

予備試験

令和3年予備試験
論文式試験分析会
商法・民事訴訟法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 215846

LU21584

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、医療用検査機器等の製造販売を業とする取締役会設置会社であり、監査役設置会社である。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株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式の総数は1000株であり、昨年までは創業者であるAがその全てを保有していた。Aは創業以来甲社の代表取締役でもあったが、昨年高齢を理由に経営の第一線から退いた。Aの後任を選定する取締役会においては、以前Aが他社から甲社の取締役として引き抜いてきたBが代表取締役に選定された。また、Aは、退任に際し、Bと、Aの子であるCに、それぞれ100株を適法に譲渡した。その結果、甲社株主は800株を保有するAのほか、100株ずつ保有するBとCの3名となった。創業以来、甲社において株主総会が現実に関われたことはなく、役員等の選任は、3年前の改選時も含め、Aによる指名をもって株主総会決議に代えていた。また役員報酬や退職慰労金は、役職や勤続年数に応じた算定方法を定めた内規（以下「本件内規」という。）を基に、Aの指示によって支払われてきた。そしてAの退任時も本件内規に従った退職慰労金が支払われた。
2. 甲社の定款では、取締役の任期については「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」と規定されている。また「代表取締役は取締役会決議によって定めるものとするが、必要に応じ株主総会の決議によって定めることができる」旨の定めがある。役員報酬については定款に定められていない。甲社の取締役は、代表取締役社長であるBのほか、代表権のない取締役であるC、D及びEの計4名であった。
3. 従来、甲社の事業は、医療用検査機器の製造販売が中心であったが、次代の社長を自負するCは、家庭用検査機器の製造販売を拡充すべきであると主張し、度々Bと経営戦略について対立するようになった。またAも、いずれはCに甲社を継がせたいと考えており、少なくともBと同等の権限をCにも与えるべきであると考えているようになっていた。
4. Aの意向を知ったCは、Bら他の取締役の承諾を得ることなく、自ら「代表取締役副社長」と名乗って取引先と交渉するようになった。さらに、Cは、Aと相談して了承を得た上で、Cを代表取締役に選定する臨時株主総会決議があったものとして株主総会議事録を作成し、Cを代表取締役に追加する旨の登記申請をし、その旨登記された。これらCの一連の行動を、Bら他の取締役が察知することはなかった。
5. そのような中、Cは、家庭用検査機器の製造販売を拡充するべく部品の調達先を確保しようと考え、新たに乙株式会社（以下「乙社」という。）と取引基本契約を締結することとした。Cは、甲社の代表者印が常に経理担当従業員Fに預けられていることを知っており、契約書に「代表取締役副社長C」と記名してFに指示して代表者印を押印させた。乙社の代表取締役は、甲社の代表取締役副社長として振る舞うCを信頼して取引に応じ、この契約書に記名押印した。その後、乙社が甲社に対して供給した部品の代金2000万円（以下「本件代金」という。）の支払を請求したところ、Cによる一連の行動はBら他の取締役の知るところとなり、BとCとの関係が更に悪化した。Bは、Cは適法な会社代表者ではなく、甲社は乙社と契約など締結していないとして、本件代金の請求に応じない意向を示している。

〔設問1〕

甲社に対して本件代金を請求するために、乙社の立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

6. BとCとの対立は、その後も激化の一途をたどり、ついにCはBを代表取締役から解職することを決意した。Cは、D及びEの協力を取り付けた上で適法な招集手続を経て取締役会を招集し、Bの解職と改めてCを代表取締役に選定する旨の決議が成立した。
7. Bは、もはや甲社に自分の居場所はないと考え、取締役を辞任することを決意した。Aは強く翻意を促したが、Bは聞き入れず、直後に開催された取締役会で取締役を辞任することを申し入れ、了承された。Bに申し訳ないことをしたと感じていたAは、Bを引き抜いた際、取締役退任時には本件内規に基づいて退職慰労金が支給されると説明したことを思い出し、Fに対して、本件内規に基づく退職慰労金をBに支給することの検討を依頼した。Fは、この依頼に応じ、本件内規に基づいて算定された金額である1800万円の退職慰労金（以下「本件慰労金」という。）をBに支払った。
8. 本件慰労金が支給されてから程なくしてAが死亡した。Aが保有していた甲社株式800株は全てCが相続によって取得した。Aの死後、Cは、Fから報告を受けた際、Bに本件慰労金が支給されたことを知った。そこで、Cは、甲社として、Bに対して本件慰労金の返還を請求することとした。

