

新司法試験論文式試験 実施方式変更対策セミナー ～系統から科目へ～

配付資料

TAC  セミナー／新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

平成18年 民事系本試験問題

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100)

1. P株式会社(以下「P社」という。)は、ホテル事業及びスポーツ施設の運営事業を主たる事業目的とする会社法(平成17年法律第86号。以下同じ。)上の公開会社であり、スポーツ事業部門にかかるとる資産の帳簿価額は、P社の総資産額の約40%を占めている。

Q株式会社(以下「Q社」という。)は、ショッピングセンターの運営事業及びスポーツ施設の運営事業を主たる事業目的とする会社法上の公開会社である。Q社は、P社の議決権総数の40%に当たるP社株式を保有し、Q社の代表権のない取締役AがP社の代表取締役を兼任しているが、A以外に両社の取締役を兼任する者はいない。

Q社はかねてP社のスポーツ事業部門の買収に関心を有しており、Q社の取締役会においては、もしQ社がP社のスポーツ施設を所有することとなれば、Q社のスポーツ事業部門の業績向上に有用であるという意見と、当該スポーツ施設をショッピングセンター用の大型店舗に転用すれば大いに活用できるという意見とに分かれていたが、いずれにせよP社からのスポーツ事業部門の譲受けを積極的に進めるべきことで意見は一致していた。なお、Q社は、株式買取請求権の行使を懸念し、これが問題となる手続は利用しないこととした。

P社は業績が思わしくなく、特にスポーツ事業部門が不振であったため、P社の取締役会においては、ホテル事業に傾注して業績の立て直しを図るべきであり、スポーツ事業部門をQ社に譲渡することに賛成の意見が多数を占めた。ただし、スポーツ事業部門を譲渡することには取締役の一部に強い反対があったため、Q社にスポーツ事業部門を譲渡するが、将来、P社の業績が回復すればスポーツ施設の運営事業を再開することは妨げられないよう、Q社との間で約定しておくべきことで意見がまとまり、その点については、Q社からの一応の了解も得られた。

[設問1] この段階で、P社法務部の担当者が弁護士であるあなたのもとに、本件に関する会社法上の手続の進め方について相談に来た。Q社がスポーツ施設の運営事業を承継する場合と、当該スポーツ施設をショッピングセンターに転用する場合とに分けて、回答すべき内容を検討しなさい。なお、後記2記載の事実は、ここでは考案せずに解答すること。

2. その後、P社代表取締役Aが複数の専門家に鑑定をさせたところ、収益からみたスポーツ施設の運営事業の事業価値は20億円を下らず、また、スポーツ施設の資産価値も30億円を下らないとの回答を得たが、Q社代表取締役Bは、帳簿価額により算定した10億円以下にするよう強く求めた。

P社は、スポーツ施設の運営事業の今後の動向、当該事業再開の可能性、Q社との関係の継続等も考慮した上で、契約内容の再検討を行った。その結果、P社代表取締役AとQ社代表取締役Bとの間で、別紙の契約書による契約が締結され、当該契約は履行された。なお、当該契約の締結については、P社の取締役会において承認され、さらに、P社の株主総会において特別決議により承認された。Q社の取締役会においても、当該契約の締結に先立ち、重要事実が開示され、Aを議決から排除した上でその締結を承認する決議がされた。

[設問2] 上記の事実関係について、会社法上の問題点を検討しなさい。

事業譲渡契約書

P株式会社（以下「甲」という。）とQ株式会社（以下「乙」という。）とは、甲の事業の譲渡につき、次のとおり契約を締結する。

記

第1条（事業譲渡）

(1) 甲は甲のスポーツ施設の運営事業部門（以下「本事業」という。）を乙に譲渡し、乙はこれを受け継ぐ。

(2) 本事業の譲渡により、本事業にかかわる甲の資産及び負債は、乙に譲渡される。

第2条（譲渡日）

譲渡日は、平成〇年〇月〇日とする。ただし、法令上の制限、手続上の事由により必要あるときは、甲・乙協議の上、これを変更することができる。

第3条（譲渡価額）

本事業の譲渡の価額は、金10億円とする。

第4条（競業の禁止）

甲は、本事業の譲渡の後、スポーツ施設の運営事業を行わない。

第5条（瑕疵担保責任）

譲渡資産に重大な瑕疵があった場合は、本契約の趣旨に従い、甲・乙協議の上、その解決に当たる。

第6条（善管注意義務）

甲は、本契約締結後、引渡完了に至るまで、善良なる管理者の注意をもって本事業及び譲渡資産の管理運営を行い、本事業及び本契約に重大な影響を及ぼすような行為をする場合は、あらかじめ乙と協議するものとする。

第7条（支払方法）

乙は、第3条の譲渡価額から甲の乙に対する債務額を控除した額を支払うものとする。また、譲渡価額の支払方法は、甲・乙協議の上、別途定める。

第8条（従業員の取扱い）

本事業に従事している甲の従業員の雇用については、甲・乙協議の上、別途定める。

第9条（移転手続）

譲渡資産のうち登記、登録、その他移転のために必要とするものについて、甲・乙協力してその手続を行う。

第10条（取引先等の継承）

乙は、甲の本事業に関する顧客及び仕入取引先を継承する。

第11条（費用負担）

譲渡資産に関する公租公課、保険料等の費用は、日割計算により、譲渡日までの分は甲の負担、その後の分は乙の負担とする。

第12条（契約の変更又は解除）

本契約締結の日から譲渡期日に至る間に、天災地変その他の事由により甲の財産又は経営状態に重要な変動が生じたときは、甲・乙協議の上、条件を変更し、又は本契約を解除することができる。

第13条（効力発生）

本契約は、本事業の譲渡に必要な法令の手続が終了したときに、その効力を生ずる。

第14条（管轄裁判所）

本契約に関する紛争については、〇〇地方裁判所を第一審の専属管轄裁判所とする。

以上の証として、本契約書を2通作成し、甲・乙各々その1通を保有する。

平成〇年△月△日

(甲) P株式会社

代表取締役

A

(乙) Q株式会社

代表取締役

B

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

[第2問] (記点：2.00 [設問1から設問4までの配点の割合は、4：4.5：7：4.5])
次の文章を読んで、以下の1から4までの設問に答えよ。

1 民事裁判実務修習中の司法修習生K (以下「K修習生」という。)は、配属先の裁判所で、XがYに対して提起した保証債務の履行を求める訴えの訴状等を検討して、以下の【メモ】を作成した。なお、X、Y、A、Bはいずれも株式会社である。後記は、その内容に関する担当裁判官J (以下「J裁判官」という。)とK修習生の会話である。

【メモ】

1. Xは、平成16年9月13日、Aに対し、3600万円を次の約束で貸し付けた (以下、この消費貸借契約に基づくXのAに対する貸金債権を「本件貸金債権」という。)

返済方法等 平成17年1月20日、同年5月20日、同年9月20日及び平成18年1月20日に各800万円並びに同年5月19日に400万円

利息 年9%

遅延損害金 年14%

期限の利益喪失 Aが前記返済を1回でも怠ったときは、Aは当然に期限の利益を喪失する。

2. Aは、平成15年10月6日、Bとの間で、AがBに対して3年間継続して機械部品を販売する旨の契約 (以下「本件基本契約」という。)を締結し、Yは、同日、Aとの間で、本件基本契約に基づいてBがAから購入した機械部品の売買代金債務について、連帯保証する旨の契約書を作成した。

3. XとAとは、平成16年9月13日、本件貸金債権を担保するために、本件基本契約に基づく将来の売買契約によって発生する代金債権をAからXに譲渡する旨合意し、その旨の債権譲渡登記をした。上記債権譲渡の際、XがAに対して譲渡担保を実行する旨の通知をするまでは、Aに代金の受領権がある旨をも合意した。

4. Aは、Bに対し、本件基本契約に基づいて、平成17年6月14日に代金5000万円で、同年7月15日に代金1200万円、同年8月10日に代金1500万円、同年9月5日に代金4000万円、それぞれ機械部品を売った。

5. Aが、上記1の平成17年9月20日にするべき返済を怠ったため、Xは、Aに対し、同年10月8日、譲渡担保を実行する旨の通知をした。

6. Xは、Bに対し、同日、債権譲渡及びその譲渡につき債権譲渡登記がされたことについて、登記事項証明書を交付して通知をした上、上記4の売買代金の支払を求めたところ、Bは、これに応じなかった。

7. 平成17年11月下旬、Xは、Yに対し、Bの売買代金債務についての保証債務の履行を求めたが、Yは支払わなかった。

8. Xは、Yに対し、保証債務の履行を求めて本件訴訟に及んだ。

【J裁判官とK修習生の会話】

J裁判官：訴訟物はXのYに対する保証債務履行請求権ですね。保証債務の履行請求をするための請求原因事実は、一般的には、(7)主債務の発生原因事実、(4)保証契約の締結とされているので、本件では、(7)AとBが売買契約を締結したこと、(4)YとAとが保証契約を締結したことになりますね。

AのYに対する保証債務履行請求権を、Xが取得して行使できることを基礎付けるた

めの請求原因事実が何かを検討してみましょう。

K修習生：債権譲渡担保の法的構成をどのように考えるかによって違いそうです。

J裁判官：それでは、あなたの考える法的構成を前提として、本件事案の契約について請求原因事実を考えましょう。

本件においてX・A間で債権譲渡担保の契約を締結したとの事実はもちろん必要だとし、そのほかにも要件事実として必要か否かが問題となる事実が幾つかありますが、そのうち、例えば、

- ① 本件貸金債権の発生原因事実
- ② 債権譲渡登記をしたこと
- ③ 譲渡担保を実行する旨の通知をしたこと
- ④ 債権譲渡及びその譲渡につき債権譲渡登記がされたことについて、登記事項証明書を交付して通知をしたこと

が、それぞれXのYに対する本件請求の請求原因事実になるか否かについてはどう考えますか。

【設問1】 あなたがK修習生であるとして、あなたの考える本件債権譲渡担保の法的構成を簡潔に説明した上、J裁判官が示した前記①から④までの各事実がXのYに対する本件請求の請求原因事実として必要か否かについて論じなさい。なお、解答に当たっては、後記Ⅱ以下の事実は考慮しないこと。

Ⅱ1. 前記Ⅰの訴訟において、Xが前記Ⅰの【メモ】記載の事実を主張したのに対し、Yは、

(1) Xが主張した前記Ⅰの【メモ】記載の事実のうち、2、4及び7の事実は認め、その他の事実は知らない

(2) Aは、前記Ⅰの【メモ】4記載の各売買代金債権をZに二重に譲渡し、Bは、Zに対して、その債務を弁済したと主張した。

これに対し、Xは、Yが主張する(2)の事実を否認した。

また、Xは、AからXへの債権譲渡に関する文書を証拠として提出した。Yは、AからZへの債権譲渡に関する文書及びBからZへの金銭支払を示すBの出金伝票を証拠として提出し、A及びBの各担当社員証人の証言の申出をした。

J裁判官は、X及びYが提出した上記各文書を取り調べ、A及びBの各担当社員証人を証人として尋問する旨の決定をして、争点整理が終了した。

その後実施されたA及びBの各担当社員に対する証人尋問において、両名は、AのBに対する債権がX及びZに二重に譲渡された旨を証言し、さらに、Bの担当社員は、BがZにその債務を弁済した旨をも証言した。

2. 上記証人尋問終了後、Xは、Zに対し、BのZに対する弁済が有効にされたことを前提とする不当利得の返還を求める訴えを提起した。これに対し、Zは、BのZに対する弁済の事実を否認し、Bから金銭の交付を受けたことではないと主張して争った。そこで、Xは、BのZに対する弁済の事実について統一的な判断を得たいとして、裁判所に対し、Yに対する訴訟とZに対する訴訟について、口頭弁論の併合を求めた。

3. K修習生は、X・Y間の訴訟及びX・Z間の訴訟を担当するJ裁判官から、Xが提出した口頭弁論の併合を求める書面を渡されて、以下のような会話をした。

J裁判官：Kさん、Xは、Yに対する訴訟とZに対する訴訟の口頭弁論を併合すれば、両方の訴訟で、Bの弁済の事実について統一的な判断が得られるとしていますが、その理由は分かりますか。

K修習生：口頭弁論の併合により、事実上、訴訟進行も一様となり、共同訴訟人間でも、いわゆる証拠共通の原則が認められているので、判断の統一をかなり期待することができるとされているからです。

J裁判官：そうですね。ところで、民事訴訟法第39条が定めている、いわゆる共同訴訟人独立の原則は、どのような考え方を基礎にしているものか分かりますか。

良い機会なので、①共同訴訟人独立の原則と共同訴訟人間の証拠共通の原則が、それぞれどのような考え方に基づくものか整理して報告してください。その上で、②仮にXのYに対する訴訟とZに対する訴訟とを併合して審理したとして、共同訴訟人間の証拠共通の原則が働くとの見解を探った場合に、どのような問題点があるか、また、その問題点についてどのように考えるべきかを検討して報告してください。

【設問2】 あなたがK修習生であるとして、J裁判官の前記①②の質問に対してどのような報告をすべきかを述べなさい。なお、解答に当たっては、後記Ⅲ以下の事実は考慮しないこと。

Ⅲ J裁判官は、前記ⅡのX・Y間の訴訟とX・Z間の訴訟の口頭弁論を併合し、証拠調べを終え、平成18年5月12日、口頭弁論を終結した。弁論終結後のある日、K修習生は、J裁判官との間で以下のような会話をした。

J裁判官：先日、本件証拠調べの結果、認定し得る事実の内容をレポートにして提出してもらいましたが、なかなか頑張りましたね。一通り見せてもらい、適宜修正してみました。私としては「認定事実の概要」とおりの事実が認定できると考えています。

K修習生：証拠から事実を認定するのもなかなか難しいですね。

J裁判官：そこで、次に、この事実が証拠上認められる事実であるとして、証明責任の所在は考慮しないで、実体法的観点から検討してみてください。

【認定事実の概要】

1. Xはいわゆる総合商社である株式会社、Aは機械部品の製造販売を目的とする株式会社、Yは大型機械の製造販売を行う株式会社、Bも同種の中型・小型機械の製造販売を行う株式会社で、YはBの親会社である。もともとAとYとは、Aが製造販売する機械部品をYに販売するという取引関係があった。

2. Aは、Yからの紹介を受け、Bとの間でもAが製造する機械部品を売買することになった。しかし、AにとってBは初めての取引先であり、いまだ信用が不十分であったこともあり、親会社であるYがBの売買代金債務を連帯保証することとされた。

そこで、Aは、平成15年10月6日、Bとの間で、継続的に機械部品を売買する契約を締結した。契約期間は3年間とし、機械部品はBからの発注後1週間以内に納品し、代金は納品の3か月後に支払うものとされた。AとBのそれぞれの代表取締役が同日に上記内容の基本契約書に署名押印した。その際、上記基本契約に基づく売買契約によって生ずるBのAに対する売買代金債務について、Yがこれを連帯保証するとの合意がされ、Yの代表取締役が上記基本取引契約書の連帯保証人欄に署名押印した。

AとBとの間の機械部品の取引は、以後概ね一月に1回行われたが、取引額は300万円から2000万円くらいまで様々であった。Aは、契約どおり、Bからの発注後1週間で注文された機械部品を納品し、Bも納品の3か月後には約定どおりAに代金を支払ってきた。

3. Xは、Aから運営資金の融通を依頼され、前記Ⅰ【メモ】1記載のとおり、Aに対し、平成16年9月13日、3600万円を、利息年9%、遅延損害金年14%とし、5回の分割返済(1回目から4回目までは各800万円、5回目は400万円、1回目は平成17年1月20日、2回目は同年5月20日、3回目は同年9月20日、4回目は平成18年1月20日、5

回目は同年5月19日、利息は各分割金の支払期日にそれまでの利息を支払うものとし、Aが分割金の弁済を1回でも怠ったときは、当然に期限の利益を喪失するものとする。)の約定で、貸し付けた。

そして、Aは、Xとの間で、前記I【メモ】3記載のとおり、平成16年9月13日、上記借入金債務を担保するため、上記A・B間の機械部品の継続的売買契約の契約期間中これに基づき売買契約によって将来生ずべきAのBに対する売買代金債権をXに譲渡する旨の契約を締結し、A及びXはその旨の債権譲渡登記をした。なお、本件譲渡担保契約では、XがAに対して譲渡担保を実行する旨の通知をするまでは、Aに代金の受領権がある旨の合意がされた。

