

予備試験

---

令和2年予備試験  
論文式試験分析会  
商法・民事訴訟法

---

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 207544

LU20754



## 商法 問題

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、飲食店の経営、飲食店の経営を行う会社の株式を保有することにより当該会社の事業活動を支配・管理すること等を目的とする会社であり、種類株式発行会社ではない。甲社の発行済株式の総数は1000株であり、そのうち、創業者であるAが400株を、Aの息子であるBが300株を、Aの娘であるCが300株を、それぞれ保有していた。

甲社の取締役はAのみであり、監査役は置いていない。

2. 甲社は、Aが店長兼料理長となっている日本料理店を営むとともに、いずれも飲食店の経営等を目的とする乙株式会社（以下「乙社」という。）と丙株式会社（以下「丙社」という。）の発行済株式の全てを保有していた。乙社の取締役はBのみであり、乙社はBが店長兼料理長となっているフランス料理レストラン（以下「レストラン乙」という。）を営んでいる。丙社の取締役はCのみであり、丙社はCが店長兼料理長となっているイタリア料理レストラン（以下「レストラン丙」という。）を営んでいる。甲社における乙社及び丙社の株式の帳簿価額は、それぞれ3000万円であった。

ここ数年、甲社の貸借対照表上の総資産額は1億円前後で推移しており、令和2年6月10日に確定した令和元年4月1日から令和2年3月31日までの事業年度に係る貸借対照表上の総資産額も1億円であった。甲社は、令和2年4月1日以降、下記6の合意までの間に、資本金、準備金及び剰余金の額に影響を与える行為や自己株式の取得を行っておらず、他社との間で吸収合併や吸収分割、事業の譲受けも行っていない。また、甲社は、これまでに新株予約権を発行したこともない。

3. Bは、個人として、200本以上に及ぶワインのコレクションを有していたが、収納スペースの問題もあり、コレクションの入替えを円滑に行うために、その半数程度を処分することを検討していた。ちょうどその頃、レストラン乙の改装が行われており、ワインセラーのスペースにも余裕ができることとなるため、Bは、自己のワインコレクションから100本を選んで乙社に買い取らせることとした。

そのためにBが選んだワイン100本（以下「本件ワイン」という。）の市場価格は総額150万円であり、レストラン乙での提供価格は総額300万円程度とすることが見込まれた。

4. Bは、乙社による本件ワインの買取りにつき、父であり、甲社の代表者でもあるAには話をしておいた方がいいだろうと考え、令和2年6月23日、Aの自宅を訪れた。Bは、Aに対し、本件ワインのリストと市場価格を示しつつ、本件ワインをレストラン乙で提供するならば総額で300万円程度になる旨を述べた。これに対して、Aは、「それならば300万円で、乙社が買い取ることにすればいいよ。」と述べた。

令和2年6月25日、乙社は、Bから本件ワインを300万円で買い取った（以下「本件買取り」という。）。

5. 令和2年7月1日、Aと共に改装後のレストラン乙を訪れたCは、そのワインセラーをのぞいたことをきっかけとして、本件買取りが行われたことを初めて知った。本件ワインの買取価格を聞いたCは、「さすがに高過ぎるんじゃないか。」と不満を述べたが、Aは、「改装祝いを兼ねているし。」と述べ、Bも、「おやじが決めたんだから、お前は黙っているよ。」と言って取り合わなかった。それまでもAがBばかりを支援することに不満を募らせていたCは、大いに憤った。

### 〔設問1〕

Cは、甲社の株主として、本件買取りに関するBの乙社に対する損害賠償責任とAの甲社に対する損害賠償責任を追及したいと考えている。B及びAの会社法上の損害賠償責任の有無とそれぞれの責任をCが追及する方法について、論じなさい。

6. 本件買取りをきっかけとして、A及びBとたもとを分かち決心をしたCは、甲社から独立してレストラン丙を経営したいと考え、Aと交渉を行った。その結果、令和2年8月12日、Cが保有する甲社株式を甲社に譲渡するのと引換えに、甲社が保有する丙社株式をCに譲渡する旨の合意（以下「本件合意」という。）が成立した。

〔設問2〕

本件合意の内容を実現させるために甲社及び丙社において会社法上必要となる手続について、説明しなさい。なお、令和2年8月12日現在の甲社の分配可能額は5000万円であり、その後、分配可能額に変動をもたらす事象は生じていない。