〔設問2〕

甲社のBに対する本件慰労金の返還請求の根拠及び内容について説明した上で、これを拒むために、Bの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

商法 解答のポイント

本問は、設問1で表見代表取締役及び不実の登記の効力、設問2で退職慰労金の有効性について問われた。メジャーな論点のようにも思えるが、設問1では実際に表見代表取締役の名称を付し、不実の登記をした者が会社ではなく株主であり、設問2では会社ではなく株主が指示をして退職慰労金を支払ったというイレギュラーな状況であるため、一般的に議論される状況とは前提が異なっており、難しい問題であった。

設問1では、代表権を持たないCが無断で代表取締役副社長を名乗り始め、大株主であるAの了承を取った上で不実の登記を作成した上で乙社と契約を締結したという事案において、この契約の効果を甲社に帰属させられるかが問題となった。一見会社法354条または908条2項を適用して乙社を保護すれば良いと思われるが、行動主体が甲社でないため、直接適用できないことに気付くだろう。一方で、事案をかながみれば明らかに甲社の株主であるA及び取締役であるCに過失があり、善意無過失である乙社を保護することが妥当な結論であるとも思える。よって、このような状況下でいかにして乙社を保護する理論構成をするかが腕の見せ所だろう。

参考答案では一応株式総会で代表取締役を選任する定款の適法性に触れた後、Cが代表取締役に選任されていないことを特定し、その後354条及び908条2項の類推適用の可否を検討している。これ以外の理論構成ももちろん考えられると思われる。

設問2では、株主総会の決議なく支払われた本件慰労金の有効性が問われており、甲社の請求の根拠、その後にBがこれを拒むための主張、その当否を述べる必要がある。

解答にあたっては、361条1項で株主総会の決議が要求された趣旨や、本件慰労金の支払が合意された際、Aが甲社の代表取締役であり、また甲社の全株を保有している事実を指摘し、結論を導く必要があると思われる。

商法 解答例

第1 設問1

- 1 甲社の定款では、「代表取締役は……定めることができる」とあり、取締役会または株主総会決議によって代表取締役が選任されることになっている。取締役会設置会社においては会社法（以下法令名を略す。）362条2項3号、3項により原則として代表取締役は取締役会で選定されるものであるが、株主総会でも選定することができるという定款の規定は株主の利益を害するものでなく、また取締役会における代表取締役の選定を禁ずるものでもないため、上記定款は有効である。しかしながら、本件においてCを代表取締役に選定する取締役会決議や株主総会決議は存在しないため、Cは代表権を持たない取締役にすぎない。なお、合計で甲社の株式の1000株中900株を所有するAとCが結託して臨時株主総会議事録を作成し不実の登記をしているとはいえ、株主総会が開かれていない以上は、株主総会決議が存在したとは言えず、Cが代表取締役に選出されたとは言えない。
- 2 Cは代表権を持たないが、代表取締役副社長と名乗って乙社と契約を締結している。しかしながら、この名称はCが他の取締役の承諾を得ることなく勝手に名乗りだしたものであり、「株式会社は、……名称を付した場合」に当たらない。よって354条を直接適用することはできない。また、Cが代表取締役に追加される旨の不実の登記が存在するが、これも甲社が行ったも