Aは、Xに対し、平成17年1月20日と同年5月20日にはそれぞれ元金8000万円を支払うとともに、それまでの利息も支払った。

4. Aは、上記2の契約に基づいて、さらに合計4回にわたって、Bに対し、機械部品を代金合計3600万円で売った。前記I【メモ】4記載のとおり、第1回は平成17年6月14日に代金500万円(同年21日に機械部品引渡し)、第2回は同年7月15日に代金1200万円(同年22日機械部品引渡し)、第3回は同年8月10日に代金1500万円(同年17日機械部品引渡し)、第4回は同年9月5日に代金400万円(同年12日機械部品引渡し)であった。

5. Aは、平成17年に入ってから業績が悪化しなくなり、上記のとおり同年5月20日にXに元利金を支払ったものの、そのころから資金繰りが苦しくなり、Bに対して機械部品を売却するたびに、生じた代金債権をすべて金融業を営むZに売り、代金を得て事業資金に充てざるを得なくなかった。

すなわち、同年6月14日付売買契約に基づく代金債権500万円については、同年7月8日代金450万円で、同年7月15日付売買契約に基づく代金債権1200万円については、同年8月1日代金1000万円で、同年8月10日付売買契約に基づく代金債権1500万円は、同年20日代金1200万円、同年9月5日付売買契約に基づく代金債権400万円は、同年12日に代金200万円、それぞれZに売却した。そして、Aは、Bに到達した各内容証明郵便(順に同年7月11日、同年8月3日、同年8月22日、同年9月14日到達)で各債権譲渡の通知をした。

6. Bは、上記合計3600万円の売買代金債務のうち、第1回売買分500万円については、平成17年9月21日、Zに弁済した。また、第4回売買分400万円については、AからZへの債権譲渡の内容登証明書郵便の送付を受けた後、同年9月22日、Zから受けた電話に対し、特に何も考えないで特に何の留保もせずその譲渡を承諾した。

7. Xは、Aが平成17年9月20日に支払うべき借入金金の分割金8000万円を支払わなかったことから、Aに対し、数回にわたりその支払を催告したものの、Aの担当者からも少し待つてほしいとの言い訳しか得られなかったため、同年10月8日到達の書面で、Aに対し、譲渡担保を実行する旨の通知をするともに、併せて、同日、Bに対し、AのBに対する4回分の売買代金債権すべてについて、債権譲渡及びその譲渡につき債権譲渡登記がされたことを債権譲渡登記の登記事項証明書を交付して通知した(前記I【メモ】5及び6記載のとおり)。

8. とところで、第4回売買(代金400万円)については、BはAから目的物である機械部品すべての引渡しを受けたものの、売買目的物に直ちに発見することができない瑕疵があり、しかも、その瑕疵は、商品としての価値自体を失わせるような重大なものであった。Bは、第4回の売買の商品の納入後1か月程経って、この瑕疵に気づき、平成17年10月19日、Aに対して第4回の売買契約を解除するとの意思表示をした。

(設問3) あなたがK修習生であるとして、①XA間の法律関係を検討し、②Xは、Y及びZに対し、それぞれどのような請求をすることができるかについて、それぞれ金額を明示して論じなさい。なお、利息及び遅延損害金(遅延利息)の問題は省略してよい。

IV 以下の問題を検討するに当たっては、前記II及びIIIの事実、並びに設問2及び設問3の各設問に対するあなたの検討結果は一切考慮せず、XがYに対して前記Iの訴えを提起した時点にさかのぼった上で、以下の記述を読み進めなさい。

1. Xは、Yに対して3600万円の保証債務の履行を求める訴えを提起した後、Bに対しても売買代金合計3600万円の支払を求める訴えを提起した。なお、XB間の訴訟の口頭弁論は、XY間の訴訟の口頭弁論とは併合されなかった。

2. Yは、上記保証債務履行請求訴訟の訴状及び呼出状の送達を受けたが、この件は主債務者であるBが適切に処理してくれるものと信じて、答弁書を提出せず、また、口頭弁論期日にも出席しなかった。その結果、この訴訟の口頭弁論は平成17年12月20日にY欠席のまま終結し、平成18年1月10日、Y敗訴の判決書がYに送達され、2週間後にこの判決が確定した。Yはその後、Xやその代理人からは何らの通知や連絡も受けていない。

3. 平成18年5月中旬、Yは、Bから連絡を受けて、上記1のXB間の売買代金請求訴訟の口頭弁論が同年3月下旬に終結し、X敗訴の判決が同年5月10日に確定したことを知った。

4. XB間の訴訟の判決理由によれば、裁判所は、売買代金債権合計3600万円のうち、(1)第1回分の500万円については、Bが平成17年9月21日に当該債権の二重譲受人であるZに弁済したこと、(2)第4回分の400万円については、Bが同年10月19日に商品の瑕疵を理由に売買契約を解除したこと、(3)第2回分の1200万円及び第3回分の1500万円については、Bが平成18年2月10日に商品の瑕疵を理由にそれぞれ各売買契約を解除したことを根拠として、Xの請求をすべて棄却していた。

5. L弁護士は、Yから、XB間の訴訟でBが勝訴したことを理由に、Xからの強制執行を免れる方法はないかと相談を受けた。L弁護士の事務所では実務修習中の司法修習生M(以下「M修習生」という。)は、この相談に立ち会った後、L弁護士と以下のような会話をした。

L弁護士: Mさん、さっき相談があった件で、Xからの強制執行を免れるためにはどのような手続を採ればよいですかね。

M修習生: Xに対して請求異議の訴えを提起する方法が考えられます。ただ、本件では異議の理由が立たないような気がします。

L弁護士: そんなに簡単にあきらめないで、いろいろな考え方があるのだから、本件で強制執行を免れることができるかとする結論を導くための理由として、どのような考え方を根拠とする主張が有り得るかについて検討してみてください。

それから、請求異議訴訟でそのような主張をしたとき、Xはどのような考え方に基づいて反論をしてくるかを予想し、これに対する再反論ができるかどうかを検討して報告してください。

(設問4) あなたがM修習生であるとして、L弁護士が指示した前記事項について、検討の結果を述べなさい。ただし、XY間及びXB間の各判決の適否や妥当性については、検討の対象としないこと。

平成19年 民事系本試験問題

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100)

次の文章(資料①から③までを含む。)を読んで、後記の設問1及び設問2に答えよ。

1. 甲株式会社(以下「甲会社」という。)は、自動車の電子部品を製造する会社である。甲会社は兄弟であるA1とB1が中心となってその設立を行ったものであり、その後も、A1が代表取締役社長、B1が取締役副社長として、甲会社の共同経営を行ってきた。
2. 甲会社は、平成7年4月に、多角化の一環として、ゲームソフト開発部門を創設した。その際、B1と親交があったCがゲームソフト開発部門の責任者に就任した。Cの入社を契機として、甲会社の業績は急速に向上した。甲会社は、平成15年4月には、東京証券取引所(マザーズ)に上場を果たした。初値は1560円を記録し、その後も、甲会社の株価は1000円台で推移した。
3. 甲会社の取締役会は5名で構成され、A1及びその妻A2、B1及びその友人B2並びに取引金融機関から出向しているDが取締役に就任していた。
4. 甲会社の業績は好調であったが、平成17年の秋以降、過酷な競争にさらされ、その成程に陰りが見え始めた。これとともに、その経営方針をめぐって、A1とB1との間で争いが生ずるようになり、甲会社の株価も300円前後と低迷した。
5. このような状況下で、自動車部品の総合メーカーである乙株式会社(以下「乙会社」という。)から、甲会社に対し、自動車部品の製造におけるシナジー(相乗)効果を期待して、経営統合の話が持ち込まれた。A1は、自動車部品製造の業界における自力での生き残りは難しいと判断して、乙会社の提案に前向きな姿勢を見せた。これに対し、B1は、あくまで自主経営を目指すべきであるとして、B1を中心とする経営陣による甲会社株式に対する公開買付けの実施について外資系ファンドとの交渉を始めた。甲会社をめぐめるこれらの動きが新聞で報道されたことを契機として、甲会社の株価は平成18年5月中旬には900円台に急騰した。
6. 平成18年6月7日、甲会社は、臨時取締役会を開催して、乙会社に対する募集株式の第三者割当てを決定した。この件に関しては、甲会社の株主総会は開催されていない。かかる決定に際しては、B1らの反対が予想されたため、A1は、B1及びB2が海外出張に出かけた時期を見計らって臨時取締役会を開催することとした。甲会社の定款には、取締役会の招集通知について会日の2日前までに送付する旨の定めがあり、当該取締役会の書面による招集通知はB1及びB2が海外出張中である6月4日に送られ、また、B1及びB2は、同日に電子メールでも招集通知と同内容の連絡を受けた。しかし、B1及びB2は、結局6月7日の臨時取締役会までに帰国することができず、同取締役会では、取締役5名中3名が出席し、出席者全員の賛成で募集株式の発行に係る議案が可決された。資料①は、この臨時取締役会の議事録である。
7. 乙会社においても、同日、甲会社株式を引き受ける件について、取締役会で全員賛成の決議がされた。株式を引き受けるに当たり、乙会社では、〇〇法律事務所に依頼し、意見書を受領しているが、資料②は、この意見書の抜粋である。また、乙会社は、甲会社の財務状況及び経営統合の効果についての調査を△△監査法人に依頼し、報告書を受領しているが、資料③は、この報告書の要旨である。乙会社がこの募集株式に対して払い込んだ金額は、平成17年12月7日から平成18年6月6日までの6か月間の甲会社の株価の平均額に90パーセントを掛け合わせたものとして算定されている。
8. 海外出張から帰国したB1は、かかる第三者割当ての決定に対して猛烈に反発した。そこで、A1は、ゲームソフト開発部門の事業譲渡等によるB1の独立を提案してB1と交渉を開始したものの、その途中に、先の第三者割当てによる募集株式の発行を強行した。結局、B1の独立は実現しなかった。第三者割当ての実施によって、乙会社は、甲会社の議決権の55パーセントを

保有する株主となった。なお、第三者割当てによる募集株式発行については、適法な公告が行われたほか、募集株式の割当て及び払込みについての手続に法令違反はなかった。

9. 乙会社の子会社となった甲会社では、平成18年9月29日開催の定時株主総会において、任期満了となったB1及びB2を取締役として再任せず、また、A1及びA2に加えて、新たに乙会社関係者を取締役に選任した。

10. 第三者割当ての実施後、甲会社の株価は600円台で推移した。その後、平成18年12月に、甲会社のゲームソフト開発部門の中心であったCがゲームソフト会社の大手である丙株式会社に好条件で引き抜かれ、そのニュースが業界誌に掲載されたことにより、甲会社の株価は急落した。乙会社は、平成18年度(平成18年4月1日から平成19年3月31日まで)の決算に当たり、甲会社の株価が140円と、取得価格の50パーセントを割り込んだことから、監査法人の意見に従い、保有する甲会社株式の評価額について1株当たり300円から140円にする減損処理を行った。

11. Xは、平成17年9月1日に乙会社の株式を1単元購入し、以後これを継続して保有している株主である。Xは、平成19年5月に、乙会社に対し、甲会社から第三者割当てを受けた当時からの乙会社の代表取締役社長Y1及び担当取締役Y2は取締役としての善管注意義務に違反して甲会社の株式を引き受け、同株式の減損処理による損害を乙会社に与えたとして、Y1及びY2に対する損害賠償責任を追及する訴えを提起するように求めた。なお、Xは、損害賠償額として、甲会社1株当たり160円の減損処理額に乙会社の引き受けた株式数を乗じた金額を主張している。

[設問1]

甲会社の乙会社に対する募集株式の発行が行われた後において、B1はどのような法律上の措置を執ることができるか、あなたの意見を述べなさい。

[設問2]

Y1及びY2の乙会社に対する責任について、あなたの意見を述べなさい。

資料①

臨時取締役会議事録

平成18年6月7日午後1時15分、当本社会議室において、取締役5名中2名欠席のもと取締役会を開催した。取締役社長A1が議長席につき次の議題を付議した。

(決議事項)

1. 募集株式の発行について

取締役社長A1から、下記の条件で乙株式会社に対して募集株式の発行を行うことについて提案があった。質疑応答の後、付議され、出席者全員異議なくこれを決議した。

- (1) 発行方法：第三者割当てによる
- (2) 払込金額：1株当たり300円
- (3) 発行株式数：550万株
- (4) 株式の種類：普通株式
- (5) 払込期日：平成18年6月26日
- (6) なお、本件株式の発行後、乙会社は当社の発行済株式総数の55パーセントの株式を保有する株主となる。

以上をもつて議題の審議を終了したため、議長は午後2時15分閉会を宣した。

この議事の経過の要領及び結果を明確にするため、本議事録を作成し、出席取締役及び出席監査役はこれに記名押印する。

平成18年6月7日

議長	取締役社長	A1	印
	取締役	A2	印
	取締役	D	印
	常勤監査役	E1	印
	社外監査役	E2	印
	社外監査役	E3	印

資料②

以上のような事情を考慮すれば、対象会社において、第三者割当増資を行って、現経営陣、特にB1を更迭することとなれば、Cも退職するおそれが高く、その場合には、本件事業部門において、現状のような収益を今後も継続して上げていくことは非常に困難であると考えられる。

(略)

〇〇法律事務所の見解の抜粋

(略)

III ソフト開発部門関係

1 調査結果

i 本件事業部門の概要について

本件事業部門は、売上こそ対象会社の売上額の20パーセントにすぎないが、経常利益の段階では、他の部門がいずれも赤字となっていることから、全体の100パーセントを占めており、正に、対象会社の収益のかめである。

本件事業部門の製品（以下「本件製品」という。）は、いわゆる「次世代ゲーム機用ゲームソフト」と呼ばれるものであるが、対象会社の本製品は、過去において業界で高い評価を得ている。

対象会社がこの事業を行うようになったのは、約11年前に、Cが、当時経営していたゲームソフト開発会社が経営難となった際に、大学時代の先輩である対象会社の現経営者の一員であるB1に援助を要請し、対象会社の支援によって、当該ゲームソフト会社の負債を整理し、対象会社に新設されたゲームソフト開発部門の責任者として入社したことからである。

その後、Cに対しては、何回もヘッドハンティングの誘いがあったが、Cは、このような経緯から、B1に対する恩義を感じて、これを断ってきたとのことである。

また、これらの具体的な開発作業を行っているのは、対象会社の従業員ではなく、下請契約を締結した個人のSE（システムエンジニア）であるが、企業への帰属意識は低い。

ii 基本契約の締結状況と内容

開発の発注元との間では、必ず契約が締結しており、その管理態勢についても何ら問題となるべきところではなかった。

また、SEとの下請契約についても、全員との間で締結されており、その内容も含めて特に問題はないと考えられる。

iii 契約内容における特殊な条項について

Cは、ゲームソフト業界において、カリスマゲームクリエイターと呼ばれるほどの人気を誇っており、過去、数々のヒット商品を世に送り出している。

そのために、取引先とのソフト開発基本契約においては、Cの継続雇用が契約存続の条件となっているものが大半である。

2 結論

i 前記のような事情から考えて、今後、対象会社の経営陣が交代することとなった場合には、Cが独立し、又は競争会社へ転職する可能性が高い。なお、対象会社には、割増退職金を受領した者についての退職後1年間の就業禁止規定があるが、その受領は退職者の選択に任ざれており、Cがこれを受領する可能性は極めて低い。

なお、開発基本契約は、前述のように、Cの雇用継続を条件とするものが多いが、開発完了後については、この適用はなく、対象会社に対するプレミアムフィーの支払は、Cが退職したとしても、一定期間（2年が大半である）継続される。

ii さらに、下請のSEの大半は、Cのカリスマ性からこれを募って集まっている者であり、Cの退職後も対象会社との下請契約を締結することは考えにくい。

資料③

△△監査法人の報告書の要旨

経営統合に基づく経済的効果について

貴社は、本件甲会社との経営統合の経済的効果として、約2.4億円の相乗効果があるとの判断に基づいて、事業計画を立てている。そこで、その妥当性について、以下検討する。

1 事業計画書の記載とその妥当性の検証

(1) 研究開発費の低減

事業計画書には、貴社における研究開発費約200億円のうち、15パーセントを占める電子部品関連について、これを半減し、約15億円減額することができるとの記載がある。

