ社の金融機関に対する借入債務の弁済に用いられており、借入金を返済するまでの期間は極めて短い。また、X社において当該払込資金が運用されたことはない。さらに、当該債務の返済によってX社の手元には払込み資金が残らなくなっており、資金調達の目的は達成できなくなっているといえる。このような事情に鑑みれば、本件払込みの当初から真実の株式の払込みとして会社資金を確保する意図がなかったと評価することができる。よって、Z社が行った払込みは「払込みを仮装した」に当たる。

- (4) 以上より、Cは上記責任の追及をすることができる。

2 Yに対する請求について。

本件において、Cは株主代表訴訟を通じて、Yに対して、213条の3第1項の責任を追及することが考えられる。

ここで、YとZ社は、協議の上で上記払込みを行っているのであるから、Yは、「出資の履行を仮装することに関与した取締役」に該当する。

よって、Cは上記責任の追及をすることができる。

第3 設問2(2)について

- 1 本件において、B社はZ社から譲渡を受けた株式につき議決権を行使することができるか。

- 2 そもそも、上述のような仮装払込みに基づいて発行された株式は、有効に成立しているといえるか。

209条2項及び同条3項、213条の2第1項は、その規定ぶりからして、仮装払込みによって発行された株式は引受人の下で有効に成立していると考えべきである。

よって、本件募集株式の発行は有効である。

- 3 では、B社は、X社の定時株主総会において、本件募集株式につき議決権を行使することができるか。

Bは本件募集株式の引受人であるZ社から「募集株式を譲り受けた者」(209条3項)に該当する。また、BはX社の定時株主総会の議決権の基準日より前の時点である平成29年5月29日の段階で株主名簿の書換えを受けている(124条1項)。

よって、上述のような仮装払込みにつき「悪意又は重大な過失(209条3項本文)」がない限り、本件「募集株式についての株主の権利を行使することができる」(同項本文)。

以上より、本件株式につき議決権を行使することができる。

以上

論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

	【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	208条3項(出資の履行の相殺の規定)との関係で募集株式発行会社側から行う相殺が認められるかの検討	14.6%	10.4%	72.9%
設問1	208条3項の文言上募集株式発行会社側から行う相殺が制限されていないことの指摘	8.3%	2.1%	87.5%
設問1	207条(金銭以外の財産の出資の規定)9項5号の想定する場面との比較	33.3%	18.8%	45.8%
設問1	X社は207条に定める検査役の調査の手続を経る必要があることの指摘	60.4%	6.3%	31.3%
設問2(1)	Z社の行った払込みが見せ金に当たるかどうかの検討	70.8%	18.8%	8.3%
設問2(1)	Yに対する213条の3(出資の履行を仮装した場合の取締役等の責任)第1項に基づく責任追及の可否の検討	70.8%	8.3%	16.7%
設問2(1)	Z社に対する213条の2第1項に基づく責任追及の可否の検討	72.9%	6.3%	18.8%
設問2(1)	Z社及びYに対し、株主代表訴訟(847条1項)を通じて責任追及することの指摘	70.8%	18.8%	8.3%
設問2(1)	Yに対する423条1項に基づく責任追及の可否の検討	37.5%	12.5%	47.9%
設問2(2)	B社が基準日前の株主(124条1項)であることの指摘	35.4%	4.2%	58.3%
設問2(2)	仮装払込みに基づく株式発行の有効性についての検討	66.7%	22.9%	8.3%
設問2(2)	209条1項, 2項, 213条の2第1項が仮装払込みに係る株式について失権が生じず成立していることの指摘	27.1%	12.5%	58.3%
設問2(2)	209条(株主となる時期)3項本文の指摘	16.7%	10.4%	70.8%
設問2(2)	209条3項ただし書の主観面についての当てはめ	12.5%	14.6%	70.8%

※「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、1：1)

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】

Yは、甲土地の所有者であったが、甲土地については、Aとの間で、賃貸期間を20年とし、その期間中は定額の賃料を支払う旨の賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結しており、Aはその土地をゴルフ場用地として利用していた。その後、甲土地は、XとYとの共有となった。しかし、甲土地の管理は引き続きYが行っており、YA間の本件賃貸借契約も従前どおり維持されていた。そして、Aからの賃料については、Yが回収を行い、Xに対してはその持分割合に応じた額が回収した賃料から交付されていた。

ところが、ある時点からYはXに対してこれを交付しなくなったので、Xから委任を受けた弁護士LがYと裁判外で交渉をしたものの、Yは支払に応じなかった。そこで、弁護士Lは、回収した賃料のうちYの持分割合を超える部分についてはYが不当に利得しているとして、Yに対して不当利得返還請求訴訟を提起することとした。

