

予備試験

平成30年 予備試験論文分析会

商法・民事訴訟法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 186047

LU18604

商 法

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、トラックによる自動車運送事業を主たる目的とする会社法上の公開会社であり、かつ、監査等委員会設置会社である。甲社は種類株式発行会社ではなく、平成24年から平成29年5月31日までの間、その発行済株式の総数は100万株であった。甲社は、近い将来その発行する株式を金融商品取引所に上場する準備を進めており、その発行する株式について、100株をもって1単元の株式とする旨を定款で定めている。なお、甲社には、単元未満株主は存在せず、また、会社法第308条第1項括弧書き及び第2項の規定により議決権を有しない株主は存在しない。
2. 甲社の定款には、監査等委員である取締役の員数は3名以上5名以内とすること、事業年度は毎年4月1日から翌年3月31日までの1年とすること及び毎年3月31日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもってその事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とすることが定められている。
3. 甲社の監査等委員である取締役は、社内出身者A、甲社の主要取引先の一つである乙株式会社の前会長B及び弁護士Cであり、いずれも平成28年6月29日に開催された定時株主総会において選任された。なお、B及びCは、社外取締役である。
4. Dは、平成24年から継続して甲社の株式1万株を有する株主として株主名簿に記載されている。Dは、甲社の株式の上場には財務及び会計に関する知見を有する社外取締役を選任することなどによるコーポレート・ガバナンスの強化が必要であると考え、AからCまでに加えて、新たに監査等委員である取締役を選任するための株主提案をすることとした。Dは、平成29年4月10日に、甲社の代表取締役Eに対し、監査等委員である取締役の選任を同年6月末に開催される定時株主総会の目的（以下「議題」という。）とすること及び公認会計士Fを監査等委員である取締役に選任する旨の議案の要領を定時株主総会の招集通知に記載することを請求した。
5. 他方で、甲社は、トラックによる運送需要の増加によって、その業績が好調な状況にあったことから、迅速かつ積極的に事業の拡大を図ることとし、これに必要なトラックの購入や駐車場用地の確保のための資金に充てる目的で、平成29年5月8日に取締役会の決議を経た上、募集株式の数を20万株、募集株式の払込金額を5000円、募集株式の払込みの期日を同年6月1日、甲社の主要取引先の一つである丙株式会社（以下「丙社」という。）を募集株式の総数の引受人として、募集株式を発行した。この募集株式の払込金額は丙社に特に有利な金額ではなく、また、その発行手続に法令違反はなかった。そして、甲社は、丙社からの要請もあり、この募集株式20万株について、丙社を同月29日に開催する定時株主総会における議決権を行使することができる者と定めた。
6. 甲社は、平成29年6月29日に開催した定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）の招集通知に上記4の議題及び議案の要領を記載しなかった。

【設問1】

株主Dから上記4の請求を受けた甲社が本件株主総会の招集通知に上記4の議題及び議案の要領を記載しなかったことの当否について、論じなさい。なお、甲社の定款には、株主提案権の行使要件に関する別段の定めはないものとする。

商 法

7. 甲社の監査等委員である取締役としてのBの報酬等は、1年間当たり金銭報酬として600万円のみである。また、Bは、甲社の監査等委員である取締役に就任するに当たり、定款の定めに基づき、会社法第423条第1項の責任について、Bが職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、同法第425条第1項の最低責任限度額を限度とする旨の契約を甲社と締結した。