**商法 解答のポイント**

設問1においては、Cが甲社の株主として本件買取りに関する、B及びAの会社法上の損害賠償責任の有無を明らかにした上で、①Bの乙社に対する損害賠償責任を追及する方法と②Aの甲社に対する損害賠償責任を追及する方法についての検討が求められている。設問1の検討に当たっては、甲社の株主としての地位に基づいて請求すると問題文において指定されていることが重要である。

まず、①については、取締役であるBが自己のために会社と取引をしているといえ、本件買取りは直接取引に当たることについて、条文を引用しつつ的確に認定する必要がある。直接取引に当たる場合には、重要な事実を開示して、株主総会で承認を得る必要があるところ、本問においてはAの承認をもって承認があるといえる。もっとも、本件買取りにより、乙社に経済的損害が生じていることから、Bの任務懈怠は推定される点に注意したい。

そして、あくまで、Cは甲社の株主という地位に基づいて責任追及する方法を検討する必要があることから、Cとしては甲社の株主として甲社の株主総会を招集することを要求するという方法が考えられる。

次に、②については、甲社の取締役であるAは市場価格が150万円にすぎない本件ワインを300万円という金額で乙社が購入することを承認しており、そのことによって、甲社に経済的損失を与えている。また、Aが親会社取締役である点に着目して、親会社に生じた損害を回復する義務を負っているとも考えることもできる。これらの点に関するAの責任を、善管注意義務違反(330条・民法644条)として、株主代表訴訟(847条1項)によって責任追及することとなる。

設問2においては、本件合意を実現させるために、甲社及び丙社において会社法上必要となる手続について検討することが求められている。

まず、甲社においては、本件合意によりCが保有する甲社の株式を取得することとなるため、自己株式の取得に当たる。本問は、Cという特定の株主から自己株式を取得する場合に該当することから、条文を的確に摘示しながら論じる必要がある。加えて、自己株式の取得に際し、分配可能額規制の対象となることから、問題文中の具体的な金額を引用しつつ、触れられるとよいだろう。

次に、丙社が取締役会を設置していない点をとらえて非公開会社であると述べた上で、本件合意により丙社の株式をCに譲渡するためには、譲渡制限に関する手続を踏むこととなる点について述べる必要

## 商法 解答例

## 設問1

## 1 B及びAの損害賠償責任の有無

(1) Bは、乙社に対して、423条1項に基づく損害賠償責任を負うか。

ア Bは乙社の「取締役」であり、「自己……のために」、乙社と取引している。したがって、乙の行為は、直接取引に当たる(会社法(以下、略す)356条1項2号)。

そうだとすると、Bは、株主総会において「重要な事実を開示」し、「承認」を受けなければならない。この点、乙社の完全親会社である甲社の取締役Aが、本件買取りの詳細を聞いた上で承認しているから、事実の開示及び株主総会の承認があるのと同視できる。

もっとも、本件買取りは、市場価格総額150万円の本件ワインを、倍の300万円で乙社が買い取るものであるから、乙社に150万円の損害が認められる。よって、423条3項1号により、Bの任務懈怠が推定される。

イ また、かかる任務懈怠について、Bには少なくとも過失があると解され、損害・因果関係も上記の通り認められる。

ウ したがって、Bは乙社に対して、423条1項に基づく150万円の損害賠償責任を負う。

(2) Aの甲社に対する損害賠償責任

ア Aは本件買取りの承認により、乙社に対して150万円

の損害を与えている。そして、甲社は乙社の100パーセント株主であるから、かかる損害によって持ち株価値の低下という損害を受ける。Aは、取締役として甲社に善管注意義務(330条・民法644条)を負うところ、Aの上記承認は、会社の利益を犠牲にして、息子であるBの利益を図る行為であり、同義務に反する行為である。

イ また、Aは、乙社の親会社取締役であるから、子会社取締役に対して株主代表訴訟を提起し、子会社取締役の子会社に対する損害賠償責任を追及することで、親会社に生じた損害を回復する義務を善管注意義務の内容として負うものといえる。本問において、Aは、Bに対して責任を追及するそぶりを見せなかったことからかかる義務に違反している。