貴社は、最終商品に関する機密保持の問題もあり、電子部品について独自に研究開発をしている。しかし、そのうち多数のものについては、車師や性能の問題から、現在、甲会社製品の供給を受けている。そこで、貴社がその製造する商品に合わせた基本性能を示して、電子部品を甲会社に開発させ、あるいは、甲会社と共同して開発を行うことにより、研究開発費の大幅な低減が可能である。そこで、前記事業計画書記載の研究開発費の低減は、その実現性について不合理なものとは考えられない。

(2) 開発期間の短縮

事業計画書には、(1)記載のような研究開発部門の統合により、新製品に使用する電子部品の開発期間がおおむね半分の9か月ほどに短縮することができ、これによって、部品調達コストを2パーセント低減することができるとの記載がある。

技術コンサルタントの試算によれば、開発期間が、平均でも現状の半分程度に短縮可能とされている。また、今後、甲会社との共同開発が可能な部品の調査額を前提とした場合には、この開発期間短縮による効果は、人件費などを含めて総合すれば、約6億円と試算されている。これらは、高度な専門分野の問題であるが、その判断過程などにおいて、合理性を欠くと考えられる部分はなく、この判断を前提とした事業計画の内容については不合理なものとはいえない。

(3) 製造計画に応じた調達と流通コストの低減

事業計画書には、貴社グループ工場の一角に甲会社工場を移転することにより、貴社の生産計画に応じて、電子部品の供給を受けることが可能となり、かつ、これによって流通コストを低減することができるとの記載がある。その前提とされた技術コンサルタントの試算による、i) 貴社の主力工場に隣接する現在利用されていない貴社第21工場を甲の工場として利用した場合の移転費用の算出、並びに、ii) これによる流通コスト削減に関する考え方に不合理なところは見当たらず、これを前提とした削減効果についても不合理なものとはいえない。

したがって、これらの効果を約3億円としている事業計画書の記載には、不合理な部分は見当たらない。

(4) 人材交流の実施

事業計画書には、研究者の人材交流を通じて、貴社新製品の開発について、部品開発も含めた一貫した発想が生まれる可能性があるとの記載がある。

確かに、人材交流の実施による効果に関する前記事業計画書の記載に不合理な点は認められな

いが、具体的な効果の算定は不可能である。

2 結論

以上の検討により、本件甲会社との経営統合に基づく貴社における経済的な相乗効果を約2.4億円と考えることは、不合理であるとはいえない。

【民事系科目】

〔第 2 問〕（配点：200（設問 1 から設問 3 までの配点の割合は、10：6：4））
次の文章を読んで、以下の 1 から 3 までの設問に答えよ。

I X と Y の間には、美術工芸品甲の売買契約をめぐって争いがある。以下は、この紛争について、X の側の J 弁護士と Y の側の K 弁護士が平成 18 年 5 月初めに確認した【弁護士間で確認された事実】、【X の言い分】、【Y の言い分】及び K 弁護士と弁護士実務修習中の司法修習生 L（以下「L 修習生」という。）が平成 18 年 5 月末に交わした【K 弁護士と L 修習生の会話】である。

【弁護士間で確認された事実】

1. 平成 17 年 9 月ごろ、美術品収集家の X は、Y の勤めに応じて、p 国在住の A が制作した美術工芸品を買うことにした。Y は、外国を歩き回って現地の美術工芸品を買い付け、それを輸入して売っている者であり、A から、既に完成している作品甲の売却の内諾を得て、買主を求めていた。
2. A の作品は、p 国の伝統的な祭祀具に独自の工夫を凝らしたものであり、その大きさ・装飾・塗り等も一つ一つ異なっている。そして、作品の目立たない箇所には、作者の銘・完成年月日・作品番号などが刻印されている。Y は A が制作した甲の写真を X に見せて購入を勧めた。
3. 9 月 28 日、Y は、X と代金額・支払時期などについて協議したことを反映させたメモを作成し、X に交付した。そこには、次のような趣旨が記載されていた。

- | | |
|------------|---|
| ① 甲の代金額 | 600 万円 |
| ② 甲の納品日と場所 | 平成 17 年 12 月 7 日、X の自宅に届ける。 |
| ③ 支払期日 | 内金 200 万円
申込み時
中間金 200 万円
平成 17 年 12 月 7 日
残代金 200 万円
平成 18 年 1 月 10 日 |
| ④ 支払方法 | 中間金は甲の納品時に現金で支払う。それ以外は、〇〇銀行 X 支店 Y 各義の普通預金口座に振り込んで支払う。 |
| ⑤ 所有権移転時期 | 甲の所有権は代金完済時に X に移転するものとする。 |

4. 9 月 28 日、Y はメモを交付する際、「甲は、私が費用を払って船便で日本に輸送するが、p 国からの船便は月に 2 便程度で、輸送には 1 か月前後を要する。納品は、メモのとおり 12 月初旬を見込んでいるが、船便の状況によっては、1 か月程度は遅れるかもしれない。」と説明した。これに対して、X は、「それくらいの違いは構わないが、どんなに遅くとも来年（平成 18 年）2 月末日までに甲を納品して欲しい。」と述べただけで、Y の申込みに対して確定的な返事をしなかった。

5. 10 月 1 日、X は、Y の指定する銀行口座に、あらかじめ預かっていた振込用紙を用いて 200 万円を振り込んだ。

6. 10 月 6 日、Y は、A に国際電話で甲の売買契約の申込みをして、A の承諾を得た。そして、同日、甲の代金の一部を A の銀行口座に送金した。

7. 10 月 28 日、Y は、他の美術工芸品の買い付けを兼ねて再び p 国に渡航した。Y は、A に代金の一部を支払って甲の引渡しを受け、翌日、B 運送会社に船便で甲を p 国から日本に向けて送ることを依頼し、これを引き渡した。この時点では甲に傷はなかった。

8. 12 月 5 日に日本で B から甲を受け取った Y は、同日 7 日、X 宅に甲を持参し、X は、準備した中間金 200 万円をそろえて応対した。しかし、その場で網包を解いて、作者銘などの刻印を調べようとしたところ、甲の扉の可動部分の根元に亀裂と塗りの剥落があって開閉に支障があり、X が扉を慎重に開けようとした際に、支持部品が折れてしまった。このため、X は、

論文式試験問題集 [民事系科目第 2 問]

甲の受領を拒み、用意をしていた中間金200万円を支払わなかった。Yは、仕方なく甲を持帰し、運送品に傷が生じていたことをBに連絡し、Bから事実関係を確認するとの回答を得た。

9. 12月8日、Yは、同業者の友人に甲を鑑定してもらい、甲の価格は、傷があれば300万円程度になってしまうだろうとの評価を聞いた。Yは、その事実は伏せて、Xに、急いでp国に渡航して甲の修理が可能かどうかをAに尋ねてみるので待って欲しい旨を依頼し、この点ではXの同意を得た。しかし、「甲の残代金をAに支払う必要があるの中で中間金を直ちに支払って欲しい。」というYの趣請を、Xは拒絶した。

10. 12月10日、p国に渡航したYは、自分が面会した金でAに甲の残代金を支払った。Yが、持参した甲の破損部分の写真を見せ尋ねたところ、Aは、「傷が分からなくなると修理は可能であるが、甲をいったん分解し、傷のない部品と取り替えて組み立て直し、全体の塗装もやり直す作業が必要なので、修理には約2週間の期間と50万円の費用を要する。仕事が詰まっているため、早くても修理に取り掛かれるのは1か月先になる。」と答えた。

11. 12月12日、帰国したYはX宅を訪れて修理に要する費用や期間について説明し、修理品の納品は早くても2月半ば以降になると述べた。これに対して、Xは、傷のある甲は受け取れないと述べた。甲の修理をAに依頼するのかどうかについて語を詰める前に、Yが、中間金の支払と甲の修理費用の前払を求めたところ、Xは激怒し、「どれだけ遅くても来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらい、損害賠償も払ってもらうから覚悟しておけ。」と述べてYを追い返した。

12. 12月25日、BからYに荷物の破損に関する相談があり、Bは、Yに対して、艀が輸送船にぶつかったというこれまでに経験のない事故があったため甲が破損したと推測されると説明した上、日本とp国の間の往復の船便の輸送料及び甲の修理代金50万円はBが支払う旨の約束をした（なお、BからYに上記支払約束を確認する旨の書面が平成18年1月末に届いているが、甲の破損の経緯は、その後も不明である。）。そこで、Yは、Aに対して、国際電話をかけ、「甲を運送業者Cに頼んで航空便で送るので、早急に修理して欲しい。修理を完了した甲は、あなたのところに取りに行つて船便で日本に送るようCに頼んであるので、修理の完了をCのp国現地事務所へ連絡して欲しい。修理代金は、修理済みの甲の受領確認と発送の連絡がCからあり次第送金する。」旨を述べた。Yは、Aの承諾を得たので、翌日、甲をCに取りに来てもらって、A宛に航空便で送った。

13. 平成18年1月25日、Yは、Cから、「修理済みの甲をAより受け取り、直近の船便で送る。日本への到着予定は3月5日になる。」との連絡を受けた。Yは、修理代金50万円をAの銀行口座に送金した。さらに、Yは、甲の修理が完了した旨をXに電話で連絡した。Xが甲を航空便で送るよう求めたのに対して、Xが費用を負担してくれるなら手配すると返答したところ、Xは「それなら結構だ。」と言って電話を切った。そこで、Yは、Cに運送方法の変更を指示せず、甲は船便で日本に輸送された。

14. 3月5日、Yは、Cから甲を受け取り、梱包を解いて傷がないことを確認した。同月7日、Yは、甲をX宅に持参して、受領と引換えに残代金400万円の支払を求めたが、Xは、契約は既に解除したとして、甲の受領も残代金の支払も拒絶した。

【Xの言い分】

甲は、Dからの依頼を受けて平成18年5月に開催されるある美術展に出展するため、少し高いと思ったが、平成17年12月には納品できるといふことだったので買った。Dの主催している美術展は有名で、今回、甲のような美術工芸品がテーマとなっていたことは、Yも知っている。だからこそYは私に甲を売り込んできたに違いない。甲が2月中旬に引き渡されなかったため、出品物の図録撮影に間に合わず、美術展への出展は不可能になった。これでは、何のた

めに高い買物をしたのだからない。

Yが甲を持参したのは、約束した納品期日を3か月も過ぎている。こんなに遅れたのは、甲に傷が付いたためだが、その原因はBの運送ミスにあり、そんな業者を選んだYに責任がある。それなのに、傷物を持ってきた挙げ句、中間金の支払が遅れているとか、私に修理代の50万円を負担しろなどと言ってきたのだから論外である。私は、甲の修理をAに依頼したり、修理品を船便で送ることは同意していない。Aへの修理依頼や船便での運送はYが自らの判断でやったことである。遅くとも2月末には納品してくれなければ困ることは、契約前に言っておいたし、12月12日にも警告した。さらに、1月25日にYが電話してきたときにも、私はYに甲をp国から航空便で送れと言った。傷の修理に時間がかかったのに、こちらの正当な要求を無視して、更に1か月もかけて船便で送るとは、人を馬鹿にしている。

1月25日に、私は、船便で送るような態度をとるなら、もうこの契約は結構だ、と今一度警告した。私は、2月末までは残代金400万円を支払う準備をしていたのだが、2月末に甲が届かなかったことでこの契約は終わっているから、支払っていた200万円を早く返して欲しい。また、私は、甲を自宅で保管するために、昨年（平成17年）の10月30日に200万円する特注のアクリルケースを専門業者Bに注文していた。これが不要になったので、3月3日に、私はBに8万円を支払って契約を合意解除せざるを得なかった。美術品収集家としての私の評判は地に落ちた上、美術展が開催される20日間、甲をDに貸していたら得られははずの10万円の賃料を得ることもできなくなった。こうした損害は、Yにはきちんと賠償してもらいたい。

【Yの言い分】

5月にD主催の美術展があることは、もちろん知っているが、そこにXが甲を出展するなどという話は初耳である。

そもそも、甲に傷が付いたことについて、私には責任がない。甲の破損は不可抗力によるものである。仮にBに過失があったとしても、私は甲が壊れやすい高価品であることをBに示してきただけで、甲に梱包の依頼をしていたのだから、専門家のBを信頼して任せた私のどこに落ち度があるというのか。だからこそ、甲の破損についてBは、日本とp国の間の往復の船便の輸送料及び甲の修理代金50万円を支払うと言っている。Bは大企業であって、事後処理についての交渉態度も誠実で、Xの言うようないい加減な業者ではない。

私としては、本来なら甲をそのままXに渡せば十分だったはずで、私が航空運賃や修理代金50万円を取りあえず立て替えてまでAに修理を依頼したのは、修理を求めるXの指示に従ってそれに誠実に応えたためである。修理によってこの程度の納品の遅れが出ることは、Xにも伝えであり、むしろXがそれを了解した上で、強く甲の修理を求めていたのである。

その後も、私は、修理のために甲を航空便で送るなど、速やかな納品のためにできる限りのことをやった。3月7日の納品は、むしろ最善の努力の結果である。Xは、12月12日に会ったときにも、1月25日に電話連絡をした折にも、確かに2月中の納品を求めていた。しかし、美術展に間に合わなくなるなどという事情については、Xは何も言っていないから、船便で送った甲が届くのが3月初めになったことには何の問題もない。運送費用の増加分を負担もせず航空便で送れなどと要求するのは身勝手であり、Xも最終的には船便で結構だと無茶な要求を引っ込めたではないか。

また、3月7日に至るまで、Xは、一度も契約を解除すると明言したことがない。3月7日になつて唐突に解除を主張するのは、私が努力してきたことを無意味にしてしまうもので、全く理不尽である。

逆に、私は、Aに甲の代金を支払うため、資金が必要だった。こうした事情は、Xの要望を容れて代金を分割払にした経緯から、Xも十分承知していたはずである。それにもかかわらず、X

が中間金を支払ってくれなかったもので、私は自分で支払資金を別途工面しなければならず、非常に迷惑した。本来文句を言えないはずの甲の傷を理由に、甲の受取を拒絶して中間金を支払わなかったXの態度こそ不当である。

【K弁護士とL修習生の会話】

K弁護士：今月初めに、X側のJ弁護士との間で事実の確認をした上で、折り合いがつかないかと話し合ってみましたが、Xは、あくまでも裁判で決着をつけたいようです。Yのためには、Xがどういう主張をしているかを予想した上で、それに対して、Yとしてはどう反論するかを考えておかねばなりません。そこで、本件について検討し、その結果を私に報告して欲しいのです。

L修習生：先生、それでは、判例の考え方に沿って、まずは、Xが主張してくる法的構成を予測して、それへの対応を考えればよいのですか。

K弁護士：基本はそうですが、判例と異なっていることも、通説や有力説があって、Xに有利となれば、X側は、それに沿って法的構成を工夫してくることも考えられます。

L修習生：そうだと、判例と学説の対立があれば、それも整理しておく必要がありますね。

K弁護士：本件と関係ない点についてまで詳しく整理・検討したゼミの報告みたいなものを書いていただく必要はありません。あくまで確認された事実を照らし、お互いにどういう主張をすることになるのかを中心に、簡潔にまとめて欲しいのです。また、こちらの言い分をきちんと主張するのは当然ですが、Xの言い分が仮に認められた場合についても、さらに、こちらとしては対応を考える必要がありますね。

L修習生：例えば、私は、Yの言い分に沿ってYには帰責事由がないことを強く主張しようと考えていますが、裁判所に、帰責事由がないとはいえない、と判断される場合の対応も考える、ということでしょうか。

K弁護士：それは一つのポイントですね。その点は、契約解除の根拠の一つにも関係してきますね。それについて、私には、気になっている点があります。近時、債務者の帰責事由を必要とせずに契約の解除ができるという考え方も、学説では有力に主張されているようです。

L修習生：はい、以前から、履行遅滞による解除に帰責事由は不要とする見解がありますし、近ごろは、債務不履行一般について重大な債務不履行があれば帰責事由がなくても解除ができるという見解もあります。ただ、こうした見解を細部まで正確に理解して理論的な反論を準備するのは、私には少し荷が重いです。

K弁護士：分かります。ほかにも学説はあるようですから、そういう理論的な問題は、X側の具体的な主張を見た後で、一緒に検討しましょう。場合によっては、友人の大学教授に話を聞いてみます。君は、仮に債務不履行を理由とする解除には帰責事由を要しないと見解が採用されたとしても、確認された事実を即して考えた場合、Xは本件契約を解除できない、という主張が可能かどうかを考えてください。