なお、弁護士Lが確認したところによると、Aが運営するゴルフ場の経営は極めて順調であり、本件賃貸借契約が締結されてからこの10年間本件賃貸借契約の約定どおりに賃料の支払を続けていて、これまで未払はないとのことであった。

〔設問1〕

下記の弁護士Lと司法修習生Pとの会話を読んだ上で、訴え提起の時点では未発生である利得分も含めて不当利得返還請求訴訟を提起することの適法性の有無について論じなさい。

弁護士L：今回の不当利得返還請求訴訟において、Xは、何度も訴訟を提起したくないということで、この際、残りの賃貸期間に係る利得分についても請求をしたいと希望しています。そうすると、訴え提起の時点では未発生である利得分についても請求することになりますが、何か問題はありそうですか。

修習生P：そのような請求を認めると、相手方であるYに不利益が生じてしまうかもしれません。特に口頭弁論終結後に発生する利得分をどう考えるかが難しそうです。

弁護士L：そうですね。その点にも配慮しつつ、今回の不当利得返還請求訴訟において未発生分の利得分まで請求をすることが許されないか、検討してみてください。

【事例（続き）】

弁護士Lは、Xと相談した結果、差し当たり、訴え提起の時点までに既に発生した利得分の合計300万円のみを不当利得返還請求権に基づいて請求することとした。

これに対し、Yは、この訴訟（以下「第1訴訟」という。）の口頭弁論期日において、Xに対して有する500万円の貸金債権（以下「本件貸金債権」という。）とXの有する上記の不当利得返還請求権に係る債権とを対当額で相殺する旨の意思表示をした。

第1訴訟の受訴裁判所は、審理の結果、Xの不当利得返還請求権に係る債権については300万円全額が認められる一方、Yの本件貸金債権は500万円のうち450

民事
訴訟法

**民事
訴訟法**

万円が弁済されているため50万円の範囲でのみ認められるとの心証を得て、その心証に従った判決（以下「前訴判決」という。）をし、前訴判決は確定した。

ところが、その後、Yは、本件貸金債権のうち前訴判決において相殺が認められた50万円を除く残額450万円はいまだ弁済されていないとして、Xに対し、その支払を求めて貸金返還請求訴訟（以下「第2訴訟」という。）を提起した。

〔設問2〕

第2訴訟において、受訴裁判所は、貸金債権の存否について改めて審理・判断をすることができるか、検討しなさい。

解答のポイント

第1 設問1では、特に将来請求の訴えの利益が問題となる。

もっとも、将来給付の訴えは、口頭弁論終結時までに履行すべき状態にない（履行期の到来していない）ものである（長谷部由起子「民事訴訟法」岩波書店・132頁）。本件では、「訴え提起の時点では未発生である」分を請求することの適法性が問われているから、一応、(1)訴え提起の時点では未発生であるが口頭弁論終結時には履行期が到来し、請求権が発生する分と、(2)訴え提起の時点では未発生であり、かつ口頭弁論終結時にも履行期が到来せず未発生である分とに分けて検討する必要がある。

- 1 まず(1)部分については、前述の定義から現在給付の訴えであるといえる。ゆえに、現在給付請求であることを簡潔に指摘し、訴えの利益が肯定されるとしてよい。
- 2 次に、(2)部分については、口頭弁論終結時において未だ履行期の到来していない請求権であって、将来給付の訴えにあたる。ゆえに、その訴えの利益ないし適法性をいかに解するかが問題となる。

ここで、将来給付の訴えの利益の内容としては、135条上の明文の要件である②「あらかじめその請求をする必要」（事前請求の必要性）に加え、①請求適格も要求されるとするのが一般的である。もっとも、本問では「相手方であるYに不利益が生じてしまうかもしれません」という弁護士Lの示唆がある。そこで、要件①が特に相手方Yの不利益に配慮したものであるという点をきちんと述べておく必要がある。

その上で、①請求適格の判断基準として、最判昭56.12.16・百選〔22〕事件が示した三要件を前提に、期間20年の賃貸借契約が締結されていること、Yが10年間賃料を支払ってきていること、などの具体的事実当てはめていくことになる。その際、最判平24.12.21・H25重判〔2〕の判示事項が参考になる。