のでないため、908条2項によって乙社が甲社に本件代金を請求することはできない。よって、原則として本件契約は甲社に帰属せず、乙社は本件代金を甲社に請求できない。

- 3 354条は代表権を有しないものが代表権を有するものと認められる名称を使用していたときに、その概観を信頼して取引を行った善意無重過失の者を保護すると言うものである。その趣旨は、代表権を有しない者に代表権を有すると誤認させるような名称を付してその者に代表権があるかのような概観を作出した過失のある株式会社の犠牲のもとに、善意無重過失の第三者を保護すると言うものである。よって、株式会社に同程度の過失がある場合、354条の類推の基礎があると考えられる。
- 4 本件においては、Cが自ら無断で代表取締役副社長の名称を名乗っており、Aの了承を得た上で臨時株主総会決議があったものとして株主総会議事録を作成して不実の登記を行っている。よって甲社の株主であるAとCは、Cが上記名称を名乗ることを容認した上、Cに代表権があるかのような概観を作出したと言える。また、Bは代表取締役であり他の取締役を監督する義務を負う（362条2項2号）にもかかわらずCが上記名称を名乗って取引をしていたことにも不実の議事録を作成し不実の登記を行ったことにも気付かず放置している。よってBにも過失が認められる。以上より甲社の株主であるA、B、C全てに過失が認められ、株式会社の保護規定は株主の利益の保

護のためにあるところ、全ての株主に虚偽の概観の作出に関与した過失があるため、これは甲社が虚偽の概観の作出について過失があるといえる。また、この過失は甲社自らがCに代表権があると誤認されるような名称を付した場合と同視できるほど重い。

- 5 したがって、本件においては354条の類推の基礎があり、乙社はCが代表権を有すると善意無重過失で信じて取引を行っているため、354条の類推適用によって本件契約は甲社に帰属し、乙社は本件代金を甲社に請求することができる。
- 6 また、908条2項も354条と同様に、不実の登記をしたという過失のあるものの犠牲の元に善意の第三者を保護する趣旨であり、上記のように甲社には不実の登記をしてそれを放置したという過失があるため、908条2項の類推の基礎もあり、乙社は善意の第三者であるため、908条2項によって乙社は甲社に本件代金を請求することができる。

設問 2

1 甲社のBに対する請求の根拠及び内容

甲社としては、報酬等（361条1項）は定款の定めが無い場合には株主総会決議により定める必要があるが、本件慰労金は定款の定めが無いにもかかわらず、Aの指示によって支払われている。そこで、甲社としては、本件慰労金を不当利得（民法703条）として、返還請求することが考えられる。

2 Bの主張及びその当否

これに対して、Bとしては、本件慰労金は適法に支払われたものであり、法律上の原因が認められるとして、支払請求を拒むことが考えられる。では、このBの主張は認められるか。

確かに、本件慰労金は支出に際して甲社の株主総会決議を経していない。

しかし、本件慰労金はBを引き抜いた際に、本件慰労金が内規に従って支給されることを合意しており、AとBの契約内容となっている。

また、361条1項で報酬等に株主総会の決議が要求された趣旨は、お手盛りを防止する趣旨であり、当該内規はAが甲社の全株を保有し、代表取締役であった時に設けられたものであり、株式会社の決議がなくてもお手盛り防止の趣旨はあたらない。さらに、内規は勤続年数に応じて一定の算定方法によって定められており、A自身もこの内規に従って慰労金を支払われていることから、内規は客観的に合理的な内容であると認められる。

したがって、株主総会の決議を実質的に経たものと認められることから、本件慰労金の支払は361条1項に反しない。

以上より、Bの主張は妥当である。

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は、Yに対して貸付債権を有していた（以下「本件貸付債権」という。）が、Xの本件貸付債権の回収に資すると思われるのは、Yがその母親から相続によって取得したと思われる一筆の土地（以下「本件不動産」という。）のみであった。不動産登記記録上、本件不動産は、相続を登記原因とし、Yとその兄であるZの、法定相続分である2分の1ずつの共有とされていたが、Xは、YとZが遺産分割協議を行い、本件不動産をYの単独所有とすることに合意したとの情報を得ていた。

そこで、Xは、本件不動産のZの持分となっている部分について、その所有者はZではなくYであると主張し、本件貸付債権を保全するため、Yに代位して、Zを被告として、本件不動産のZの持分2分の1について、ZからYに対して遺産分割を原因とする所有権移転登記手続をすることを求める訴えを提起した（以下「本件訴訟」という。）。

〔設問1〕（(1)と(2)は、独立した問題である。）

(1) Yとしては、Xの主張する本件貸付債権は既に弁済しており、XY間には債権債務関係はないと考えている。他方、本件不動産のZの持分の登記については、遺産分割協議に基づいて、自己に登記名義を移転してほしいと考えている。