L修習生：はい。ところで、先生、Yの側から未払代金等の支払を求める反訴を起こすことも検討しなければいけませんか。

K弁護士：その点は私が検討しますから、書かなくてよいです。いろいろ言いましたから、課題を整理しましょう。まず、(a)支払済み代金200万円の返還と18万円の損害賠償を請求するためにXが主張してくることを予想される様々な実体法上の法的構成を、確認された事実を前提として検討してみてください。次に、(b)Yはこれに対して、どのように反論すればよいかを考えてみてください。先ほど言いましたように、帰責事由がなくとも債務不履行を理由とする解除ができるという解釈論の当否自体の検討はしなくてもよいです。以上の2点について報告書を書いてください。

(設問1) あなたがL修習生であるとして、K弁護士が指示した課題(a)及び(b)についてどのような報告をすべきか、検討の結果を述べなさい。なお、本件については、すべて日本法が適用されるものとす。また、解答に当たっては、後記II以下の事実を考慮しないこと。

II 前記IのXY間の売買契約に関して、平成18年6月15日、XがYに対して訴えを提起したところ、その訴訟は、次のように推移した。

1. Xは、Yに対して、甲の売買契約を解除したとして、原状回復として支払済みとして支払済みの売買代金相当額200万円及びこれに対する平成17年10月1日から支払済みまで年6分の割合による利息、並びに債務不履行に基づく損害賠償として250万円及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払済みまで年6分の割合による遅延損害金の支払を求めて、訴えを提起した。なお、訴状は平成18年6月22日にYに送達されている。

2. Xの訴状には次のような記載があり、Xは第1回口頭弁論期日において訴状の内容を陳述し、また、同期日において甲4号証その他の書証を提出した。なお、甲4号証にはF名義の署名があるだけで、捺印はされていない。

【訴状】

<前略>

第1 請求の趣旨

- 1 Yは、Xに対し、200万円及びこれに対する平成17年10月1日から支払済みまで年6分の割合による金員を支払え
 - 2 Yは、Xに対し、250万円及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払済みまで年6分の割合による金員を支払え
 - 3 訴訟費用は被告の負担とする
- との判決並びに仮執行の宣言を求めらる。

第2 請求原因

<中略>

- 5 平成17年12月12日、XはYに対して、「どれだけ遅くとも来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらい、損害賠償も払ってもらえ。」と述べて、修理済みの甲の引渡しを催告すると同時に、平成18年2月28日の経過をもって甲の売買契約を解除する旨の意思表示をした。

<中略>

- 8 Xは、Xが甲を購入し美術屋に出展する話を聞き付けた同好の美術品収集家Fから、平成17年11月上旬ごろから、美術展終了後に甲を譲り渡して欲しい旨の懇請を受けた。そして、同年11月28日、Xは、Fとの間で、美術展終了後の平成18年6月10日を引渡し期日として、甲を850万円で転売する旨の契約を締結したが、Yが甲を適時に引き渡さなかったために、購入代金600万円と転売代金850万円の差額250万円を得ることができなかった。

<中略>

第3 証拠

<中略>

- 3 請求原因8の事実、F名義の文書(甲4号証)で証明する。

<後略>

【F名義の文書（甲4号証）】

X様	平成17年11月22日 本日はお目にかかることができず、残念でした。 先日来お願いしておりますに、甲を是非ともお譲り下さい。来年の6月8日までに850万円を用意することができるとの予定ですので、同日以降に代金の決済と甲の引渡しを行うということで、お願いできれば幸いです。改めて御連絡いたしますので、御検討のほどよろしくお願いいたします。 F（署名）
----	--

3. Yは、第1回口頭弁論期日において、あらかじめ提出していた答弁書に従って、「Xの請求をいずれも棄却するとの判決を求める」との請求の趣旨に対する答弁をした上で、「旧知のFに甲の購入の事実を問い合わせたところ、『覚えがない』とのことであったので、訴状記載の請求原因8の事実是否認する」と述べた。そして、(陳述①)「『覚えがない』と言っているFがこのような文書を作成したとは考えられないので、甲4号証の成立も否認する。」との陳述をした。

4. また、Yは、第1回口頭弁論期日において、訴状の請求原因5の記載について「『どれだけ遅くとも来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらおうし、損害賠償も払ってもらおう。』とのXの発言があったことは認める。」という陳述をした。第1回口頭弁論期日の後、弁論準備手続が開始され、同手続は計3回の期日をもって終結した。

その後、Fの証人尋問並びにX及びYの当事者本人尋問を行うために、第2回口頭弁論期日が開かれたが、この期日の冒頭の弁論準備手続の結果陳述に引き続いて、Yは(陳述②)「訴状の請求原因5記載のXの発言のうち、『支払済みの200万円は返してもらおう』旨の発言があったことは否認する。」との陳述をした。そして、(陳述③)「仮に訴状の請求原因5記載のとおりXの発言があったとしても、それが解除の意思表示に該当することは争う。」との陳述もした。

なお、受訴裁判所は、弁論準備手続における両当事者との協議の結果、この第2回口頭弁論期日をもって弁論を終結する予定にしている。

〔設問2〕 下線部のYの陳述①から③までに関する次の設問に答えなさい。なお、設問はXが訴状で採用した実体法上の法律構成の当否を問うものではない。

- (1) 陳述①の訴訟法上の効果を、Yが甲4号証の成立について認否をしなかった場合と比較して、論じなさい。
- (2) 陳述②と③の訴訟法上の効果（攻撃防御方法としての許容性を含む。）を論じなさい。

Ⅲ 以下の問題は、前記Ⅱの訴訟を前提としている。ただし、第2回口頭弁論期日が開かれる前であるものとして答えなさい。

Yは、第3回弁論準備手続期日が終了した後に、このまま訴訟を続けると業界の噂になって、他の顧客との取引に支障が出かねないと考え、ある程度の譲歩をしてもよいので、何とか訴訟を

終わらせてほしいと、K弁護士に相談した。そこで、K弁護士は、X側のJ弁護士に協議を申し入れた。K弁護士は、J弁護士から、Xが「以前から欲しいと思っていたY所有の仏像乙を手に入れたことができるのであれば、訴訟にはこだわらない。」と述べているという話を聞かされたので、そのことをYに伝えたところ、Yは「乙であれば手放してもよい。」とK弁護士に述べた。このことをJ弁護士に伝えたと、J弁護士から、次のような提案があった。

「YがXの請求権が存在することを認めた上で、乙を代物弁済としてXに譲渡するのであれば、訴訟については矛を収めることにする。その方法だが、(方法①) Yが1週間以内にXの自宅に乙を持参すれば、その場で訴えの取下げを合意する契約を結び、きちんとした契約書を作る。その方法が嫌であれば、(方法②) 次回の口頭弁論期日にYが乙を持参して、法廷でXに手渡ししてくれば、請求権はそれで消滅したということで、その期日に請求の放棄の手続をとる。あるいは、(方法③) 同じく法廷で乙を授受することを前提として、YがXの請求権を認め、これが代物弁済によって消滅したこと及びXとYの間に本件に関し一切の債権債務が存在しないことを相互に確認する旨の訴訟上の和解をするということでも結構だ。」

〔設問3〕 K弁護士の立場で、①から③までのいずれの方法をXの側に求めるべきかにつき、訴訟法上の観点から論じなさい。ただし、訴訟費用の問題を論ずる必要はない。

平成20年 民事系本試験問題

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[民事系科目]

【第1問】(配点：100 [設問1と設問2の配点の割合は、5：8：4：2])
次の文章を読んで、以下の1と2の設問に答えよ。

I Xは、Aに対し、Xが所有していたマンション1戸（以下「甲不動産」という。）を1000万円で購入した（甲不動産については、専有部分と分離して処分することができない敷地利用権であることが登記されており、分離処分については考慮しなくてよい。）。代金は、契約締結時に600万円、その2か月後に400万円をそれぞれ支払うという約定であった。契約締結時に、AはXに600万円を支払い、甲不動産につきAを名義人とする所有権移転登記がされ、また、Aに對して引渡しがされた。

Aは、Xとの前記売買契約締結の2週間後に、知人のY₁に対し、甲不動産を賃貸して引き渡した。賃料は月額8万円、賃貸期間は2年間、目的は居住目的と定められた。Y₁は、賃貸借契約を締結する際、Aに対し、権利金として16万円、敷金として20万円を、それぞれ交付した。

Aは、Y₁と前記の賃貸借契約を締結するに当たり、Y₁に対し、転貸することとベツトを餌うことを禁ずる旨口頭で説明し（なお、これらの事項は賃貸借契約書にも不動産文字で印刷されていた。）、Y₁は、Aに対し、それらの点については十分了解した旨伝えた。一方、Y₁はAに対し、場合によってはY₁の扶養家族（配偶者と小学生の子一人）を呼び寄せて同居する可能性があることを伝え、Aはこれを了解していた。Y₁の扶養家族は、Y₁の配偶者の親の看病の必要からY₁と別居していた。

Y₁は、単身で賃貸アパートに居住していたが、交通の便が悪いことから転居することを考えており、Aから甲不動産の話聞いた際、甲不動産は自分独りで住むには広過ぎることも考えたが、交通の便が良いことと、賃料がそれほど高くないことから、甲不動産を賃借することとし、前記の賃貸借契約締結に至ったものであった。Y₁は、賃貸借契約締結の時点でX・A間の売買の代金のうち400万円が未払であることを認識していた。

Y₁の叔父であるY₂は、配偶者及び子二人（子はいずれも小学生）とともに、甲不動産近くの賃貸住宅で生活していたが、かねてから同住宅の賃料の支払が家計を圧迫しており、賃料が低廉な物件を探していた。そのようなときに、甥のY₁が甲不動産を借りたことを聞きつけ、Y₁に対し、甲不動産を貸してくれるよう求めた。Y₁は、当初は、自分自身が甲不動産で生活したいことと、Aが転貸を嫌がっていたことから、Y₂の申出を拒んでいたが、Y₂から執ように求められ、結局、これに応ずることとし、自分は従前の賃貸アパートに住み続けることとした。

以上のような経緯で、Y₁は、Aから甲不動産の引渡しを受けた3週間後に、Aに無断でY₂に甲不動産を賃貸して引き渡し、Y₂はその家族とともに甲不動産での生活を始めた。賃料は月額8万円、賃貸期間は2年間、目的は居住目的、権利金は16万円、敷金は20万円と定められ、Y₂は、権利金16万円及び敷金20万円をY₁に交付した。

Y₁は、Y₂と賃貸借契約を結ぶ際に、Y₂に対し、甲不動産をAに無断で貸すことは、Aから禁じられていることを説明し、あわせて、Aに無断で貸したことが原因でY₂が甲不動産から出て行かざるを得なくなつたとしても、Y₁としては一切責任を負わない旨説明した。Y₂は、これらの点について承諾したという趣旨の「承諾書」と題する書面を作成し、署名押印の上、Y₁にこれを差し入れた。なお、Y₁はY₂に対し、甲不動産の購入代金のうち400万円をAがいまだXに支払っていない事実を告げていなかった。

その後、Aは、残代金400万円を約定の期日に支払うことができなかった。Xは、Aが残代金を支払う可能性はないと考え、甲不動産を取り戻すことを弁護士Lに依頼し、これを受任したLは、Xの代理人として、Aに対し、残代金の支払を催告し、その後も残代金の支払がなかったことから甲不動産の売買契約を解除する旨の意思表示をした。

Aは、残代金を支払えなかった以上は、Xから売買契約を解除されたことはやむを得ないと考え、登記に関する必要書類一式をLに交付し、甲不動産のA名義の所有権移転登記については、前記の売買契約の解除を原因として抹消登記がされた。

その後、Lは、Xの代理人として、Y₁に対し、仮にXがY₁との間の甲不動産の賃貸借契約における賃貸人になるのであれば、同契約を無効転貸を理由に解除する旨の意思表示をした。Lは、Y₁とY₂に対し、甲不動産の明渡しを求めたが、Y₁とY₂はこれに応じようとしない。

〔設問1〕 以下の設問(1)から(3)に答えなさい。

(1) Xは、甲不動産の明渡しを得るために、Y₁に対し、所有権に基づく返還請求をした。これに対し、Y₁は次の反論をした。この反論が認められるかどうかを論述しなさい。ただし、Y₁に対する賃貸借契約の解除については、論じなくてよい。

(反論①)「Y₁は、民法第545条第1項ただし書の第三者に該当し、甲不動産の賃借権につき対抗要件を備えているから、Xの請求には理由がない。」

(2) Xは、甲不動産の明渡しを得るために、Y₁に対し、賃貸借契約終了に基づく返還請求をした。これに対し、Y₁は次の反論をした。この反論が認められるかどうかを論述しなさい。

(反論②)「Y₁は、甲不動産をAから賃借したのであり、XがA・Y₁間の賃貸借契約を解除することはできないから、Xの請求には理由がない。」

(反論③)「甲不動産は、Y₂が使用しているものであり、Y₁は甲不動産を占有していないのであるから、Xの請求には理由がない。」

(3) Xが、甲不動産の明渡しを得るために、Y₂に対し、所有権に基づく返還請求をしたところ、Y₂は、反論として、「Y₂は甲不動産の賃借人であるY₁から賃借しているものであり、Y₁・Y₂間の甲不動産の賃貸借は、Y₁に対する賃貸人との関係で背信行為と認められない特段の事情が存在する。」と主張した。この主張のうち、「背信行為と認められない特段の事情」として、Y₂が主張立証すべき具体的事実を指摘し、その理由を簡潔に説明しなさい。

II 前記Iの甲不動産については、その後、次のような事実経過があった。

甲不動産の明渡しを求められたY₂は、Xと交渉し、何とか甲不動産の使用を続けたいと懇請した。Y₁も交えて相談した結果、Y₂がY₁に支払う賃料及びY₁がXに支払う賃料をいずれも月10万円とし、Y₂がY₁名義で直接Xに支払うことにして、Xは、Y₂への転貸を了解することとした。もっとも、X自身及びその配偶者であるBは、このところから加齢のため気力や体力の衰えを感じるようになり、甲不動産をめぐる事務の処理を億劫に感じるようになってきた。そこで、このように賃料を改訂してY₂への転貸をXが了解したことを機に甲不動産の管理は、事実上、Xの唯一の子であるCが担うようになってきた。Cは、Xとその前の配偶者との間の子である。

そうするうちにXが死亡したが、しばらくの間遺産分割はなされず、また、Y₁及びY₂がXの死亡を知る機会がないまま、賃料は、Y₂がCに支払っていた。BとCの遺産分割協議が成立したのは、Xが死亡してから9か月後のことである。この遺産分割協議において、甲不動産をBが単独で取得するものとすることが定められたことから、Bは、Cに対し、Xの死亡後にY₂から收受していた甲不動産の賃料相当額である90万円の支払を求めた。これに対し、Cは、甲不動産自体をBが取得することは遺産分割協議で定めたとおりであるが、遺産分割協議成立までの間に生じた賃料の扱いは別であると主張し、これに応じない。

〔設問2〕

BがCに対して前記90万円を支払うよう求めることができるかどうかを検討し、その結論及び理由を示しなさい。

この点に関しては、相続財産（遺産）を構成する賃貸不動産について、相続開始から遺産分割

までの間にそれを使用管理した結果として生ずる賃料債権は、「各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのが相当である」とする見解（最高裁判所平成17年9月8日第一小法廷判決・最高裁判所民事判例集59巻7号1931頁）がある。本問の検討に当たっては、どのようにに相続財産の範囲を考えるかという問題や、遺産分割の効力との関係などの問題に言及するとともに、上記の見解に対する評価も示しなさい。

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

〔第2問〕(配点：200〔設問1から設問4までの配点の割合は、5：5：3：5：6：5〕)

次の文章を読んで、以下の1から4までの設問に答えよ。

I 山野弁護士は大手の両銀行株式会社(以下「両銀行」という。)の顧問弁護士を、川野弁護士は丁株式会社(以下「丁社」という。)の顧問弁護士をそれぞれ務めていたが、平成20年5月中旬ころ、それぞれ、各社の法務担当者と相談を受けることとなった。各社からの相談は、いずれも以下の1から16までの事実経過を前提としたものであり、両銀行からは17の経緯で、丁社からは18の経緯でそれぞれされたものとする。