8. その後、甲社には本店所在地近辺においてトラックの駐車場用地を確保する必要が生じたが、甲社は適当な土地を見付けることができない状況にあったところ、Bが全部の持分を有する丁合同会社（以下「丁社」という。）の保有する土地が、場所及び広さ共に甲社が必要とする駐車場用地として適当であったことから、甲社は丁社からこの土地をトラックの駐車場として賃借することとした。甲社の代表取締役Eは、甲社の事業の都合上、本店所在地近辺における駐車場用地の確保が急務であったことから、賃料の決定に際して丁社の全部の持分を有するBの意向を尊重する姿勢をとっていた。平成29年7月1日、Eが甲社を代表して、Bが代表する丁社との間で、この土地について、賃貸期間を同日から平成30年6月30日まで、賃料を1か月300万円とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結した。なお、本件賃貸借契約の締結に当たり、甲社は、会社法上必要な手続を経ていた。本件賃貸借契約の賃料は周辺の相場の2倍というかなり高額なものであったが、甲社は平成30年6月30日までの間に丁社に対して同月分までの賃料を支払った。

〔設問2〕

上記8の事実に関するBの甲社に対する会社法上の損害賠償責任の有無及びその額について、論じなさい。

商法 解答のポイント

本年の商法は、設問が2つあり、問われている事項は簡潔であり、聞かれていることに対して条文を適切に摘示しつつ端的に検討すれば足りるものであった。

設問1では、甲社が平成29年6月29日に開催した本件株主総会において、招集通知にDが請求した議題(303条1項)や議案の要領(305条1項本文)を記載しなかったことの当否が問われている。甲社は単元株制度を採用しており1単元が1議決権となること(308条1項ただし書)や、甲社は監査等委員会設置会社であり取締役会設置会社である(327条1項3号)こと、基準日を毎年3月31日とする定款の定め(124条1項)があること、平成29年6月1日に株主となった丙社は基準日における株主名簿上の株主ではないことなどをまずは認定する必要がある。その上で、甲社は、丙社を本件株主総会における議決権を行使することができる者として定めており(124条4項本文)、これにより、Dの議決権が100分の1を下回ることとなったことから、甲社は本件株主総会の招集通知にDが請求した議題や議案の要領を記載していないこと(303条2項、305条1項ただし書)を示す必要がある。しかしながら、基準日株主の権利を害する場合には、議決権行使することができる者と定めることはできない(124条4項ただし書)とされている。丙社が議決権行使することができる者と定められることにより、丙社の議決権を303条2項や、305条1項ただし書の議決権の算定において加えることとなった。これにより、上記の通り、Dが議題提出権や議案の要領通知請求権を適法に行使することができなくなっている。このようにして、本件株主総会において、基準日株主でない丙社の議決権行使を認める取扱いはかかるDの権利を害する。よって、124条4項より、甲社は丙社の議決権行使を認めることはできない。このようにして丙社の議決権は、算定から除外される結果(303条4項、305条3項)、Dは303条2項や305条1項ただし書を充足することとなる。したがって、甲社が平成29年6月29日に開催した本件株主総会において、招集通知にDが請求した議題(303条1項)や議案の要領(305条1項本文)を記載しなかったことは、不当である。

設問2では、Bの甲社に対する会社法上の責任が問われている。ここでは、423条1項に基づく損害賠償責任が考えられる。本件賃貸借契約の締結に際して、甲社においては、会社法上必要な手続が踏まれており、法令違反が認められない。そうだととしても、本件賃貸借契約においては賃料が周辺の相場の2倍という高額なものとされており、これにより、平成29年7月1日から平成30年6月30日まで1か月当たり150万円の計1800万円の損害が生じている。そして、「ために」(356条1項2号)の意義につき、名義説と計算説で見解が分かれているが、いずれによっても、本件の事情の下では、直接取引該当性を肯定できる。すなわち、名義説では、本件賃貸借契約は、甲社と丁社との間で締結されているが、丁社を代表しているのは、Bであり、利益相反取引の直接取引に該当するといえる。計算説では、丁社の持分をBがすべて保有していることから、丁社の利益はBの利益と直結し、Bの計算であると認定できる。よって、直接取引たる本件賃貸借契約によって、損害が生じていることから、Bの任務懈怠が推定される(423条3項柱書、1号)。なお、Bは監査等委員であるから本件賃貸借契約について監査等委員会の承認を得たととしても、423条3項が適用される(423条4項括弧書)。他方で、本件では、甲社とBとの間で、責任限定契約(427条1項参照)が締結されている。そして、Bは取締役としての報酬を1年当たり600万円の報酬を得ており、Bは平取締役であるから、最低責任限度額は1200万円となる(425条1項1号ハ、規則113条1号イ)。もっとも、本件の事情の下では、Bが善意でかつ重大な過失がないということとはできないため、Bの責任が限定されることはない。また、名義説からは、本件賃貸借契約は丁社の名義であり自己のためにする直接取引とはいえないことから、過失責任にとどまる(428条1項参照)。もっとも、Bが無過失であるということとはできない。計算説からは自己のためにする直接取引として無過失責任を負うこととなる。以上より、Bは、甲社に対して423条1項に基づく損害賠償責任を負い、その額は1800万円となる。