ウ これらの任務懈怠はAの故意によるものであり、損害・因果関係も上記の通り認められる。

エ したがって、Aにかかる任務懈怠が認められ、Aは甲社に対し、423条1項に基づく持ち株価値低下相当額の損害賠償責任を負う。

## 2 Cの、甲社株主としてA及びBの責任を追及する方法

(1) Aに対して

847条1項の訴えをすることが考えられる。Cは、非公開会社たる甲社の「株主」(同条2項、1項本文)である。また、Aは、甲社に対して、423条1項の「責任」を有する。した

がって、Cはかかる訴えにより、Aの責任を追及できる。

(2) Bに対して

乙社がBに対して上記責任を追及するには、乙社の株主が、847条1項の訴えを提起する必要がある。そこで、非公開会社である甲社の「百分の三」以上の議決権を有する「株主」たるCとしては、甲社が乙社に対してかかる訴えを提起することを議題として、株主総会を招集することが考えられる(297条2項、1項)。同総会によって上記議題が承認された場合、Aは355条のもとかかる承認に従う義務を負うから、Cは、Bの責任を追及できる。

設問2

1 甲社において必要となる手続

(1) 本件合意によって、甲社は300株の自己株式を取得する。そこで、自己株式の取得に必要な手続を採る必要がある。

まず、「特定の株主」たるCからの取得であることから、甲社は、160条1項の株主総会に先立って、会社法施行規則28条・29条に従い、株主に対して、売主追加の議案変更の請求権(160条3項)の存在を通知する必要がある(同条2項)。

次に、株主総会の特別決議(160条1項、309条2項2号)により、156条1項各号の事項を定める必要がある。また、特定の株主に対してのみ158条の通知を行う旨を定めることが出来る。

その後、157条1項に従い、株主総会において、Cから株式を取得することを決議し、158条1項に基づく通知をする必要がある。また、かかる通知を受けたCは159条1項に基づく申し込みをする必要がある。

(2) また、自己株式の対価は分配可能額5000万円を超えてはならない(461条1項3号)が、丙社株式の帳簿価額は3000万円であるから、かかる点に違反はない。

2 丙社において必要となる手続

公開会社は取締役会を置かなければならない(327条1項1号)ところ、丙社はCを唯一の取締役としておくのみであるから、非公開会社である。したがって、丙社株式は譲渡制限株式会社であるから、本件合意により丙社株式を移転する場合には、134条以下の手続を経る必要がある。

まず、甲社は、丙社に対して、Cが丙社株式を取得することの承認請求をする(136条)。その際には、138条各号に定める事項を明らかにしなければならない。

かかる請求を受けて、丙社は、承認するか否かについて株主総会決議により決定し、当該決定の内容を甲社に対して通知しなければならない(139条1項、2項)。本件では、甲社が株主であるところ、会社が株主としての議決権行使をする際の規定は会社法上存在しないから、甲社取締役であるAが承認すれば足りる。

以上より、上記のような手続が必要となる。 以上

— MEMO —

## 民事訴訟法 問題

〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、7 : 3)

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 運転の普通乗用自動車は、Y 運転の普通自動二輪車に追突する事故が発生した（以下「本件事故」という。）。

X は、Y に生じた損害として、Y 所有の自動二輪車の損傷について損害賠償債務が発生したことを認め、この Y の物損については、X Y 間の合意に基づき、X の加入する保険会社から損害額の全額が支払われた。しかし、本件事故による Y の人的損害の発生については、X Y 間の主張が食い違い、交渉が平行線となった。

そこで、X は、Y に対し、本件事故に基づく Y の人的損害については生じていないとして、X の Y に対する本件事故による損害賠償債務が存在しないことの確認を求める訴えを提起した（以下「本訴」という。）。

Y は、この本訴請求に対し、本件事故により Y に頭痛の症状が生じ、現在も治療中であると主張して争うとともに、本件事故による治療費用として Y が多額の支出をしているので、その支出と通院に伴う慰謝料の一部のみをまずは請求すると主張し、X に対し、本件事故による損害賠償請求の一部請求として、500 万円及びこれに対する本件事故日以降の遅延損害金の支払を求める反訴を提起した。