1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)は、工作機械の部品の製造及び販売を業とする株式会社である。同社は、工作機械の製造及び販売を業とする乙株式会社(以下「乙社」という。)の子会社であり、乙社が汎用性のある部品の開発に成功したことをきっかけとして設立されたものである。
2. 乙社は、理工学系の大学院で機械工学を学んだAが友人であるBとともに設立した会社であり、その株主は、A及びBの2人だけである。また、同社の取締役には、A及びBのほか、Aの妻であるCが就任し、代表取締役には、A及びBが選定されていた。同社は、その製品に関して多数の特許を取得し、順調に事業を展開していたことから、会社法上の公開会社でない株式会社でありながら、大きな信用力を保持していた。
3. 甲社は、国内外の工作機械製造会社から注文が殺到したために急成長し、平成15年には、東京証券取引所(マザーズ)への上場を果たした。同社の株式は、乙社が30%を、A及びBが各10%を保有していたほか、経理及び財務に明るい人物が必要だということで、Aの友人である税理士資格を有するDにも5%を保有してもらっていた。
4. 甲社の取締役には、A、B及びDが就任していた。同社の技術力はA個人の能力に負うところが大きかったことから、Aが代表取締役に選定され、他方で、Bは、父親が日本有数の自動車製造会社の取締役であることから、その広い人脈を駆使して営業活動の指導に当たることとし、Dは、予定どおり甲社の経理及び財務を担当することとなった。Dは、就任後間もなく、取引銀行との付き合いを広げる必要があると考え、両銀行を甲社の主たる取引銀行とすることとした。
5. 平成18年になり、Aの開発した部品の特許の取得に成功し、その結果、甲社は、莫大な利益を上げることとなったため、同社においては、その利益の運用が重要な課題となった。しかし、このことから、開発の成功を背景として、社内におけるAの発言力が増大し、その横柄な態度を不愉快に感じたDとAとの間で、軋轢が生じるようになっていった。このようなことから、Aは、これまで資金の運用を一手に引き受けていたDを無視して、Bを通じて知り合った金融ブローカーであるEに甲社の資金50億円の運用を一任することを計画した。Dは、取締役会において、Eへの資金の運用の一任に強く反対したが、A及びBが賛成したため、この計画は、実行に移されることとなった。
6. Eは、平成18年10月、Aに対し、投資リスクを分散するため、差し当たり甲社の資金50億円をリスクの小さな金融商品に投資し、他方で、なるべく多くの資金を銀行から借り入れ、その借入資金を金融先物取引などのハイリスク・ハイリターン型の投資に振り向けたいと伝えた。その際、Aは、Eから、この投資に協力してくれる銀行が必要である旨を言われたため、投資のことはよく分からなかったものの、Dに相談することなく、両銀行と付き合いがある旨を伝え、さらに、融資を受けるには乙社の保証が必要である旨を言われたため、これを了解した。

7. これを受け、Eは、早速、丙銀行の融資担当者であるFと接触し、甲社と乙社が共同で海外に新しく工場を建設することになったとの架空の話をねつ造して、甲社を主たる債務者、乙社を保証人として融資を受けたい旨の申入れを行った。その際、Eは、この架空の話の信ぴょう性を高めるため、知人に依頼して工場の簡単な設計図を作ってもらうとともに、虚偽の資金計画書を自ら作成して、これらをFに手渡した。Fは、海外における工場建設の話であったため、直ちに現地に赴くことも困難であり、また、これまで取引のなかった乙社との間に密接な関係を築きたいとの思惑もあったことから、これらの書類を勘呑みにした上で、積極的に動き始めた。

8. 平成18年12月になり、Aは、Eから、丙銀行から30億円の融資を受けることができることになったので甲社と乙社の取締役会において承認を受けてほしい旨を言われた。しかし、このことがDに知れると甲社に内紛が起ころいかねないし、また、乙社の取締役会もこれまで全くといっていいほど開かれていなかったため、Aは、Eに対し、適当に対処してほしい旨を伝えた。そこで、Eは、Fに対し、甲社及び乙社ともに取締役会の議事録を用意することではできない旨を伝えたところ、Fは、甲社及び乙社の役員に対して自ら確認することはしない、Eに対し、取締役会の議事録に代わるものを提出するように求めた。Eは、このFの求めに応じ、甲社及び乙社の双方について、各取締役会で前記の融資及び保証について承認があった旨の権限書を作成した上、Aに署名捺印させ、これをFに手渡した。しかし、Fは、この権限書だけでは丙銀行内部の決裁が得られないと考え、「甲社及び乙社の役員全員に面談し、各取締役会の承認を受けていることを確認した上で、同社の代表取締役であるAから確認書を取得した。」旨を記載した稟議書を作成し、これにより、上記の融資案件をまとめるに至った。

9. 平成19年1月、Aが甲社を代表して丙銀行との間で30億円の融資契約（金銭消費貸借契約）を締結するとともに、Bが乙社を代表して丙銀行との間でこの甲社の債務についての保証契約を締結し、丙銀行の甲社の口座に30億円が入金された。これにより、Eは、甲社の自己資金50億円と合わせて合計80億円の運用を任されることになった。

10. しかし、Eは、当初の語とは異なり、80億円のすべてをハイリスク・ハイリターン型の投資に振り向けてしまい、その投資に失敗した結果、巨額の損失を出すこととなり、このままでは甲社の期末の決算では、資本の欠損が生ずることは明らかとなった。

11. そこで、Aは、甲社の先行きに不安を感じたため、Bと結託し、同社の下請企業等の取引先に頼んで架空の取引を循環させ、不適切な会計処理を行った。ところが、平成19年3月になり、Aから不適切な会計処理を行うよう強要されたとして、甲社の経理部の従業員が東京証券取引所に通報したこと、同社の株式は監理ポスト（監理銘柄）に指定されることになった。このため、市場では、上場廃止になるだろうとの観測が広がり、甲社の株価は、1株6000円程度で安定していた不得事発覚前の株価と比べて大きく下落し、1株1000円程度で下げ止まった。

12. Dは、東京証券取引所の前記11の措置に伴い、巨額損失の発生を初めて知ることとなり、甲社の取締役会において、Aを代表取締役から解職するよう提案したが、定時株主総会において株主に事情を説明し、その判断を仰ぐべきではないかというBの意見に従い、決議するには至らなかった。Dは、Aだけでなく、Aに同調するBも解任すべきであると考え、株主提案権を行使し、A及びBの解任を定時株主総会の目的とするよう請求した。そして、平成19年6月28日、甲社の定時株主総会が開催され、同総会において、A及びBを取締役から解任する旨の議案が決議の対象とされたが、株主であるA、B及び乙社の反対により、当該議案はいずれも否決される結果となった。

13. その後、A及びBは、甲社の上場廃止は避けられないと判断し、同社の一般株主の不満を解消するため、乙社との間で金銭を対価とする株式交換を行うことを計画した。Aは、この計画を実行すべく、株式交換に際して甲社の株主に対して交付すべき対価の額について証券会社に

助言を求めたところ、株式交換の決議を行う株主総会の基準日の時価によるべき旨の回答を得るところとなった。しかし、Aは、これでは一般株主からの責任追及は免れ難いと判断し、知り合いのM&Aアドバイザーに頼んで、不得事発覚前の株価である6000円程度を基準にして対価を交付することが適切である旨の意見書を書いてもらい、これを盾にして証券会社を説得し、株式交換を実施することとした。

14. 乙社は、株式交換の手続として必要な法定の事項を官報に掲載する方法により公告したものの、知れている債権者に対する各別の催告はしなかった。そこで、丙銀行は、乙社に対し、前記9の保証債権の存在を前提として、甲社との間の株式交換は株主に対して交付する対価の算定に問題があり、乙社の現金を不当に流出させて債務の弁済に支障を来すものであると主張し、何異議を述べた。しかし、乙社は、丙銀行に対し、保証契約の効力を認められないと主張し、何異議を述べた。また、甲社及び乙社の双方において、臨時株主総会が開催されたこと、甲社及び乙社の承認決議が成立し、その後、株式交換の効力発生日が経過した。

15. 平成20年1月17日、甲社及び乙社の双方において、臨時株主総会が開催されたこと、甲社及び乙社の承認決議が成立し、その後、株式交換の効力発生日が経過した。

16. A及びBは、取引を基って甲社の財産を乙社に移転させ、甲社を倒産させることを画策し、甲社をAが、乙社をBがそれぞれ代表して、両社の取締役会の承認を受けることなく、平成20年4月中旬から同月下旬までの間に、価格の不自然な取引を繰り返した。そのため、甲社の資金繰りは悪化し、同年5月上旬からは、丙銀行に対する利払いが継続して滞る事態に陥った。他方で、乙社は、甲社より財産の移転を受けたものの、株式交換の対価として巨額の現金を流出させたことによる財務状態の悪化は解消しなかった。

17. そこで、丙銀行は、前記9の30億円の融資について、甲社に支払を求める訴えを提起したと考えたが、同社の弁済能力には不安があったので、併せて、乙社に対して前記9の保証債権の履行を求めることができるかどうか、さらに、甲社と乙社の間で行われた株式交換に法的な問題がないかどうかを、山野弁護士に相談した。

18. 一方、丁社は、甲社と乙社の間で行われた株式交換の効力発生日の直後に甲社から手形の振出しを受けたものの、当該手形がその後には不渡りとなったことから、債権の回収について社内で検討を行い、当該手形の取得後に行われた甲社と乙社との間の価格の不自然な取引に疑問を保持に至った。そこで、丁社は、甲社に対する破産手続開始の申立てを検討するとともに、仮にこれを行わない場合に自らの債権の回収に役立つ法律論を展開できないかどうかを、川野弁護士に相談した。

【設問1】 丙銀行から相談を受けた山野弁護士は、乙社に対する保証債務履行請求の可否及び甲社と乙社の間の株式交換の問題点についてどのように回答すべきか、あなたの考えを述べなさい。

【設問2】 丁社から相談を受けた川野弁護士は、債権の回収に役立つ法律論についてどのように回答すべきか、あなたの考えを述べなさい（許容行為取消権や債権侵害の不法行為の成否については、検討することを要しない。）。

II 以下の1から4までの文章は、前記Iの甲社に関するものである。

1. 甲社の個人株主であるJは、平成19年6月28日に行われた甲社の定時株主総会に出席し、Aの解任議案に賛成票を投じていた。総会でのDの説明を聞いて、Aの行動に憤りを覚えたJは、法学部出身でもあり、役員の解任の訴えの制度を知っていたので、この際、訴えを提起してAを解任しようと考えた（Jは、会社法第854条第1項に規定する議決権又は株式の保有の要件を満たしている。）。そこで、Jは、弁護士を訴訟代理人に選任することなく、訴状を自ら作成し、同年7月9日、甲社の本店所在地を管轄するP地方裁判所に、Aだけを被告として

取締役の解任の訴えを提起した。P 地方裁判所は、直ちにこの訴状の副本を A に送達し、A は同月 13 日にこれを受領した。

2. 会社法の解説書を読み直していた J は、会社法第 85 5 条を見落としていたことに気付いたので、同月 17 日、P 地方裁判所に、被告として甲社を追加する旨の申立書を提出した。P 地方裁判所は、直ちに、訴状と申立書の双方の副本を甲社に、申立書の副本を A に、それぞれ送達し、甲社も A も同月 20 日にこれを受領した。

3. 同月 30 日、「原告 J の平成 19 年 7 月 17 日付けの申立ては主観的追加的併合の申立てに該当するところ、主観的追加的併合についてはこれを否定する最高裁判例があるから、甲社を被告として追加する原告 J の申立ては許されない。」との記載のある甲社の答弁書が J のもとに送られてきた。

(甲社が答弁書で引用した最高裁判所の判決)

「甲が、乙を被告として提起した訴訟（以下「旧訴訟」という。）の係属後に丙を被告とする請求を旧訴訟に追加して 1 個の判決を得ようとする場合は、甲は、丙に対する別訴（以下「新訴」という。）を提起したうえで、法 132 条の規定による口頭弁論の併合を裁判所に促し、併合につき裁判所の判断を受けるべきであり、仮に新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき法 59 条所定の共同訴訟の要件が具備する場合であっても、新訴が法 132 条の適用をまたずに当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできないというべきである。

いから、かかる併合を認める明文の規定がないのみでなく、これを認めた場合でも、新訴につき旧訴訟の訴訟状態を当然に利用することができかどうかについては問題があり、必ずしも訴訟経済に適うものでもなく、かえって訴訟を複雑化させるという弊害も予想され、また、虚率な提起ないし濫訴が増えるおそれもあり、新訴の提起の時期いかにによっては訴訟の遅延を招きやすいことなどを勘案すれば、所論のいう追加的併合を認めるのは相当ではなからである。」（最高裁判所昭和 62 年 7 月 17 日第三小法廷判決・最高裁判所民事判例集第 41 巻第 5 号 1402 頁）

※ 引用文中の「法 132 条」、「法 59 条」は、それぞれ、現行民事訴訟法第 152 条、第 38 条に相当する旧民事訴訟法の規定である。

4. この甲社の答弁書を読んで驚いた J は、知人から紹介を受けた海野弁護士に相談をし、海野弁護士は J から訴訟委任を受けた。

【設問 3】海野弁護士は、J の訴訟代理人として、甲社の主張に対して、どのように反論すべきか、論じなさい。

Ⅲ 以下の 1 から 7 までの文章は、前記 I の甲社に関するものである。

1. 前記Ⅱの個人株主 J による解任の訴えとは別に、甲社の個人株主である K は、訴訟代理人に依頼し、平成 19 年 7 月 17 日、甲社と取締役 B の双方を被告として、P 地方裁判所に、取締役 B の解任の訴えを提起した（K は、会社法第 85 4 条第 1 項に規定する議決権又は株式の保有の要件を満たしている。）。

同年 8 月 24 日に行われた第 1 回口頭弁論期日において、K は、「取締役である被告 B は、銀行から借り入れた 30 億円のほか、自己資金 50 億円を合わせた 80 億円全額が、約束に反してハイリスク・ハイリターン型の商品に投資されており、しかも、この投資取引により平成 19 年 1 月末ころには、多額の損失が生じていることを知った。ところが、被告 B は、この段階でこのような投資取引を中止すれば、更なる損失を防止することができたのに、代表取締役 A に取引を中止させるための措置を執らなかった。そのため、この投資取引による損失は拡大し、同年 2 月中旬に A の指示により投資取引を終了した時点では、損失額が合計 78 億円にま

で及んでしまった。したがって、被告 B には、法令又は定款に違反する重大な事実があり、解任事由がある。」と主張した。

これに対し、被告らは、K の主張を争い、「被告 B は、この投資取引が終了した後、平成 19 年 2 月下旬になって初めて、A からの報告で、この投資取引の具体的な内容やこの投資取引により 78 億円の損失が生じたことを知らされたのであり、それ以前には、何も聞かされていなかった。」などと主張した。

裁判所は、争点及び証拠の整理をするため、本件を弁論準備手続に付した。

2. K の訴訟代理人は、K から訴訟委任を受けた後、本件について事実関係を調査していたが、その結果、E が、平成 19 年 1 月末ころ、甲社にファクシミリを送信したこと、そのファクシミリ送信は甲社代表取締役 A あてで、E が投資した商品の銘柄、買付金額、時価等が一覧表の形で記載されていたこと、その末尾には損失合計額として巨額の金額が記載されていたことなどの情報を得た。

また、K の訴訟代理人は、この投資取引による損失が同年 1 月末ころには 40 億円程度になっていたことなどを、別の資料からつかんでいた。

3. 平成 19 年 9 月 14 日に開かれた第 1 回弁論準備手続期日において、K の訴訟代理人は、この投資取引による損失の額が同年 1 月末ころ 40 億円程度になっていたことなどを示す投資取引関係等の書証を提出した。

裁判所は、「本日の争点整理の結果、証拠関係からみると、平成 19 年 1 月末ころの時点で投資取引による被告甲社の損失が 40 億円程度に達していたこと、これ以降も投資取引を継続すれば損失が更に拡大することがこの時点で予測可能であったこと、平成 19 年 2 月中旬に投資取引が終了したが、その段階では 78 億円まで損失が拡大していたこと、投資取引が終了するまでの間に、被告 B は、代表取締役 A に対し、投資取引を中止させるための措置を執らなかったことは、明らかにされたと思います。そうすると、被告 B が、平成 19 年 1 月末ころ、この投資取引により被告甲社に 40 億円程度の損失が生じていたことを知っていたかどうかが実質的な争点になりますね。」と述べた。