商法 解答例

第1 設問1

- 1 本問では株主Dが、議題の提案及び当該議題についての議案の要領の定時株主総会の招集通知への記載を求めている。これに対し甲社が、議題と議案の要領の記載を行わなかったのは、Dの株主提案権を侵害するものとして不当ではないか。
- 2 取締役会設置会社においては、総株主の議決権の百分の一以上の議決権又は三百個以上の議決権を六箇月前から引き続き有する株主に限り、議題提案権と議案要領通知請求権が認められる（会社法（以下略）303条2項、305条1項ただし書）。
- 本件の甲社は監査等委員会設置会社であるから、取締役会設置会社である（327条1項3号、2条7号）。そして、Dは甲社株式1万株を平成24年から継続して有しており、当該株式について6箇月要件を満たす。もっとも議決権数については、甲社が100株を1単元としていることから、Dは100個の議決権を有するにすぎない（308条1項）。そこで、議決権割合が百分の一以上であるかが問題となるも、甲社の発行済株式総数は、議決権の基準日（124条1項）である平成29年3月31日において100万株であった。ゆえに、Dは基準日において百分の一の議決権を有していた。
- 3 もっとも基準日後、丙社に対して株式発行がなされ、発行済株式総数は120万株となった。また、その際に甲社は丙

社の要望に沿い、基準日後株主である丙社を、「議決権……を行使することができる者」（124条4項）と定めた。これにより、Dの議決権割合は百分の一から百二十分の一に減少したため、議題提案権等に必要な議決権割合を有さないことになった。しかし、124条4項の「議決権を行使することができる者」の定めの際には、基準日株主の権利を害することはできない（同ただし書）。これは、基準日株主の権利行使に対する期待権保護を図るためである。

本件でも上記のように、甲社が丙社を「議決権を行使することができる者」と定めたことで、基準日株主であるDの議決権割合が希釈され議題提案権等の行使ができなくなっている。これはDの議決権行使、そしてそれを前提とする議題提案権等の期待権を侵害するものであるといえる。ゆえに、丙社を「議決権を行使することができる者」と定めることはできず、Dの議決権割合の計算にあたり丙社に発行された20万株を算入することは許されない。

- 4 以上から甲社は、Dの議題提案権を認めた上で、当該議題に基づく議案の要領の招集通知への記載を行う必要があった。甲社が議題及び議案の要領を記載しなかったことは、Dの権利を侵害するものとして不当である。

第2 設問2

- 1 本件賃貸借契約について、Bは甲社に対して423条1項

の損害賠償責任を負わないか。要件は、①「役員等」が、②「任務を怠った」こと（任務懈怠）、③「によって生じた損害」があること（以上、423条1項）、④帰責事由（428条1項反対解釈）である。

- 2（1）本件賃貸借契約の締結に際しては会社法上必要な手続を経ており、任務懈怠はないとも思われる。もっとも、本件賃貸借契約が利益相反取引にあたり、それによる損害発生があるとして任務懈怠が推定されないか（423条3項1号）。