この場合に、Yが本件訴訟に共同訴訟参加をすることはできるか、訴訟上考え得る問題点を挙げて、検討しなさい。

(2) Xの得ていた情報とは異なり、YZ間の遺産分割協議は途中で頓挫していた。そのため、Yとしては、Zに対して登記名義の移転を求めるつもりはない。他方、YがXY間には債権債務関係はないと考えている点は、(1)と同様である。

この場合に、Yが本件訴訟に独立当事者参加をすることはできるか、訴訟上考え得る問題点を挙げて、検討しなさい。

〔設問2〕

〔設問1〕の場合と異なり、本件訴訟係属中に、XからYに対して訴訟告知がされたものの、Yが本件訴訟に参加することはなく、XとZのみを当事者として訴訟手続が進行し、その審理の結果、Xの請求を棄却する旨の判決がされ（以下「本件判決」という。）、同判決は確定した。

本件判決の確定後、Yの債権者であるAは、その債権の回収を図ろうとし、Yの唯一の資産と思われる本件不動産の調査を行う過程で、既にXから本件訴訟が提起され、Xの請求を棄却する本件判決が確定している事実を初めて知った。

Aとしては、本件不動産についてYの単独所有と考えており、Yに代位して、Zを被告として、本件不動産のZの持分2分の1について、ZからYに対して遺産分割を原因とする所有権移転登記手続をを求める訴えを提起することを検討しているが、確定した本件判決の効力がAに及ぶのではないか、という疑問を持った。

本件判決の効力はAに及ぶか、本件判決の既判力がYに及ぶか否かの検討を踏まえて答えなさい。

民事訴訟法 解答のポイント

〔設問1〕(1)では、Yが本件訴訟に共同訴訟参加（52条1項）することの可否を検討することが求められている。共同訴訟参加は、「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」であることが必要であり、第三者は当該訴訟の目的について当事者適格を有していなければならない。本件訴訟の訴訟物がYのZに対する移転登記手続請求権であって、債権者代位訴訟が提起されても債務者は被代位権利の管理処分権を喪失しない（民法423条の5前段）などの点から、Yの原告適格を論じることが必要となる。

Yの原告適格を肯定できるとしても、Yは、本件貸付債権が弁済により消滅したと考えており、Xの当事者適格を争うことが予想される。そこで、共同訴訟人間において当事者適格に争いが生じる場合に、共同訴訟参加を認めるかについて、共同訴訟参加が認められている趣旨に照らして検討する必要がある。

次に、〔設問1〕(2)では、Yが独立当事者参加（47条1項）することの可否を検討することが求められている。独立当事者参加は、「訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者」であるか、又は、「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」のいずれかであることが必要となる。本問との関係では、Yは、Zに対する登記名義の移転を求めるつもりがないと考えていることから、Yは、本件貸付債務の不存在確認請求を定立して参加することが考えられるが、この請求が「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」場合に当たるかについて、当事者適格が両立不可能であるかの観点から検討する必要がある。

〔設問2〕では、まず既判力の主体的範囲が問題となっていることから、Yが115条1項2号に該当するか否か検討することになる。そのうえで、本件訴訟の判決の効力が、他の債権者であるAにも及ぶかを検討することが求められる。その際、債権者代位訴訟の判決の既判力が債務者に拡張される趣旨に照らして、他の債権者にも拡張することを正当化できるかを検討する必要がある。

— MEMO —

民事訴訟法 解答例

第1 設問1(1)について

1(1) 52条1項は、「合一にのみ確定すべき場合」であることを要件としており、合一確定の必要とは判決内容を統一する必要をいう。したがって、共同訴訟参加が認められるためには、第三者が訴訟の目的について当事者適格を有することが必要となる。そして、当事者適格の判断は、実体法上の管理処分権を基準として行う。

(2) 本件不動産は、遺産分割によってYの単独所有となったことから、Yは、本件訴訟の訴訟物であるZに対する2分の1の持分移転登記請求権を有している。そして、債権者が第三債務者を被告として債権者代位訴訟を提起しても、債務者は被代位債権の処分権を失わない（民法423条の5前段）から、Yは、移転登記請求権を現在も有している。したがって、Yは本件訴訟の目的について原告適格を有しているといえ、52条1項の要件を満たす。