これを聞いて、K の訴訟代理人は、甲社が E から受信し、E が甲社のために投資した商品の銘柄、買付金額、時価等が一覧表の形で記載され、その末尾に損失合計額として巨額の金額が記載されていたファクシミリ文書（以下「本件文書」という。）が存在することを指摘し、「甲社は本件文書を書証として提出すべきである。」と述べ、本件文書の提出に関し議論が交わされたが、甲社の訴訟代理人は、「本件文書を任意に提出するつもりはない。」と述べた。

4. そこで、K の訴訟代理人は、本件文書を、B の解任事由に関して重要な事実を裏付けるものになり得ると考え、第 1 回弁論準備手続期日終了後直ちに、本件文書について、次の内容を記載した申立書を裁判所に提出して、文書提出命令を申し立てた。

(1) 文書の表示及び文書の趣旨

受信日として平成 19 年 1 月末ころの日付が印字された E 作成の甲社代表取締役 A あてファクシミリ文書であって、E が甲社のために購入した投資商品の銘柄並びに買付金額、時価及び利益・損失等が一覧表の形で記載され、かつ、末尾に損失合計額として 40 億円程度の金額の記載があるもの

(2) 文書の所持者 被告甲社

(3) 証明すべき事実 E の投資取引の失敗により、平成 19 年 1 月末ころ、甲社に 40 億円程度の損失が発生していたところ、

ア A は、平成 19 年 1 月末ころ、この投資取引により、甲社に 40 億円程度の損失が発生している事実を知ったこと。

イ 被告 B も、A を介するなどして、そのころその事実を知ったこと。

ウ 被告Bには、法令又は定款に違反する重大な事実があったこと。

(4) 文書の提出義務の原因 民事訴訟法220条3号又は4号

5. 平成19年10月5日に開かれた第2回弁論準備手続期日において、甲社の訴訟代理人は、「本件文書は存在するが、民事訴訟法第220条第3号には当たらないし、同条第4号又は二に当たたる文書であるので提出義務はない。また、任意に提出するつもりもない。」と述べた。

6. 平成19年10月12日、裁判所は、甲社に対し、文書提出命令を発し、この決定は、間もなく確定した。

7. 平成19年11月16日に開かれた第3回弁論準備手続期日において、甲社の訴訟代理人は、「甲社は本件文書を所持しているが、提出するつもりはない。」と述べた。これに対し、Kの訴訟代理人は、「甲社が文書提出命令に応じないのであれば、裁判所は、その制裁として、民事訴訟法第224条を適用すべきである。」と主張した。

【設問4】 以下は、第3回弁論準備手続期日が終了した後の、裁判長と傍聴を許された司法修習生との会話である。

裁判長：今日の弁論準備手続で、甲社は文書提出命令に従わないと陳述しましたね。

修習生：ええ、甲社はその理由について余り明確には述べませんでしたね。

裁判長：そうですね。これに対して、Kは、224条の適用を主張していましたね。そこで、せっかくの機会ですから、224条について勉強してみようか。どのように訴訟指揮をし、争点整理をしていくかを考える前提にもなりますね。

修習生：本件では、224条1項と3項の適用が問題になると思いますが、これらの要件を満たすかどうかの判断は、なかなか難しい問題だと思います。

裁判長：そうですね。要件の問題も重要ですが、今日は224条3項が適用される場合の効果を以て検討してみよう。条文には「その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる。」とありますね。これはどのような趣旨の規定だと思いますか。

修習生：証明妨害の典型的な例を明文化したものであるということを読んだことがあります。裁判長：そうですね。効果を考えるに当たっては、どのような点に着目したらいでしょうか。まず、当事者が文書提出命令に従わないことで、申立人、相手方、裁判所にとって、どのような影響があるかを考えてみてはどうでしょう。それによって、証明妨害の效果として主張されている考え方がここにも当てはまることが理解できると思います。

修習生：これまで、224条3項の效果との関係で考えたことはなかったのですが、証明妨害の法理を勉強したときに、証明妨害の效果として主張されている考え方としては、証明責任が転換されるという考え方（転換説）、証明度が軽減されるという考え方（軽減説）、真実が探知されるという考え方（探知説）、裁判所の自由心証にゆだねられるという考え方（心証説）などがあったと記憶しています。

裁判長：そうですね。あなたが指摘するとおり、224条3項は証明妨害の典型的な例といわれていますので、その効果についても、これらの考え方が成り立ち得るでしょうね。証明妨害については、ほかにもいろいろな考え方がありますが、224条3項の效果として、少なくともあなたの整理した四つの代表的な考え方の妥当性について検討しておく必要がありますか。それでは、これらの考え方の中では、どの考え方がより妥当だと考えますか。それぞれ考え方の違いは、命令に従わなかったことによっても生じる不都合を解消するための方法の違いという位置付けでもきそうですね。そうすると、その方法が問題の解消手段として適切かという点も、どの考え方が妥当かを

考える上で重要ですね。いろいろ指摘しましたが、以上のような観点から224条3項の效果について報告してください。

これは、一般論としての報告で結構です。これが一つ目の課題です。

修習生：分かりました。御指摘の観点から検討してみます。

裁判長：更に別のことを尋ねますが、本件で、仮に、224条3項が適用されたとするとき、本件文書の不提出により「真実と認めることができる」相手方の主張は何でしょう。文書提出命令の申立書に「証明すべき事実」として記載された主張すべてに及ぶのでしょうか。

まずは、共同被告Bがいることは差し当たり度外視して、専ら甲社との関係だけを念頭において、本件事例に即して具体的に検討してください。これが二つ目の課題です。

次に、本件では、文書提出命令に従わなかったのは甲社ですが、共同被告Bがいまですね。甲社については224条3項を適用すべき場合であったとして、共同被告Bとの関係を含めて考えると、本件訴訟において、本件文書の不提出によりどのような効果が認められるでしょうか。これが三つ目の課題です。

以上の課題について、報告してください。次回の弁論準備手続期日までさほど間がありませんので、速やかにお願います。

修習生：分かりました。後半で指摘された点は、考えたことがありませんでしたが、頑張って検討してみます。

あなたが上記の修習生であり、早速、裁判長から提示された三つの課題について報告をするものとして、以下の各問いに答えなさい。

なお、取締役の解任の訴えにおける解任事由の存在については、解任を求める原告側に主張立証責任があるものとして答えなさい。

(1) 当事者が文書提出命令に従わないときの民事訴訟法第224条第3項の効果をどのように考えるべきか、上記の会話中に言及されている四つの説を比較検討した上で、論じなさい。

なお、解答に当たっては、各説を「転換説」、「軽減説」、「探知説」と略記して差し支えない。

(2) 本件文書の不提出について、民事訴訟法第224条第3項の適用があると仮定した場合、甲社との関係で「真実と認めることができる」Kの主張は何か、(1)で採用した考え方を前提に論じなさい。

(3) 甲社について民事訴訟法第224条第3項を適用すべき場合であると仮定する。甲社とBが共同被告であることを考慮すると、本件訴訟において、甲社の本件文書の不提出について、どのような効果が認められるべきか、論じなさい。

平成21年 民事系本試験問題

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100 [設問1と設問2の配点の割合は、4：6])

次の文章を読んで、以下の1と2の設問に答えよ（なお、本問における賃貸借契約については借地法（大正10年法律第49号）の規定が適用されることを前提とする。）。

1 Xは、父Aの唯一の子であったが、Aが平成19年2月に他界したため、Aの所有する土地（以下「本件土地」という。）を単独で相続した。本件土地にはAの知り合いであるYの所有する建物（以下「本件建物」という。）が存在しているが、Yは、現在、家族とともに他県に居住しており、2か月ほど一度程度、維持管理のため、本件建物を訪れている。Xは、以前、Aから、Yが不法に本件土地を占拠していると聞いたことがあったため、Aの他界後、Yに対し、本件建物を取り壊し、本件土地を明け渡すように求めた。すると、Yは、Aの相続人が明らかになったことから地代を支払いたいとして、30万円をX方に持参したが、Xは、本件土地をYに貸した覚えはないとして、Yの持参した金銭の受領を拒絶した。

Yが本件土地の明渡しに応じなかったことから、Xは、同年12月25日、Yを被告として、T地方裁判所に建物収去土地明渡しを求める訴え（以下「第1訴訟」という。）を提起した。平成20年1月29日に開かれた第1回口頭弁論の期日において、Xは訴状を陳述し、Xが本件土地を現在所有していること、Yが本件土地上に本件建物を所有して本件土地を占有していることを主張し、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求めた。これに対し、Yは、同期日において、答弁書を陳述し、Xの主張する事実はいずれも認めるが、Yは、昭和53年3月8日、Aとの間において、本件土地につき、賃料を年額30万円、存続期間を30年とし、建物の所有を目的とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結しており、本件賃貸借契約の効力はなお継続しているから、Xの請求には理由がないと反論した。

第1回口頭弁論の期日において、裁判所は、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付した。平成20年2月26日に開かれた第1回弁論準備手続の期日において、Xは、YからAに対し賃料の支払がされた形跡はなく、AがYとの間に本件賃貸借契約を締結したことはないという反論した。これに対し、Yは、本件賃貸借契約の成立や賃料の支払に関する書証を提出し、その取調べが行われた。

第1回弁論準備手続の期日の結果を踏まえ、Xは、本件賃貸借契約の成立を前提とする訴訟活動をを行うことも必要であると考えに至り、同年3月28日に開かれた第2回弁論準備手続の期日において、Yが主張する本件賃貸借契約の内容に基づき、仮に本件賃貸借契約の成立の事実が認められる場合であっても、その契約は訴え提起後に30年の存続期間（昭和53年3月8日から平成20年3月7日まで）が満了したので終了したと主張した。また、Xは、同期日において、平成20年3月1日にYから本件賃貸借契約の更新を請求されたが、その翌日、その更新を拒絶したと主張した。

同年4月25日に開かれた第3回弁論準備手続の期日において、Xは、本件賃貸借契約の更新を拒絶する正当事由として、Yは他県に自宅を構えて家族とともに居住しており、今後、本件土地を使用する必要性に乏しいこと、他方、Xは、現在、築45年の木造賃貸アパートに居住しているが、老朽化に伴う危険性から建て替え工事が必要であり、家主からも強く立ち退きを求められていることから、本件土地を使用する必要性が高いことなどを主張したが、Yは、正当事由の存在を争った。

その後、同年5月28日に開かれた第4回弁論準備手続の期日において、Xは、以下の事実を主張した。

「第3回弁論準備手続の期日の2日後である平成20年4月27日、Yから突然電話があり、本件訴訟の件で話し合いをしたいと言われたので、Xの自宅近くの喫茶店でYと会った。Yは、訴

えを提起されている以上、Xの主張に対しては必要な反論をせざるを得ないが、Aの長男であるXと長期間にわたって訴訟で争うことは必ずしも自らの本意ではないと述べて、本件建物をその時価である500万円で買い取ってほしいと依頼してきた。自分としては、弁護士から、建物買取請求権という制度があるとの説明を受けたことがあり、知り合いの不動産鑑定士から、本件建物の時価は500万円程度ではないかと聞いていたことから、本来は、Yの費用で本件建物を収去してほしいところではあるが、Yが本件建物から早期に退去してくれるのであれば、500万円の本件建物を買い取ることもやむを得ないと考えた。そこで、Yに対し、本件賃貸借契約が存続期間の満了により終了したことを認めた上で、本件建物を500万円で買い取することを請求するのですかと確認したところ、Yは、そのとおりであると回答した。このようにして、Yは、本件建物の買取請求権の行使の意思表示を行った。」

以下は、第4回弁論準備手続の期日が終了した直後に、裁判長と傍聴を許された司法修習生との間で交わされた会話である。

裁判長：本期日におけるXの主張についてはどのように理解すればよいでしょうか。

修習生：Xの主張は、Yが、Xに対し、平成20年4月27日、本件建物の買取請求権を行使する旨意思表示をしたという主張であると理解できます。

裁判長：そうですね。この主張は、本件訴訟の主張立証責任との関係ではどのような意味を有するのでしょうか。

修習生：本件訴訟において、Xは、所有権に基づく建物収去土地明渡しを請求しています。これに対し、Yは、本件土地の占有権原に関する主張として、建物の所有を目的とする本件賃貸借契約をYとの間で締結し、それに基づき本件土地の引渡しを受けたと主張していますが、Xは、更に本件賃貸借契約が存続期間の満了により終了し、その更新拒絶について正当事由があると主張しています。Yによる建物買取請求権の行使は、本件賃貸借契約の存続期間が満了し、契約の更新がないことを前提として、借地権者であるYが、借地権設定者であるXに対し、本件建物を時価である500万円で買い取することを請求するものです。

裁判長：建物買取請求権の行使は、本件訴訟のように建物収去土地明渡請求がされている場合には、いずれの当事者が主張すべきものですか。

修習生：建物買取請求権の行使の事実を主張するのは、本来、借地権者であるYのはずです。しかし、本件訴訟ではXが主張しています。

裁判長：Xとしては、本件賃貸借契約が認められるのであれば、とにかくYに建物から早期に退去してもらい、土地を明け渡してほしいと望むことも考えられますが、Yによる建物買取請求権の行使の事実が認められると、本件建物の所有権は建物買取請求権の行使と同時にXに移転することになりますから、少なくとも、XはYに対し建物収去を求めることはできなくなりますね。ところで、仮に、裁判所が、Yに対し、本件建物の買取請求権の行使について釈明を求めた場合、Yとしては、どのような対応をすることが考えられるでしょうか。

修習生：Yの対応としては、①Yが本件建物の買取請求権を行使したというXの主張の事実を争う場合、②Xの主張の事実を自ら援用する場合、③裁判所が釈明を求めたにもかかわらず、Xの主張の事実を争うことを明らかにしない場合、の3通りが考えられるのではないのでしょうか。

裁判長：そうですね。本件賃貸借契約の終了が認められる場合において、Yが本件建物の買取請求権を行使したというXの主張の事実を、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることはできませんか。あなたが考えた3通りの各場合について検討してください。

修習生：はい。わかりました。

【設問1】

前記会話を踏まえた上で、本件賃貸借契約の終了が認められる場合において、「YはXに対して本件建物を時価である500万円で買い取るべきことを請求した」というXの主張の事実を、(i)Yが否認したとき、(ii)Yが援用したとき、(iii)Yが争うことを明らかにしなかったときに、それぞれ、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることができるといえるかどうかについて論じなさい。

2 第1訴訟のその後の審理において、Yは、Xの主張する建物買取請求権の行使の事実を援用するとともに、本件建物の時価相当額である500万円の支払があるまでは本件建物の引渡しを拒むと申し立てたことから、裁判所は、結局、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けると引換えに本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命ずる旨の判決を言い渡し、その判決は平成20年11月21日の経過により確定した。

Xは、平成21年1月ころ、親戚の集う新年会の席上、親戚Bから、「数年前にAと会った際、本件土地をめぐってYとトラブルになっており、その件で、今は亡き兄Cと相談していると言っていた。」と聞いた。そこで、Xは、すぐにAの亡兄Cの家族を訪ねて事情を聞いたところ、確かに、数年前にAが書類を封筒に入れて持参し、Cと2人で相談していたことがあったとのことであり、AがC方に持参した書類は、封筒に入れたまま保管しているとのことであった。そこで、Xは、Cの家族からその封筒を受け取って自宅に戻り、封筒内の書類を整理したところ、AからYにあって平成18年4月3日付け内容証明郵便が気付かった。同内容証明郵便には、Aが、Yに資料支払の催告を行い、2週間以内に未払資料の支払がないときは本件賃貸借契約を解除するとの意思表示を行った旨の記載があり、Yが同内容証明郵便を同月6日に受領したことを示す郵便物配達証明書も同封されていた。

そこで、Xは、Yを被告として、平成21年4月13日、別紙の訴状をT地方裁判所に提出して、新たな訴え（以下「第2訴訟」という。）を提起した。これに対し、Yは、弁護士に委任して答弁書を裁判所に提出し、Xの提起した訴えは、訴えの利益が認められないので却下されるべきであると主張するとともに、第2訴訟におけるXの請求には、第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであると主張した。この答弁書の送達を受けたXは不安になり、自分も弁護士に相談した方がよいと考え、第2訴訟の第1回口頭弁論の期日の前に、D弁護士を訪れた。