利益相反取引のうち直接取引（356条1項2号）の「自己又は第三者のために」の文言は、間接取引（同3号）との区別の観点から、自己又は第三者の名義においての取引か否かで判断する。

本件では、甲社取締役Bが、第三者丁社の名義において、甲社と取引を行ったといえ、直接取引に当たる。そして、この取引により甲社は相場の2倍の賃料を支払うことになっており、その余剰支払分である1800万円の損害がある。よって、直接取引に基づく①③の充足により②が充足される。

（2）また④について、428条1項は直接取引のうちの自己のためにした取引のみ、帰責事由の不存在による免除を認めていない（同括弧書）。これは、利益帰属主体に厳格な責任を負わせる趣旨であるから、「ために」は、自己の計算において、と解すべきである。356条1項2号が「ために」を

名義において、と解したのは間接取引との区別のためにすぎないからである。

本件賃貸借契約は、丁社に利益を与えるものだが、丁社はBが全持分を持っており、実質的にBが利益帰属主体といえる。ゆえに、Bの計算においてした取引として、428条1項が適用され帰責事由の不存在による免責は認められない。

（3）なお、423条4項は監査等委員会の承認を受けた利益相反取引の場合、同3項の適用を排除する。もっとも、取引主体となる取締役が監査等委員である場合に4項は適用されない（同括弧書）。

本件のBは監査等委員であるから本項の適用はない。

- 3 また、Bは責任限定契約（427条1項）を結んでいるところ、善意無重過失であれば、責任が最低責任限度額1200万円（425条1項1号ハ、会社法施行規則113条1号イ）まで縮減される。

本件の善意無重過失は、任務懈怠を推定させる直接取引に基づく損害発生について判断される。そして、本件における相場の2倍の賃料は、Bの意向を尊重して設定されたものであるから、1800万円の余剰支払分につきBは悪意であったといえる。

ゆえに、責任は限定されず、Bは甲社に対し423条1項に基づき1800万円の損害賠償責任を負う。 以上

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、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	議題提出権として303条1項を、議案の要領通知請求権として305条1項本文を指摘	63.2%	36.8%	0.0%
設問 1	定款の定めにより、甲社では1単元の株式につき1個の議決権を有すること(308条1項ただし書)を指摘	34.2%	21.1%	44.7%
設問 1	甲社においては、毎年3月31日を定時株主総会の基準日(124条1項)としていることを指摘	39.5%	10.5%	50.0%
設問 1	甲社が、丙社の定時株主総会における議決権行使(124条4項本文)を認めたことの指摘	44.7%	15.8%	39.5%
設問 1	募集株式の発行により、303条2項や305条1項ただし書の要件を充足しなくなるおそれがあることの指摘	71.1%	5.3%	23.7%
設問 1	丙社の議決権は、303条2項、305条1項ただし書の議決権の数に参入されないこと(303条4項、305条3項)を指摘	36.8%	15.8%	42.1%
設問 2	Bが甲社に対して負うる責任としては、423条1項に基づく損害賠償責任が考えられることを指摘	89.5%	7.9%	2.6%
設問 2	契約締結に当たり、甲社は会社法上必要な手続を踏んでおり、具体的な法令違反による任務懈怠が認められないことを指摘	34.2%	21.1%	44.7%
設問 2	本件賃貸借契約の賃料は周辺の相場の2倍であり、かかる取引によって1800万円の損害が生じていることを指摘	73.7%	23.7%	2.6%
設問 2	利益相反取引の直接取引(356条1項2号における「ために」の解釈)	50.0%	23.7%	26.3%
設問 2	契約は甲丁間で締結されているが、丁社はBが代表しており、利益相反取引の直接取引(356条1項2号)にあたることを指摘	68.4%	18.4%	13.2%
設問 2	利益相反取引によって甲社に損害が生じたとして、Bの任務懈怠が推定されることを指摘(423条3項柱書、1号)	78.9%	7.9%	13.2%
設問 2	Bは、本件契約につき、承認を受けていたとしても、任務懈怠の推定規定の適用を受けること(424条括弧書)の指摘	23.7%	13.2%	63.2%
設問 2	甲社とBとの間には、責任限定契約(427条1項参照)が締結されていることを指摘	55.3%	39.5%	5.3%
設問 2	Bの最低責任限度額は、報酬600万円に2を乗じた1200万円であることを指摘(425条1項1号、ハ、規則113条1号イ)	28.9%	26.3%	44.7%