なお、以下の各設問では、遅延損害金については検討の対象外とし、論じる必要はない。

### 〔設問 1〕

受訴裁判所は、審理の結果、Y を治療した医師の証言等の結果から、以下のような心証を形成した。

Y には本件事故後に頭痛の症状が認められたが、既に必要な治療は終了している。そして、その頭痛の症状及び程度からすれば、本件事故前からの Y の持病である慢性頭痛と考えるのが相当であるから、本件事故による損害とは認められない。その他、本件事故による Y の人的損害の発生を認めるに足りる証拠はない。そして、Y は、本件事故による物損について損害額の全額の支払を受けているから、Y の損害はすべて填補されたというべきである。

この場合に、受訴裁判所は、本訴についてどのような判決を下すべきか、判例の立場に言及しつつ、答えなさい。また、本訴についての判決の既判力は、当該判決のどのような判断について生じるか、答えなさい。

### 〔設問 2〕

裁判所は、〔設問 1〕のとおり本訴について判決するとともに、反訴（一部請求）について請求棄却の判決をして、同判決が確定した（以下「前訴判決」という。）。

しかし、前訴判決後、Y は、当初訴えていた頭痛だけでなく、手足に強いしびれが生じるようになり、介護が必要な状態となった。

そこで、Y は、前訴判決後に生じた各症状は本件事故に基づくものであり、後遺症も発生したと主張して、前訴判決後に生じた治療費用、後遺症による逸失利益等の財産的損害とともに本件事故の後遺症による精神的損害を理由に、X に対し、本件事故による損害賠償請求の残部請求として、3000 万円及びこれに対する本件事故日以降の遅延損害金の支払を求める新たな訴えを提起した（以下「後訴」という。）。

前訴判決を前提とした上で、後訴において Y の残部請求が認められるためにどのような根拠付けが可能かについて、判例の立場に言及しつつ、前訴における X 及び Y の各請求の内容に留意して、Y 側の立場から論じなさい。

**民事訴訟法 解答のポイント**

設問1前段においては、まず、Yの提起した反訴が重複起訴（民訴142）に当たらないかを検討した上で、さらに反訴が適法である場合には、債務不存在確認の本訴が係属中に当該債務の履行を求める反訴が提起されたときには、本訴の確認の利益が認められないとした判例（最判平16.3.25・百選29事件）を意識して、本件においても本訴の確認の利益が喪失しないかを論じる必要がある。

次に、設問1後段においては、「同一事故により生じた同一の身体障害を理由とする財産上の損害と精神上の損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は1個であり、その両者の賠償を訴訟上あわせて請求する場合にも、訴訟物は1個であると解すべきである」とした判例（最判昭48.4.5・百選74事件）を参考に既判力が生じる範囲を論じることが求められる。

設問2において、既判力の客観的範囲および時的限界を踏まえ、Yの立場から後訴による後遺症の損害賠償請求が認められる根拠付けを検討することになる。指摘すべき判例としては、最判昭42.7.18・百選82事件が考えられる。

— MEMO —

## 民事訴訟法 解答例

## 第1 設問1 前段について

1 まず、受訴裁判所が、本訴についてどのような判決を下すべきかを検討する前提として、Yの提起した反訴の適法性について検討する。

Yの提起した反訴は、Xの本訴の関係で一部請求に係る部分については、「更に訴えを提起する」(142条)に当たり、重複起訴として不適法却下とならないかが問題となる。

しかし、重複起訴禁止の趣旨は、相手方の応訴の煩の防止、訴訟不経済の防止、判決の矛盾抵触の回避にあるところ、反訴であれば、本訴と併合審理されるため、既判力の矛盾抵触のおそれは小さく、審理重複による訴訟不経済や相手方の応訴の煩も生じないから、142条が禁止する重複起訴にあたらないと解すべきである。

よって、Yの提起した反訴は適法である。

2 債務不存在確認訴訟が提起された後に、同一の給付義務の履行を求める反訴が提起された場合に、本訴の確認の利益は否定されないか。

確認の訴えは、その対象が無限定であり、判決に既判力しか認められないことから、確認の利益が認められるのは、確認の訴えが紛争の抜本的な解決に資すると認められる場合に限られると解すべきである。そして、確認の利益の有無は、①対象選択の適否、②即時確定の利益、③方法選択の適否を基準にして判断する。

本件では、①対象選択の適否については問題ないと考えられ、また、Yには本件事故後に頭痛の症状が認められたが、既に必要な治療は終了していると心証を受訴裁判所は抱いており、被害者の病状が固定せ