また、②事前請求の必要性についても、考慮要素を示した上で、Yが支払を拒絶しているという具体的事情を考慮し、認定する必要がある。

第2 設問2では、前訴で相殺の抗弁に供した債権について、後訴で改めて審理・判断をすることができるかが問題となる。

- 1 まずは、前訴判決による既判力の範囲について確認する必要がある。その際には、相殺の抗弁に対する既判力の範囲について規定する114条2項について、どの部分に既判力が生じるのかに注意して論述を進める必要がある。
- 2 次に、前訴判決の既判力が第2訴訟にどのように作用するか、検討しなければならない。この段階で、第2訴訟でYが請求する450万円のうち、前訴判決の既判力が作用する部分については、既判力の消極的効力により、裁判所の審理・判断が排斥されることを説明すべきである。
- 3 前訴判決の既判力が作用しない部分についても、一部請求訴訟における残部請求の可否に関する議論を参考にしながら、信義則との抵触関係について論述することが求められる。なお、反対債権の不存在を理由として相殺が排斥された場合について、反対債権全額に既判力が生じると考える説や反対債権の発生原因事実について争点効が生じると考える説もあるため、各自の立場から説得的な論述ができていれば同様に評価されると思われる。（高橋宏志「重点講義民事訴訟法上巻」（第2版補訂版）有斐閣・640頁）

解答例

第1 設問1

1 口頭弁論終結時に履行期が到来している利得金の請求

当該請求は、口頭弁論終結時に履行期が到来しているものだから、現在給付請求である。ゆえに既に履行期の到来した請求権の存在の主張のみで訴えの利益が肯定される。

2 口頭弁論終結後に履行期が到来する利得金の請求

かかる請求は、口頭弁論終結時に未だ履行期の到来していない請求権を対象とするものであり、将来給付の訴え（民事訴訟法（以下、法令名略）135条）に当たる。

そして、将来給付の訴えの利益を認めるためには、②具体的事実において「あらかじめその請求をする必要」性（事前請求の必要性）とともに、①請求適格が要求される。将来の執行のために事前に債務名義を与えるという将来給付の訴えの特徴からすれば、原告に債務名義取得という利益を得させ、一方で被告には請求異議における起訴負担を課しても不当でないといえるほど、請求権発生の蓋然性があり、その内容も確定していることが必要だからである。

(1) まず、①請求適格は、④請求権の基礎となるべき事実関係・法律関係が既に存在し、その継続が予測され、⑥請求権の成否等につき債務者に有利な事情の変動があらかじめ明確に予測しうる事由に限られ、③請求異議によつてのみ執行を阻止しうるという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない場合に認められる。

本件についてみると、YA間においては、XYの共有地をAに

● 講義案[三訂版]71頁

● 大阪国際空港事件／最大判昭56.12.16／百選 [第5版] [22]

賃貸するという法律関係が存在し、その賃料全てをYが収受しているという事実関係も存在する。また、上記契約の賃貸期間は20年と長期であり、ゴルフ場用地という契約の性質上、容易に借り替えることも考えにくい。さらに、Aのゴルフ場経営は極めて順調で、10年間約定どおりの賃料が支払われている。そうすると、基礎となる法律関係・事実関係の存在と継続が予測されるといえる(④)。また、Yにとって有利な事情の変動は、本件賃貸借契約の終了やXY間の持分移転など予め明確に予測しうる事由に限られる(⑥)。さらに、このような事情の変動についてYはこれを容易に証明しうるから、請求異議における起訴責任を課しても格別不当ではない(③)。

(2) また、②事前請求の必要性は、任意の履行が期待できないと判断される事情がある場合に認められるところ、Yは返還義務について明確に争っており、これも肯定される。

3 したがって、Xの請求には訴えの利益があり、適法である。

第2 設問2

1 第2訴訟において、受訴裁判所は、貸金債権の存否について改めて審理・判断をすることができない。以下、詳述する。

2 まず、前訴判決による既判力の客観的範囲について確認する。

第1訴訟の受訴裁判所は、審理の結果、Xの不当利得返還請求権にかかる債権について300万円全額を認める一方、Yが相殺に供した本件資金債権については500万円のうち450万円が弁済に

● 最判平24.12.21／H25重判 [2]

より消滅しているとして50万円の範囲で認められるとの心証を得て、これに従った判決をしている。そうすると、前訴判決によって、Xの請求債権のうち250万円部分の存在及び50万円部分の不存在(114条1項)、Yの本件貸金債権のうち相殺をもって対抗した300万円部分について不存在(114条2項)を内容とする既判力が発生したものといえる。Yの本件貸金債権のうち残部の200万円部分については、既判力は生じない。

3 次に、第2訴訟において、前訴判決の既判力がどのように作用するか検討する。

(1) 第2訴訟でYが請求する450万円のうち、Yが第1訴訟で相殺をもって対抗した250万円部分については、前訴判決でその不存在が確定しているため、その既判力が消極的に作用する。すなわち、第2訴訟の受訴裁判所は、上記250万円部分が不存在との判断に反する当事者の主張・証拠申出を排斥しなければならない。