設問2	Bが善意でかつ過失がないとはいえないことを指摘	47.4%	23.7%	28.9%
設問2	本件賃貸借契約をBは自己の利益のために締結しているといえ、428条1項が〈類推〉適用され、無過失責任を負うことを指摘	21.1%	5.3%	73.7%
設問2	Bが甲社に対して423条1項に基づく責任を負うこと、及び、その具体的な金額を指摘	63.2%	28.9%	7.9%

※「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。

**民事
訴訟法**

〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2：2：1)

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、弁護士L1に対し、下記〔Xの言い分〕のと通りの相談を行った。

〔Xの言い分〕

私は、Yに対し、所有する絵画（以下「本件絵画」という。）を代金300万円で売り渡しました。売買代金については、その一部として100万円が支払われましたが、残代金200万円が支払われませんでした。

そこで、私は、Yに対し、残代金200万円の支払を請求したのですが、Yは、弁護士L2を代理人として選任した上、同代理人名義で、売買契約の成立を否認する旨の通知書を送付してきました。

その通知書には、売買契約の成立を否認する理由として、本件絵画はYが代表取締役をしている株式会社Zの応接間に掛けるために購入したものであり、そのことについてはXに説明していたこと、Xに支払済みの代金は株式会社Zの資金によるものであり、かつ、株式会社Z宛での領収書が発行されていること及びYがXに交付した名刺は株式会社Zの代表取締役としての名刺であることから、Yは買主ではない旨が記載されていました（以下、これらの記載を「売買契約成立の否認の理由」という。）。

私としては、残代金の支払を求めたいと思います。

〔設問1〕

Xから訴訟委任を受けた弁護士L1は、Xの訴訟代理人として、【事例】における本件絵画に係る売買契約に基づく代金の支払を求める訴えを提起することとしたが、その訴えの提起に当たっては、同一の訴状によってY及び株式会社Zを被告とすることを考えている。

このような訴えを提起するに当たり、Y及び株式会社Zに対する請求相互の関係を踏まえつつ、弁護士L1として考え得る手段を検討し、それぞれの手段につき、その可否を論じなさい。

なお、設問の解答に当たっては、遅延損害金については、考慮しなくてよい（〔設問2〕及び〔設問3〕についても同じ。）。

【事例（続き）】（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

以下は、【事例】において弁護士L1がXから相談を受けた際の、弁護士L1と司法修習生Pとの会話である。

弁護士L1：本件で、仮に、訴え提起前に売買契約成立の否認の理由の通知を受けていなかったとすると、Yのみを被告として訴えることが考えられます。これを前提として、もし、その訴訟の途中で、売買契約成立の否認の理由が主張されたとすると、どのような方法を採用することが考えられますか。

修習生P：第1の方法として、Yを被告とする訴訟において、敗訴に備え、株式会社Zに訴訟告知をする方法が考えられます。

弁護士L1：ほかにどのような方法が考えられますか。

修習生P：第2の方法として、Yを被告とする訴訟が係属する裁判所に対し、

民事 訴訟法

Xは、株式会社Zを被告として、XZ間の売買契約に基づく代金の支払を求める別訴を提起し、Yを被告とする訴訟との弁論の併合を裁判所に求める方法が考えられます。

弁護士L1：それでは、それぞれの方法の適否を検討しましょう。まず、第1の方法を採ったとして、仮に、Yを被告とする訴訟で、株式会社Zが補助参加せず、かつ、買主は株式会社ZであってXY間の売買契約は成立していないという理由で請求を棄却する判決が確定したとします。この場合には、Xは、株式会社Zを被告として、XZ間の売買契約に基づく代金の支払を求める訴え（以下「後訴」という。）を提起することになると思います。では、①Xは、後訴で、Yを被告とする訴訟の判決の効力を用いることは可能ですか。