ず損害がさらに拡大するとして②即時確定の利益が否定されるような場合ではない。

3 そして、債務不存在確認訴訟が提起された後に、同一の給付義務の履行を求める反訴が提起された場合には、本訴の確認の利益が認められないとして、本訴は不適法却下を免れないとするのが判例の立場である。これは、上記確認の利益のうち、方法選択の適否が否定されたものと考えられる。

そうだとすれば、本件においても、給付義務を求める反訴が提起されている以上、Xの提起した債務不存在確認訴訟である本訴は、確認の利益が否定されるとして、裁判所は、本訴について却下判決をすべきであるとも思える。

しかし、判例が確認の利益を否定したのは、消極的確認訴訟に比べて給付訴訟の方が、給付義務の存否の判断についての既判力に加え執行力を付与できる分だけ紛争解決機能が大きく、給付訴訟が消極的確認訴訟を包摂・包含する関係にあると考えられるからである。

そして、本件においては、本訴は、人的損害に関して、XのYに対する本件事故による損害賠償債務が存在しないことの確認を求める訴えであるのに対して、反訴は、人的損害に関して、本件事故に関する損害賠償請求の一部請求として、500万円を請求するものであって、同一の範囲の給付義務を争うものとはいえず、反訴が本訴を包摂しているという関係は生じないと解すべきである。

4 よって、本訴の確認の利益が否定されることはなく、受訴裁判所は、

Y の損害はすべて填補されたとの心証に基づき、本訴について全部認容判決を下すべきである。

## 第 2 設問 1 後段について

- 1 既判力は、「主文に包含するもの」(114条1項)、すなわち訴訟物の範囲を意味するから、訴訟物たる権利法律関係の存否についての判断について生じる。
- 2 そして、同一事故により生じた同一の身体障害を理由とする財産的損害と精神的損害は、原因事実及び被侵害利益を共通にするものである限り、その賠償請求権は 1 個であり、訴訟物も 1 個であると解される。  
そうすると、本訴についての訴訟物は、本件事故(原因事実)に基づいて生じた Y の人的損害(被侵害利益)に関する Y の X に対する損害賠償請求権であると解すべきである。
- 3 よって、本訴についての判決の既判力は、本件事故に基づいて生じた Y の人的損害に関する Y の X に対する損害賠償請求権の不存在について生じる。

## 第 3 設問 2 について

- 1 前述のように前訴においては、X の Y に対する本件事故による損害賠償債務の不存在、Y の X に対する損害賠償請求の一部請求の不存在につき、既判力が生じる。そこで、前訴判決後に生じた治療費用、後遺症による逸失利益等の財産的損害、本件事故の後遺症による精神的損害を理由とした、X に対する本件事故による損害賠償請求の残部請

求としての 3000 万円の支払を求める後訴は、既判力によって遮断されないか。

- 2 この点、判例は、前訴は不法行為による損害のうち前訴の最終口頭弁論期日までに支出された治療費を損害として主張し、その賠償を求めるものであるとしつつ、これを一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えを提起したものと把握し、前訴の最終口頭弁論期日後に必要とされた治療費を賠償請求する後訴は一個の債権の残部請求にあたり、前訴請求と後訴請求は訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は後訴には及ばないとした。
- 3 まず、既判力の正当化根拠は手続保障が与えられていたことにある。そうだとすれば、既判力の基準時は、手続保障が与えられていたといえる事実審の口頭弁論終結時(民事執行法 35 条 2 項参照)までである。この点、後遺症は前訴の口頭弁論終結後に発見されたものであり、基準時後の事由のようにも思える。しかしながら、後遺症は、その性格上、原因は事故当時からあるものであり、気付かれなかったにすぎない。そのため、基準時後の事由とすることはできない。  
そこで、判例の構成によるに、前訴不存在確認請求は、当時発生していた損害につきその賠償債務の不存在の確認を求める一部請求であったと把握することができる。そのため、後遺症に基づく損害の賠償請求を求める後訴は、一部請求である前訴の残部請求を求める後訴であって、訴訟物が異なるため、前訴既判力によって遮断されない。以上から、Y の後訴における残部請求は否定されない。 以上

— MEMO —



**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) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20754