以下は、Xから相談を受けたD弁護士と同弁護士の下で修習中の司法修習生との会話である。
弁護士：Xは、第1訴訟の判決確定後に新たな事実が判明したとの理由から、Yに対して第2訴訟の訴えを提起したのですか。

修習生：はい。第2訴訟は、賃料不払による賃貸借契約の解除の場合には建物買取請求権の行使ができなかったことを前提とする訴訟です。建物買取請求権は、誠実な借地人の保護のための規定ですので、借地人の債務不履行による賃貸借契約の解除の場合には、借地人による建物買取請求権は認められないとする最高裁判所の判例があります。

弁護士：よく勉強していますね。次に、第2訴訟の訴訟物について考えてみましょう。第2訴訟において、Xは、Yに対し、本件土地の所有権に基づき、本件建物の収去と本件土地の明渡しを求めています。土地所有者が、土地上に建物を所有してその土地を占有する者に対して、所有権に基づき建物収去土地明渡しを請求する場合の訴訟物については、どのように考えられますか。

修習生：はい。この場合の訴訟物については、考え方が分かれています。一般的な考え方によれば、この場合の訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権1個で

あり、判決主文に建物収去が加えられるのは、土地明渡しの債権名義だけでは別個の不
動産である地上建物の収去執行ができないという執行法上の制約から、執行方法を明示
するためであるにすぎないとされています。したがって、建物収去は、土地明渡しの手
段ないし履行態様であって、土地明渡しと別個の実体法上の請求権の発現ではないとい
うことになります。

弁護士：その考え方に立つと、第2訴訟の訴訟物と第1訴訟の訴訟物が同一かどうかについ
ては、どのように考えるべきでしょうか。

修習生：第1訴訟の判決は、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換え
に、本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命ずるものです。建物収去土地明渡訴
訟の訴訟物についても先ほどお話しした一般的な考え方に立つとすれば、建物退去土地明
渡訴訟についても、訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権であり、
「建物退去」の点については「建物収去」の点と同様に、土地明渡しの手段ないし履行
態様にすぎないと考えることができますので、その訴訟物は同一であるといえるかと思
います。

弁護士：そうですね。ここでは、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物は同一であるという考え方を前
提として考えてみましょう。ところで、Yは、第2訴訟において、どのような主張をし
ていますか。

修習生：Xの提起した訴えは、訴えの利益が認められないので却下されるべきであると主張す
るとともに、第2訴訟におけるXの請求には、Yに対し、本件建物の代金500万円の
支払を受けるのと引換えに本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命じた第1訴訟
の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分に
ついては棄却されるべきであると主張しています。

弁護士：Yの主張を理解するには、建物収去土地明渡請求と、建物代金の支払を受けるのと引
換えに建物退去土地明渡しを命ずる判決との関係をどのように考えるかが問題となりそ
うですね。まず、Yのそれぞれの主張について、その論拠をまとめてみた方がよいかも
しれません。その上で、それぞれの主張について、どのような反論をすべきか、検討し
てください。

修習生：はい。わかりました。

〔設問2〕

- (1) 前記会話を踏まえた上で、Xには第2訴訟について訴えの利益が認められないので、その訴
えは却下されるべきであるとするYの主張につき、その考えられる論拠を説明しなさい。
- (2) 前記会話を踏まえた上で、第2訴訟におけるXの請求には第1訴訟の確定判決の効力が及ぶ
ので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきである
とのYの主張につき、その考えられる論拠を説明しなさい。
- (3) 上記(1)及び(2)の論拠を踏まえた上で、第2訴訟におけるYの主張に対し、Xとしてはいかな
る反論をすべきかについて論じなさい。

【別紙】

訴 状

平成21年4月13日

T 地方裁判所

原 告 X 印

当事者の表示 (省略)

建物収去土地明渡請求事件
訴訟物の価額 (省略)
貼用印紙額 (省略)

第1 請求の趣旨

- 1 被告は、原告に対し、別紙物件目録1 (省略) 記載の建物を収去して同目録2 (省略) 記載
の土地を明け渡せ
- 2 訴訟費用は被告の負担とする
との判決を求めらる。

第2 請求の原因

- 1 別紙物件目録2記載の土地(以下「本件土地」という。)は、もと原告の父である訴外A (以
下「亡A」という。)が所有していたところ、平成19年2月3日、亡Aが死亡した。原告は、
亡Aの唯一の相続人であったことから、本件土地を相続した。
- 2 被告は、昭和53年8月10日から本件土地上に別紙物件目録1記載の建物(以下「本件建
物」という。)を所有して、本件土地を占有し続けている。
- 3 よって、原告は、被告に対し、本件土地の所有権に基づき、本件建物の収去及び本件土地の
明渡しを求める。

第3 事情

- 1 原告は、被告に対し、かつて本件土地につき建物収去土地明渡しを求める訴えを提起したが
(T地方裁判所 (ワ) 第〇〇号事件)、裁判所は、亡Aと被告間の昭和53年3月8日付け土地
賃貸借契約(以下「本件賃貸借契約」という。)の存在と被告の建物買取請求権の行使を前提に、
建物代金500万円の支払を受けるのと引換えに、建物退去土地明渡しを命ずる旨の判決を言
い渡し、この判決は確定した。
- 2 しかし、もともと被告は、平成16年分及び平成17年分の賃料の支払を怠り、平成18年
4月6日配達の内容証明郵便によって、亡Aから賃料不払を理由とする解除の意思表示を受け
ていた。したがって、被告が建物買取請求権を行使した時点で、本件賃貸借契約は消滅してい
たのであって、本件賃貸借契約の存続を前提にYが行った建物買取請求権の行使は無効な行為
というわけではない。被告は、原告に対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すべきである。

証 拠 方 法 (省略)

附 属 書 類 (省略)

【資 料】

○ 借地法（大正10年法律第49号）

第2条 借地権ノ存続期間ハ石造、土造、煉瓦造又ハ之ニ類スル堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ60年、其ノ他ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ30年トス但シ建物カ此ノ期間満了前朽敗シタルトキハ借地権ハ之ニ因リテ消滅ス

2 契約ヲ以テ堅固ノ建物ニ付30年以上、其ノ他ノ建物ニ付20年以上ノ存続期間ヲ定メタルトキハ借地権ハ前項ノ規定ニ拘ラス其ノ期間ノ満了ニ因リテ消滅ス

第3条 契約ヲ以テ借地権ヲ設定スル場合ニ於テ建物ノ種類及構造ヲ定メサルトキハ借地権ハ堅固ノ建物以外ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノト看做ス

第4条 借地権消滅ノ場合ニ於テ借地権者カ契約ノ更新ヲ請求シタルトキハ建物アル場合ニ限り前契約ト同一ノ条件ヲ以テ更ニ借地権ヲ設定シタルモノト看做ス但シ土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正當ノ事由アル場合ニ於テ遲滞ナク異議ヲ述ヘタルトキハ此ノ限ニ在ラス

2 借地権者ハ契約ノ更新ナキ場合ニ於テハ時価ヲ以テ建物其ノ他借地権者カ権原ニ因リテ土地ニ附属セシメタル物ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得

3 第5条第1項ノ規定ハ第1項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第5条 当事者カ契約ヲ更新スル場合ニ於テハ借地権ノ存続期間ハ更新ノ時ヨリ起算シ堅固ノ建物ニ付テハ30年、其ノ他ノ建物ニ付テハ20年トス此ノ場合ニ於テハ第2条第1項但書ノ規定ヲ準用ス

2 当事者カ前項ニ規定スル期間ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ其ノ定ニ從フ

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

【民事系科目】

【第2問】（配点：200）〔設問1〕から〔設問6〕までの配点の割合は、1.4:4.8:3.8:3.4:3.3)。

以下の【事実】1から9までを読んで〔設問1〕から〔設問3〕までに、【事実】10から14までを読んで〔設問4〕に、【事実】15から20までを読んで〔設問5〕及び〔設問6〕にそれぞれ答えよ。

【事実】

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、機械を製造して販売する事業を営む会社である。X社が製造する機械のうち、金属加工機械は、25の機種があり、それぞれの機種に1つの型番が付されていて、その型番はPS101からPS125までである。

Y株式会社（以下「Y社」という。）は、ナイフやフォークなど金属製の食器を製造する事業を営む会社である。Y社が製造する商品の中でも、合金を素材とするコップは、特徴的なデザインと独特の触感が好評を得ていて、人気の商品である。

A株式会社（以下「A社」という。）は、物品を販売する事業を営む会社である。A社は、従来、Y社に物品を納入してきた実績がある。

2. Y社は、数年ぶりに、主力商品のコップを製造するために使用する金属加工機械を更新することを決定し、これをA社から調達する方針を固め、Y社の役員であるBが、その実行に携わることとなった。Bは、これまでA社との折衝に当たってきた従業員Cに対し、A社との交渉においては、Y社の主力商品の製造に使用する高額の機械の調達であるから、諸事について慎重を期すよう指示した。

3. Cは、A社の担当者と同様としたところ、X社製の型番PS112という番号で特定される機種の金属加工機械を調達することが適切であると考えるに至った。Cの意向を知ったA社の担当者は、X社に問い合わせをし、型番PS112の機械の在庫があることを確認した。

4. このようにして、YAの両社間で交渉が進められた結果、Y社は、平成20年2月1日、A社との間で、X社製の型番PS112の金属加工機械1台（新品）を代金1050万円（消費税相当額を含む。）で買い受ける旨の契約を締結した。売買代金は、まず、そのうち200万円を契約締結時に、また、残金の850万円は目的物の引渡しを受ける際に、それぞれ支払うこととされた。そして、Y社は、同日、A社に代金の一部として200万円を支払った。

なお、A社は、前記の売買契約を締結する際、型番PS112の機械をX社から近日中に売買により調達することをY社に伝えていた。

5. A社の担当者は、Y社との売買契約が締結された平成20年2月1日の夕刻、改めてX社の担当者に電話をし、Y社に転売する予定であることを告げた上、X社から同社製の型番PS112の金属加工機械1台（新品）を購入するに当たっての契約条件を協議した。この契約条件の中には、AX間の売買代金額（消費税相当額を含む。）を840万円とすること、内金100万円は銀行振込みとし、残金740万円についてはA社が支払のために約束手形1通を振り出して交付すること、引渡しの時期及び場所のほか、次に示す注文書の備考欄①②の内容の条件が含まれていた。契約条件の協議が整った後、A社の担当者はX社の担当者に対し、「後ほど発注権限のある上司の決裁を得て、正式に注文書をお送りしますのでよろしく願います。」と述べた。A社の担当者は、発注権限のある上司に対し、Y社に売り渡す型番PS112の機械をX社から調達するための協議が整ったことの報告をし、その上司の決裁を得た上、次の注文書を作成し、これをX社の担当者へ送付した。この注文書の記載は、担当者間の前記の協議内容を反映するものであるが、品名欄には、型番の誤記があった。

No. 0751

平成20年2月4日

注 文 書

X株式会社 御中

○県○市○区○町3-5-1

A株式会社

代表取締役 ○○○○ 印

下記のとおりご注文いたします。

(1)	品 名	貴社製の金属加工機械（型番PS122）
(2)	数 量	1台
(3)	金 額	840万円（消費税を含む）
(4)	支払方法	内金100万円は平成20年2月12日に貴社銀行預金口座に振込み。 残金は、引渡完了の際に、弊社振出の約束手形1通を交付（額面額740万円、支払期日平成20年4月30日）。
(5)	引渡時期	平成20年2月15日
(6)	引渡場所	Y株式会社工場（○県○市○町1-4-12）に貴社から直接納品。

【備考】

① 本件機械の所有権は、弊社が上記(4)記載の代金を完済するまで貴社が留保し、代金完済時に移転するものとします。

② 弊社が上記(4)記載の代金の一部でも支払わない場合、貴社は、催告をすることなく直ちに契約を解除することができるとします。

6. この注文書を受け取ったX社の担当者は、受注を決定する権限のある上司に対し、A社の担当者と協議した契約条件で型番PS112の機械の販売を受注したいと説明し、その決裁を得た上、平成20年2月7日、【事実】5記載の注文書と同一内容である注文請書をA社に送付した。なお、この注文請書においても、「(1) 品 名 弊社製の金属加工機械（型番PS122）」と記載されていた。同月8日、これを受け取ったA社の担当者は、確かに注文請書を受け取った旨をX社に連絡した（以下このXA間の売買契約を「本件売買契約」という。）。そして、A社は、X社に対し、同月12日、代金の一部として100万円をX社の銀行預金口座に振り込んだ。

7. X社の納品作業を担当する従業員は、注文請書の写しを参照しながら納品の準備を進め、平成20年2月15日の午前に、A社との約定により直接にY社の工場に、型番PS122の機械1台を搬入しようとした。しかし、Y社の側から、調達しようとしたのは型番PS112の機械であることが指摘されたため、X社の前記従業員は、X社の受注事務担当者と連絡を取ったところ、Y社の指摘のとおりであることが確認された。そこで、いったん搬入を取りやめ、改めて同日午後後に型番PS112の機械1台をY社の工場に運んだ（以下この1台の機械を「動産甲」という。）。Y社の担当者が、間違いなく動産甲が型番PS112の機械であることを確認し、動産甲は、滞りなく同日中にY社の工場に搬入された。

そこで、同日、Y社は、A社に対し、両社間の売買の残代金850万円を支払った。また、

A社は、X社に対し、支払期日を平成20年4月30日とするA社振出しの額面額740万円の約束手形を交付した。

8. 動産甲の取引を担当したA社の担当者は、平成20年2月20日、Y社を訪ね、搬入の過程で機種の取り違いがあった不手際を詫び、それにもかかわらず一連の取引が無事に終了したことの謝辞を述べた。応接に当たったCは、取引を慎重に進めるように求めた【事実】2記載のBの指示を踏まえ、XAの両社間の代金決済について特にトラブルが起きていないか、ということを質した。これに対し、A社の担当者は、代金の一部が既に支払われていること、及び残代金の支払のため平成20年4月30日を支払期日とするA社振出しの約束手形を交付したことを説明したが、代金が完済されるまでX社が動産甲の所有権を留保していることは告げなかった。Cは、この説明を受けたことで一応納得し、直接にX社に対し取引経過を照会することとはしなかった。

9. その後、A社は、平成20年4月30日以前記約束手形に係る手形金の支払をせず、そのころに事実上倒産した。そこで、X社は、A社に対し、【事実】5記載の注文書の備考欄②の特约に基づき、同年5月2日到達の書面により、本件売買契約を解除する旨の意思表示をし、また、Y社に対し、同年5月7日到達の書面により、動産甲の返還を請求した。しかし、Y社がこれに応じないので、X社は、Y社に対し、所有権に基づき動産甲の返還を請求する訴訟を提起した（以下この訴訟を「本件訴訟」という。）。

【設問1】 本件売買契約は、何を目的物として成立したものであると考えられるか、理由を付して結論を述べなさい。その際、【事実】5記載の注文書及び【事実】6記載の注文書にあっては型番誤記が本件売買契約の効力に影響を与えるか、錯誤の成否にも言及しつつ述べなさい。

【設問2】

(1) X社のY社に対する本件訴訟において、Y社が、自己の即時取得によりX社が動産甲の所有権を喪失したことを主張しようとするときに、「A社が、平成20年2月1日、Y社との間で、【事実】4記載の売買契約を締結したこと」のほか、次に掲げる事実①及び事実②を主張立証する必要があると考えられるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。

① A社が、Y社に対し、平成20年2月15日、【事実】4記載の売買契約に基づき動産甲を引き渡したこと。

② Y社が、①の引渡しを受ける際、A社がX社に対し代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと。

(2) 本件訴訟においてY社のする即時取得の主張に対し、X社から、それへの反論として「Y社は、A社に動産甲の所有権があると信じたことについて過失がある。」との主張がされた場合において、Y社の過失の有無を認定判断する上で、次に掲げる事実③及び事実④は、どのように評価されるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。

③ 【事実】4記載のとおり、Y社が、A社がX社との売買により目的物を譲渡することを知っていたこと。

④ 【事実】8記載のとおり、Y社が、本件売買契約の残代金が平成20年4月30日を支払期日とする約束手形で支払われることを知っていたこと。

【設問3】 X社は、本件訴訟において、Y社に対し、動産甲の使用料相当額の支払も併せて請求したいと考えた。X社は、どのような法的根拠に基づいて、いつからの使用料相当額の請求をすることができるか、考えられる法的根拠を一つ示し、その法的根拠が成り立つ理由及びいつからの請求をすることができるかの理由を付して説明しなさい。