修習生P：はい。検討します。

弁護士L1：また、第2の方法を採ったところ、弁論の併合がされたとします。その後、裁判所が弁論を分離しようとした場合には、私としては、「その弁論の分離は、裁判所の裁量の範囲を逸脱して違法である」と主張したいと思います。では、②その主張の根拠となり得る事情としては、どのようなものが考えられるでしょうか。

修習生P：はい。検討します。

〔設問2〕

下線部①の課題について、事案に即して結論と理由を論じなさい。

〔設問3〕

下線部②の課題について、事案に即して答えなさい。

民事訴訟法 解答のポイント

設問1は、売買契約の相手方がYであるか株式会社ZであるかはっきりしないXについて、いかなる手段によって、両者を同一の訴状によって訴えを提起できるかを問う問題である。一つ目の手段としては、主観的予備的併合という併合形態を利用し、訴えを提起することが考えられる。判例は主観的予備的併合を不適法としている（最判昭43.3.8）。本問においては、主観的予備的併合を不適法とする理由付けを踏まえ、その可否について説得的に論じることが求められよう。解答例では、本件で予備的被告の不安定な地位という弊害は生じないことを指摘して、本件では予備的併合の形態で訴訟提起することができると論じた。二つ目の手段としては、同時審判申出訴訟（民事訴訟法（以下省略。）41条）の形態で訴訟提起することが考えられる。その可否については、同条の要件に従って適切に検討していることが求められよう。同時審判申出訴訟は共同被告双方に対する請求が法律上併存し得ない関係にあることが必要となるが、その意義を明らかにし、本件ではそのような関係にあるかを論じる必要がある。この点について、契約の相手方がAであるかBであるか争われる場合における両者への履行請求権は事実上並存不可能であるにすぎず、法律上併存し得ない関係にはないと考えられている。もっとも、実務上の運用レベルでは、事実上並存し得ない場合であっても原告が同時審判を求めるときは、裁判所は特段の事情のない限り、弁論を分離しないことが要請されるため（基礎演習[第2版]219頁）、この点を指摘してもよいだろう。

設問2は、Xが訴訟告知をした株式会社Zとの関係で参加的効力が生ずるかを述べさせる問題である。株式会社Zは訴訟告知を受けたが補助参加をしていないところ、「参加することができた時」（53条4項）に当たるか検討する必要がある。この点について、伝統的な通説は補助参加の利益があれば足りるという立場を採用しているとされるところ、本件においてもZ社に補助参加の利益（42条）が認められるか検討することが求められる。その上で、本件XY間の訴訟において、買主は株式会社Zであることを認定されているが、この認定についても参加的効力が生じるのか、その客観的範囲についても説得的に論述することが求められよう。

設問3は、XY間及びXZ間の訴訟の弁論が併合された後、その弁論の分離がされた時、その弁論の分離が裁判所の裁量の逸脱にあたるとする主張の根拠を述べさせる問題である。裁判所は、請求が併合されている場合に弁論の分離をするかどうかの判断において、弁論や証拠調べを同時に行うことによる便宜、裁判の矛盾抵触の可否等の併合審理の利点と、併合審理による手続の複雑化や遅延といった欠点を比較衡量するとされる。本問において、弁論が分離させることによってXが二重負け又は二重勝ちする可能性があり、有効な紛争解決のためには裁判所による統一的な判断が求められる事情や、株式会社Zの代表取締役はYであり、弁論の併合を続けることで手続の複雑化や遅延といった点は生じない事情を挙げることができよう。その他にも、両請求の相互関連性や両請求の存否の判断において用いられる訴訟資料は実質同じものとなることが考えられる事情等をあげ、裁判所による弁論分離が裁量の逸脱になる根拠を説得的に論じることが求められよう。