(2) 残りの200万円部分については、前訴判決の判断内容に含まれず、既判力は作用しない。

4 しかし、第2訴訟で残りの200万円を請求することは、実質的蒸し返しであり信義則に反して許されないというべきである。

(1) 相殺の抗弁には、抗弁でありながらそれ自体訴訟物となり得る反対債権を持ち出すという特殊性がある。すなわち、相殺の抗弁は、その債権自体を訴訟物として審理した場合と同じ審理を当事者・裁判所に求めるものである。そうすると、前訴で債権の一部

を相殺に供し、これが一部棄却された場合に、後訴で棄却部分も含めて請求することは、数量的一部請求に対する一部棄却判決がされた場合と同様の問題状況であるといえる。

(2) ここで、数量的一部請求は、債権の特定の一部を請求するものではないから、その判断に際しては、おのずから債権の全部について審理することが必要になる。すなわち、数量的一部請求に対する一部棄却判決は、上記のような債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、認容部分を除く残部についても存在しないとの判断を示すものにほかならない。

そうすると、一部棄却判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で審理判断された結果、認められなかった請求を蒸し返すものである。これは、前訴確定判決によって債権全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待にも反する。

(3) 以上からすれば、前訴で債権の一部を相殺に供し、これが一部棄却された場合に、後訴で棄却部分も含めて請求する本件のような場合も、前訴で債権全部について審理判断された結果を実質的に蒸し返すものといえる。これは、前訴で弁済の事実等を含め攻撃防御を尽くした被告Xの紛争解決期待にも反する。ゆえに、受訴裁判所は、貸金債権の存否について改めて審理・判断をすることはできない。

以上

● 重点講義・上[第2版補訂版]
640頁

● 最判平10.6.12/百選 [第5版] [80]

論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

【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	将来給付の訴えの意義(135条)	70.8%	22.9%	4.2%
設問1	口頭弁論終結時までに履行期が到来する分については現在給付の訴え、それ以後が将来給付の訴えであること	52.1%	14.6%	29.2%
設問1	①請求適格及び②「あらかじめその請求をする必要」(135条)が必要であること	70.8%	20.8%	6.3%
設問1	上記①と②の関係	22.9%	31.3%	43.8%
設問1	継続的不法行為の事案である大阪国際空港の射程が本件にも及ぶかの検討	22.9%	16.7%	58.3%
設問1	①請求適格について、3要件を大阪国際空港事件判決を参考に提示していること	52.1%	27.1%	18.8%
設問1	「あらかじめその請求をする必要」の解釈として、義務者の態度(争う姿勢)等の考慮要素・判断基準の提示	45.8%	31.3%	20.8%
設問1	請求権の基礎となる事実・法律関係として、甲土地共有かつYが賃料全額収受、XY・A賃貸(期間20年)、賃料10年支払継続	70.8%	18.8%	6.3%
設問1	Yにとって有利な事情の変動として、本件賃貸借契約の終了、XY間の持分移転が挙げられること	31.3%	35.4%	31.3%
設問1	Yに請求異議の訴えによる起訴責任を課しても不当でないことの具体的な説明	47.9%	22.9%	27.1%
設問1	YはLとの裁判外での交渉でも支払に応じず、争う姿勢を示していることの摘示・評価	54.2%	25.0%	18.8%
設問2	114条2項の指摘及び同条項の趣旨	68.8%	27.1%	2.1%
設問2	114条2項で既判力が生ずる範囲	68.8%	25.0%	4.2%
設問2	本件貸金債権のうち、相殺をもって対抗した額である300万円の不存在についてのみ既判力が生ずることの指摘	45.8%	25.0%	27.1%
設問2	既判力の消極的作用により、後訴のうち、250万円分については排斥されること	37.5%	27.1%	33.3%
設問2	残り200万円部分については、既判力は作用しないこと	56.3%	20.8%	20.8%
設問2	相殺の抗弁は、抗弁でありながら、それ自体訴訟物となり得る反対債権を持ち出すものであるという特殊性	33.3%	16.7%	47.9%

設問2	第1訴訟と第2訴訟で、本件貸金債権の存否に関する審理が重複し、裁判所・当事者に負担となること	50.0%	18.8%	29.2%
設問2	前訴判決は、本件貸金債権のうち50万円部分を除く本件貸金債権の残額450万円の不存在を意味すること	41.7%	37.5%	18.8%
設問2	残り200万円部分について請求することは実質的な紛争の蒸し返しとなること	62.5%	14.6%	20.8%
設問2	数量的一部請求に対する(一部)請求棄却判決がされた場合と問題状況が共通することの指摘	22.9%	20.8%	54.2%
設問2	残り200万円部分について、争点効理論での処理	20.8%	8.3%	68.8%

※「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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17506