2(1) しかし、Yは、XY間に債権債務関係は存在しないと考えていることから、被保全債権の存否を争っている。このように、原告の当事者適格を争いたい第三者が、共同原告として訴訟参加することが認められるのか問題となる。

(2) 52条1項の趣旨は、判決内容の統一を確保するために、主体的追加的併合を許容することにある。そうであれば、共同訴訟人間において、判決内容を統一できないような利害対

立が存在する場合には、同条項の趣旨に照らして、共同訴訟参加は認められないと解すべきである。

(3) 本問の場合、Yも自己への登記名義の移転を望んでおり、請求としてはXY間に対立はない。しかし、Xの原告適格を争う主張は本件訴訟の却下判決を求める主張であるから、本件訴訟の判決内容を統一できないような利害対立が生じている。

3 以上より、Yの共同訴訟参加は認められない。

第2 設問1(2)について

1 Yは、Xに対し、本件貸付債権不存在確認請求を定立して、本件訴訟に独立当事者参加（47条1項後段）することができないか。

2(1) 47条1項後段によって参加することが認められるのは、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する第三者」である。本問において、Yは、本件訴訟の目的である移転登記手続請求権が自己の権利であることを主張するものではなく、本件貸付債務の不存在を主張している。このように、債権者代位訴訟の原告適格を争う主張であっても、47条1項後段の要件を満たすか問題となる。

(2) 独立当事者参加が認められた場合、当該訴訟の審理には必要的共同訴訟の規律が準用される（47条4項）ことからして、独立当事者参加の要件は限定的に解すべきである。した

がって、参加人が定立する請求と原告の請求が、請求の趣旨の次元で両立しないことが必要となる。

- (3) 本問の場合、Yの定立した請求が認められれば、Xに原告適格は認められず、Yのみが原告適格を有することになる。一方で、Yの請求が認められない場合には、Xが原告適格を有するとともに、民法423条の5前段でYも原告適格を有することになる。そうすると、本件訴訟において、Yが本件貸付債務不存在確認の請求を定立しても、X又はYのいずれか一方にしか原告適格が認められないとなるものでない。したがって、Yの請求は、請求の趣旨の次元においても非両立とはいえないことから、47条1項の要件を満たさない。
- 3 以上から、Yは本件訴訟に独立当事者参加をすることができない。

第3 設問2

- 1 (1) まず、本件判決の既判力がYに及ぶか。
- (2)ア 既判力の客観的範囲は、判決主文における訴訟物についての判断に生じる。
- イ 本件判決の訴訟物は、YのZに対する本件不動産所有権に基づく所有権移転登記手続請求権である。よって、Xの請求が棄却されていることから、上記訴訟物の不存在について既判力が生じる。
- (3)ア 次に、既判力の及ぶ主観的範囲は、115条1項各号で

定めるところ、同項2号は、当事者が訴訟担当者となった際の被担当者を挙げる。

イ 本件訴訟では、Xが債権者代位訴訟における債権者即ち法定訴訟担当者であり、被担当者はYである。よって、Yに本件判決の既判力が及ぶ。

- 2 (1) それでは、本件判決の効力が他の債権者であるAにも及ぶのか。
- (2) 債権者代位訴訟の判決の既判力が、債務者にも拡張される趣旨は、債権者が当該訴訟の実質的利益帰属主体である債務者の利益を踏まえて訴訟活動を行う以上、債権者の訴訟活動によって債務者の手続保障も確保されていることにある。こうした手続保障の観点から検討すると、第三債務者は、債務者に対して有する抗弁を、債権者に対しても主張することができる(民法423条の4)のであって、他の債権者に対しても同様の抗弁が主張される関係にある。そうすると、債権者代位訴訟における債権者の訴訟活動によって、他の債権者の手続保障も確保されているというべきである。したがって、債権者代位訴訟の判決の既判力は、他の債権者にも及ぶと解すべきである。
- 3 よって、本件訴訟の既判力は、Aに及ぶのであり、本件判決の効力はAに及ぶ。

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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21584