— M E M O —

民事訴訟法 解答例

第1 設問1

1 Xは訴えの提起にあたって同一の訴状によってY及びZを被告としたいと考えているので、Y及びZを共同被告とする民事訴訟法(以下省略)38条の共同訴訟を提起することが考えられる。もっともY及びZへの請求はどちらかへの請求には理由があることが分かっているが、どちらへの請求について理由があるのかは分かっていない。そこで通常共同訴訟において必ずどちらかへの請求を認めてもらうための方法として、訴えの主観的予備的併合が同時審判申出共同訴訟(41条)を提起することが考えられる。

2 訴えの主観的予備的併合について

ここで、XはY及びZを共同被告として訴えの主観的予備的併合をすることができるか問題となる。

訴えの主観的予備的併合とは主位的請求が認容されることを解除条件として、予備的請求について審理および判決を求める併合形態である。これは予備的被告の地位を不当に不安定にし、認められないとも思われる。しかしながら、本件で被告となるのはYとZであるが、Zの代表取締役はYである。そうすると、本件で被告の地位が不当に不安定になる事情は生じず、上記弊害は認められない。

以上から、本件でXはY及びZを共同被告として訴えの主観的予備的併合の形態で訴訟提起することができる。

3 同時審判申出共同訴訟について

では、XはY及びZを共同被告として41条の同時審判申出共同訴訟を提起することは出来るか。

41条によれば「法律上並存し得ない関係」にある必要がある。本条の趣旨は実体法上の択一関係にある請求の原告が両負けする危険を回避することにある。そうすると、請求が事実上並存し得ない関係では足りず、請求が実体法上も択一関係がある必要があると解する。

Xは一売買契約に基づく代金請求をしているが、その相手方が特定できない。本件売買の相手方は一人であるが、YとZへの請求は事実上並存し得ないだけであって、Yが専断的相手方でないとの理由で責任を免れるとZの責任が法律上当然に発生するという実体法上の択一関係があるわけではない。よって、本件XのY及びZへの請求は「法律上並存し得ない関係」にはない。

以上からXはY及びZを共同被告とし41条の同時審判申出共同訴訟を提起することはできない。

第2 設問2

1 XはYのみを被告として訴えを提起したが、訴訟の途中でZに訴訟告知をした。しかしZは訴訟参加せず、XY間でZに不利な判決が確定してしまった。この場合にXはZを被告とする判決において前訴の判決の効力を援用することができるか。

2 補助参加の利益について

(1) XはZに対して訴訟告知をした。53条4項・46条によれば補助参加しなかった者にも判決の効力が及ぶことになる。ここでそもそもZには補助参加の利益が認められるか問題となる。

(2) 42条によれば訴訟の結果について利害関係を有するならば補助参

加の利益が認められる。ここで本条の趣旨は第三者に手続関与を認めてその利益を確保する機会を保障することや、後訴を含めた紛争の統一的処理をはかり後訴を事実上防止することにあるが、訴訟の複雑化を回避する必要もあるので、訴訟の結果について利害関係を有するとは、訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に事実上の影響を及ぼすおそれがある場合をいう。

(3) ZがXから訴訟を提起されるかどうかは、XY間の訴訟において請求権の存在が認められるかどうかで決まる。よってXY間の訴訟の結果がZの法的地位に事実上の影響を及ぼすといえるので、Zは42条の訴訟の結果について利害関係を有する場合にあたると認められる。

3 参加的効力について

(1) XはZに対して訴訟告知をし、Zは補助参加の利益が認められる以上、53条4項により訴訟に補助参加したもものとして扱われる。

(2) ここで補助参加の効力として判決のどの範囲に拘束力が生じるのかが問題となる。参加的効力の趣旨は同一当事者側で訴訟を進行し敗訴した者相互間の責任分担原理である公平・禁反言にある。よって判決の本文だけでなく、判決の本文を導き出すために必要となった主要事実に係る認定及び法律判断等も参加的効力が生じる。

(3) 本問では、XY間の代金請求権を否定する本文を導くためには、XY間で売買契約が成立していないという事実が必要であり、これに参加的効力が生じる。よってXは後訴でこの事実を援用することができる。

(4) しかしXと売買契約を締結した相手方がZであったという事実は、X

Y間の代金請求権を否定するために不可欠ではない。よってこれには参加的効力は生じず、Xは後訴でこの事実を援用することができない。

第3 設問3

1 XはYを被告とする訴訟を提起したが、裁判所はこれとZを被告とする別訴とを併合した。ここでその後裁判所がこの弁論を分離することができるかが問題となる。

2 152条1項によれば裁判所は口頭弁論の制限分離や併合を命じることができる。もっとも証拠調べを同時に行うことや判決の矛盾抵触を回避するという弁論併合の利点と、訴訟の複雑化を回避するという弁論の分離の利点を比較衡量して、口頭弁論の分離や併合が裁量の逸脱濫用になる場合には違法となる。

3 本問で、YはZの代表取締役であって、Yに対する請求とZに対する請求とで証拠資料が大部分で共通している。よって証拠調べを同時に行うことによるメリットが大きい。またYへの請求とZへの請求とが事実上並存し得ない関係にあることを考えれば、判決の矛盾抵触を回避する必要性が大きい。他方で、YはZの代表取締役なのだから、Yに対する請求とZに対する請求とを同時に審判したとしても、訴訟が複雑化することはなく、弁論を分離する必要性がない。

4 以上から本件では弁論を併合することの利点が高い一方、弁論を分離する利点はないので、弁論を分離することは裁量の逸脱濫用となる。よって本件弁論の分離は裁判所の裁量の範囲を超えるものとして違法である。

以上

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、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	通常共同訴訟を提起することの指摘	47.4%	15.8%	34.2%
設問 1	主観的予備的併合の可否	60.5%	13.2%	26.3%
設問 1	同時審判申出訴訟の可否	76.3%	2.6%	21.1%
設問 1	事実上並存する場合に同時審判を申し出た際の実務上の運用	15.8%	28.9%	52.6%
設問 2	既判力についての検討	31.6%	18.4%	50.0%
設問 2	「参加することができた時」(53条4項)について、補助参加の利益の有無が問題となることの指摘	52.6%	15.8%	31.6%
設問 2	「訴訟の結果」(42条)の意義	34.2%	23.7%	42.1%
設問 2	「利害関係」(42条)の意義	31.6%	21.1%	47.4%
設問 2	株式会社Zに補助参加の利益が認められるか、具体的事情に即して論じている。	31.6%	28.9%	39.5%
設問 2	被告知者に参加的効力を及ぼすには、補助参加の利益に加え、それを正当化するさらなる理由が必要であること	21.1%	13.2%	65.8%
設問 2	参加的効力の生ずる客観的範囲	39.5%	42.1%	18.4%
設問 2	本問X Y間の訴訟の認定についていかなる範囲で参加的効力の生ずる客観的範囲が生じるか論じている。	42.1%	31.6%	23.7%
設問 2	参加的効力の生じる主観的範囲	44.7%	21.1%	31.6%
設問 3	弁論を分離することによって生じる矛盾判断の可能性	65.8%	28.9%	5.3%
設問 3	両請求の被告は実質的には同一であり、弁論を分離することによる訴訟の単純化などの利点が少ないこと	23.7%	31.6%	44.7%
設問 3	両請求は相互に関連していること	28.9%	36.8%	34.2%
設問 3	両請求の証拠資料は同様のものであると考えられること	7.9%	18.4%	73.7%

※「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。

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) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18604