【事実】 以下の10から14までは、【事実】1から9までのX社に関するものである。

10. X社は、監査役会設置会社であり、発行済株式総数（普通株式のみ）10万株、株主数5000人の上場企業である（単元株制度は採用していない）。X社は、財務状況が悪化したため、同じ機械メーカーであり、X社の発行済株式の5%を長年保有して友好関係にあるZ株式会社（以下「Z社」という。）に対し、事業の柱の一つである精密機械製造事業を譲渡することとし、同社との間に研究、開発、販売等における協同関係を築くことにより、この苦境を乗り切ろうと考えた。そして、X社は、平成20年6月2日、Z社との間で、事業の譲渡及び協同関係の構築に向けた交渉を始めるための基本合意を締結した（以下この合意を「本件基本合意」という。）。

11. ところが、本件基本合意の締結後、X社は、財務状況の悪化が急速に進み、キャッシュフローの一の確保も難しくなったため、本件基本合意に基づくZ社への事業の譲渡によって得ることができる対価による収入や、同社との協同関係の構築だけでは、企業としての存続が危うくなってきた。

12. そのような折、Z社のライバル企業である機械メーカーのD株式会社（以下「D社」という。）がX社に対して合併を申し入れてきた。合併の条件は、X社の普通株式4株にD社の普通株式1株を交付するという合併比率によって、D社を吸収合併存続株式会社とし、X社を吸収合併消滅株式会社とする吸収合併を行うというものであり、D社は、X社の精密機械製造事業に魅力を感じ、同事業を含めてX社の事業全部を吸収合併により取得することを申し入れてきたものであった。

13. X社の取締役会は、Z社よりも企業体力に優るD社に吸収合併されれば、X社は独立した企業ではなくなるものの、同社の財務状況の悪化やキャッシュフロー不足の問題が解決され、事業全体の存続や従業員の雇用の確保につながるかと考え、平成20年10月8日、Z社との本件基本合意を白紙撤回した上、D社から申入れのあったとおり合併条件により、X社がD社に吸収合併されることを受け入れることを決めた。

14. これに対し、Z社は、X社の精密機械製造事業を何としても手に入れたいたいと考え、X社に対して、本件基本合意に基づく事業の譲渡及び協同関係の構築の実現を迫り、D社との合併に反対した。Z社は、本件基本合意に基づき、X社を債務者として、D社との合併の交渉の差止め、仮処分命令の申立てを行ったが、当該申立てが却下されたため、X社に対する本件基本合意違反を理由とする損害賠償請求の訴えの提起を準備している。また、Z社は、X社とD社の合併は、両社の企業規模や1株当たり純資産の比較、X社の培ってきた取引関係や評判等からすれば、その合併比率がX社の株主にとって不当に不利益なものとなっており、また、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）第15条第1項第1号に規定する「当該合併によって一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」に当たり、同法に違反するものであると主張し（独禁法違反の点は、実際に認定され得るものであった。）、合併に反対している。

【設問4】 Z社は、X社の株主としての権利を行使し、合併契約の締結や当該合併契約の承認を目的とする株主総会の招集を阻止したいと考えている。Z社は、X社の株主として、どのような会社法上の手段を探ることができるか。理由を付して説明しなさい。

【事実】 【事実】10から14までのX社については、その後、以下の15から20までの経過があった。15. X社は、Z社の反対にもかかわらず、D社との間で合併契約を平成20年10月15日に締結し、X社取締役会は、当該合併契約の承認を目的とする臨時株主総会を同年12月1日に開催することを決定したことから、同社取締役は、その招集通知を発するとともに、株主総会参考書類及び次の議決権行使書面を株主に交付した。

平成22年 民事系本試験問題

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

【民事系科目】

〔第1問〕（配点：100〔設問1と設問2の配点の割合は、2：8〕）
次の文章を讀んで、後記の設問1及び設問2に答えよ。

1. Aは、自己の所有する土地建物（以下「本件不動産」という。）を活用して、株式会社を設立してスーパーマーケット事業を営もうと考えた。しかし、Aは、本件不動産をスーパーマーケットの店舗に改装する資金を有していなかったため、友人Bに対し、同事業を共同して行うことを提案した。Bは、Aからの提案を了承し、両者の間に、株式会社を設立してスーパーマーケット事業を営む旨の合意が成立した。

2. そこで、A及びBは、いずれも発起人となって、発起設立の方法により、会社法上の公開会社であり、かつ、株券発行会社である甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立することとした。

A及びBは、発起人として、Aが金銭以外の財産として本件不動産を出資すること、その価額は5億円であること及びAに対し割り当てる設立時発行株式の数は5000株であることを定め、これらの事項を、書面によって作成する定款に記載した。そして、Aは、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、本件不動産を給付した（以下Aによる本件不動産の出資を「本件現物出資」という。）。

他方、A及びBは、Bが割当てを受ける設立時発行株式の数は1000株であり、その株式と引換えに払い込む金銭の額は1億円であると定めた。そして、Bは、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る金銭の全額1億円を払い込んだ。

なお、A及びBは、本件不動産の評価額を5億円とする不動産鑑定士の鑑定評価及び本件不動産について定款に記載された5億円の価額が相当であることについての公認会計士の証明を受けた。そして、A及びBは、裁判所に対し、定款に記載のある本件現物出資に関する事項を調査させるための検査役の選任の申立てをしなかった。

設立中の甲社においては、A、B及びCが設立時取締役として選任され、Aが設立時代表取締役として選定された。A、B及びCは、その選任後遅滞なく、本件不動産に係る不動産鑑定士の鑑定評価及び公認会計士の証明が相当であること並びにA及びBによる設立時発行株式に係る出資の履行が完了していることにつき調査をした。その後、甲社は、本店の所在地において設立の登記をしたことにより成立し、Aが甲社の代表取締役、B及びCが甲社の取締役にそれぞれ就任した。そして、甲社は、本件不動産をスーパーマーケットの店舗（以下「甲店」という。）に改装し、スーパーマーケット事業を開始した。

3. 甲社は、成立後数年の間は、甲店におけるスーパーマーケット事業を順調に行い、好業績を上げていた。そして、Bは、甲社の取引先に対し、自己の所有していた甲社の株式の一部を譲渡した。

ところが、その後、大手ディスカウントストアが甲店の近隣に出店したことにより、甲社のスーパーマーケット事業には、急速に陰りが出始めた。そこで、甲社は、運転資金が必要となったため、乙銀行株式会社（以下「乙銀行」という。）に甲店の大規模改装に必要な資金の名目で2億円の融資を申し入れた。これに対し、乙銀行の担当者、甲社の近時における業績の低迷等を見て懸念を感じ、甲社に対し、「甲店の大規模改装に必要な資金2億円のうち、半分の1億円を増資等により自ら調達するなどすれば、残りの1億円につき融資することも考えられないことはない。」と返答した。

そこで、甲社は、Aの提案により、丙株式会社（以下「丙社」という。）を割当先とする募集株式の発行を行うこととした。甲社の取締役会は、募集株式の数1000株、募集株式1株と引換えに払い込む金銭を10万円とすると定めた。丙社は、当該募集株式の割当てを受けて、甲社の取締役会が定めた募集株式の払込みの期日に、募集株式の払込金額の全額1億円を払い込む

だ。そこで、甲社は、募集株式の発行による変更の登記をし、また、その払込み後遅滞なく甲社の株式1000株に係る株券を発行し、丙社に同株券を交付した（以下甲社による当該募集株式の発行を「本件募集株式発行」という。）。

4. その後、甲社は、乙銀行に対し、増資が完了し、現金1億円を確保したことを伝え、大手デイスカウントストアに対抗するため、改めて、甲店の大規模改装に必要となる資金の残額として1億円の融資を申し入れた。これに対し、乙銀行は、甲社に対し、甲社の計算書類及び登記事項証明書等を提示するよう求めた。そこで、Aは、乙銀行に対し、本件募集株式発行がされたこと及び本件募集株式発行に際し払い込まれた現金1億円が甲社にあることを表示している甲社の貸借対照表（資料①）は、その概要）等の計算書類及び登記事項証明書（資料②）を提示した。乙銀行は、これらの内容を確認した上で、甲社に対する1億円の融資を決定し、甲社に対し、1億円を貸し付けた。

なお、これに先立ち、甲社の取締役会は、A、B及びCの全員一致で、乙銀行から1億円の融資を受けることを決定していた。

5. ところが、甲社は、乙銀行からの上記融資後も甲店の改装を行わず、甲社の顧客の多くが引き続き大手デイスカウントストアに流れたため、業績を回復させることができなかった。乙銀行は、程なく、甲社が破綻したこと、そのため、乙銀行の甲社に対する貸付債権のほぼ金額が回収不能となったことを知った。

6. その後、乙銀行が甲社の破綻及び乙銀行の甲社に対する貸付債権がほぼ全額回収不能となると至った経緯を調査した結果、以下の事実が判明した。

(1) 本件不動産は、本件現物出資の当時、土地に土壌汚染が存在し、甲社の定款作成の時及び成立の時点における客観的価値は、いずれも1億円にすぎなかった。また、甲社の設立当時、Aは、当該土壌汚染の存在を認識していたが、Bは、当該土壌汚染の存在を認識しておらず、本件不動産に係る鑑定評価や証明を行った不動産鑑定士及び公認会計士は、その当時、当該土壌汚染の存在や、これにより定款に記載された本件不動産の価額が相当でないことを認識していなかった。

(2) 丙社は、Aが実質的に発行済株式の全部を所有していた。本件募集株式発行に際し、丙社の代表取締役Dは、Aの指示を受けて、丁銀行株式会社（以下「丁銀行」という。）から払込金相当額の9割に相当する9000万円を借り入れ、それを丙社がねん出することができた資金1000万円と併せて、本件募集株式発行の払込みに充てた上、Aが、当該払込みがされた日の翌日、募集株式の発行による変更の登記の申請に必要な手続をすると直ちに、当該払込みに係る資金のうち9000万円を甲社の口座から引き出して、丙社の代表取締役Dに交付し、Dが、丙社の代表取締役として、直ちに、この資金をもって、丁銀行に対し、9000万円の借入金債務を弁済した。その後、Aは、甲社の貸借対照表（資料①）は、その概要）等の計算書類を作成し、乙銀行に対し、同計算書類や登記事項証明書（資料②）を示していた。

Bは、Aに本件募集株式発行に関する手続を実質的に一任しており、その当時、本件募集株式発行に係る払込みやAのDに対する9000万円の交付等に関する上記一連の事情を認識していなかった。

なお、本件募集株式発行の払込金額は、丙社に特に有利な金額であるといえなかった。

〔設問1〕 本件現物出資に関し、会社法上、A及びBが甲社に対して負担する責任について、説明しなさい。

〔設問2〕 本件募集株式発行に関し、①払込みの効力及び発行された株式の効力について論じた上、会社法上、②A、B及び丙社が甲社に対して負担する責任並びに③A及びBが乙銀行に対して負担する責任について、説明しなさい。

【資料①】

貸借対照表の概要
(平成〇〇年〇月〇日現在)

(単位：千円)

(資産の部)		(負債の部)	
流動資産			(略)
現金	120,000	負債合計	50,000
(略)	80,000	(純資産の部)	
固定資産		株主資本	
建物及び土地	500,000	資本金	350,000
(略)	50,000	資本準備金	350,000
		純資産合計	700,000
資産合計	750,000	負債・純資産合計	750,000

(注) 現金1億2000万円のうち、1億円は、本件募集株式発行の払込みに係るものである。また、建物につき減価償却は考慮しない。

【資料②】

履歴事項全部証明書

〇〇県〇〇市〇〇〇〇一丁目1番1号
甲株式会社
会社法人等番号 (略)

商号	甲株式会社		
本店	〇〇県〇〇市〇〇〇〇一丁目1番1号		
公告する方法	(略)		
会社成立の年月日	平成〇〇年〇月〇〇日		
目的	1. スーパーマーケットの経営 2. 〇〇〇 3. 前各号に附帯する事業		
発行可能株式総数	〇万株		
発行済株式の総数 並びに種類及び数	発行済株式の総数 6000株		
資本金の額	発行済株式の総数 7000株	平成〇〇年〇〇月〇〇日変更 平成〇〇年〇〇月〇〇日登記	
	金3億円		
	金3億5000万円	平成〇〇年〇〇月〇〇日変更 平成〇〇年〇〇月〇〇日登記	
役員に関する事項	取締役	A	
	取締役	B	
	取締役	C	
	〇〇県〇〇市〇〇〇〇二丁目2番2号 代表取締役	A	
取締役会設置会社 に関する事項	監査役	〇〇〇〇	
	取締役会設置会社		
	監査役設置会社		
登記記録に関する事項	設立	平成〇〇年〇〇月〇〇日登記	

これは登記簿に記載されている開示されていない事項の全部であることを証明した書面である。

平成〇〇年 〇月 〇日

〇〇地方法務局

登記官

法 務 太 郎 印

* 下線のあるものは抹消事項であることを示す。

1 / 1

【民事系科目】

【第2問】(配点：200【設問1】から【設問5】までの配点の割合は、3.5:4:3.5:6.5:2.5))
次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問5】までに答えなさい。

I

【事実】

1. 印刷や製版の工場を個人で営むAとその妻であるBとの間には、昭和58年8月20日にC男が生まれた。やがて平成5年にBが病没すると、Aは、平成6年2月にDと婚姻した。この時、Dには子としてE女があり、Eは、昭和60年2月6日生まれである。

Aには、主な資産として、工場とその敷地のほかに、当番は使用する予定がない甲土地があり、また、甲土地の近くにある乙土地とその上に所在する丙建物も所有しており、丙建物は、事務所を兼ねた商品の一時保管の場所として用いられてきた。これら甲、乙及び丙の各不動産は、いずれもAを所有権登記名義人とする登記がされている。

2. Cは、大学卒業後、いったんは大手の食品メーカーに就職したが、やがて、小さくてもよいから将来の希望であった出版の仕事を手がけたいと考え、就職先を辞め、雑誌出版の事業を始めた。そして、事業が軌道に乗るまで、出版する雑誌の印刷はAの工場に引き受けてもらうことになった。

3. そのころ、Aは、事業を拡張することを考えていた。そこで、Aは、金融の事業を営むFに資金の融資を要請し、両者間で折衝が持たれた結果、平成19年3月1日に、AとFが面談の上、FがAに1500万円を融資することとし、その担保として甲、乙及び丙の各不動産に抵当権を設定するという交渉がほぼまとまり、同月15日に正式な書類を調えることになった。なお、このころになって、Cの出版の事業も本格的に動き出し、そのための資金が不足になりがちであった。

4. ところが、平成19年3月15日にAに所用ができたことから、前日である14日にAはFに電話をし、「自分が行けないことはお詫びするが、息子のCを赴かせろ。先日交渉の経過を話しており、息子が理解しているから、後は息子との間でよろしく進めてほしい。」と述べ、これをFも了解した。

5. 平成19年3月15日午前にFと会ったCは、Fに対し、「父の方で資金の需要が急にできたことから、融資額を2000万円に増やしてほしい。」と述べた。そこで、Fは、一応Aの携帯電話に電話をして権限をしようとしたが、Aの携帯電話がつかなくなったことから、Aの自宅に電話をしたところ、Aは不在であり、電話に出たDは、Fの照会に対し「融資のことはCに任せてあると聞いている。」と答えた。これを受けFは、同日に、融資額を2000万円とし、最終の弁済期を平成22年3月15日として融資をする旨の金銭消費貸借の証書を作成し、また、2000万円を被担保債権の額とし、甲、乙及び丙の各不動産に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約の証書を作成され、Cが、これらにAの名を記してAの印鑑を押捺した。

6. この2000万円の貸付けの融資条件は、返済を3度に分けることとされ、第1回は平成20年3月15日に500万円を、次いで第2回は平成21年3月15日に1000万円を、そして第3回は平成22年3月15日に500万円を支払うべきものとされた。また、利息は、年36.5日の日割計算で年1割2分とし、借入日にその翌日から1年分の前払をし、その後平成20年3月15日及び平成21年3月15日にそれぞれ翌日から1年分の前払をすることとした。なお、遅延損害金については、同じく年36.5日の日割計算で年2割と定められた。

7. 同じ3月15日の午後Aの銀行口座にFから2000万円が振り込まれた。これを受けC

は、同日中に、日ごろから銀行口座の管理を任されているAの従業員を促し500万円を引き出させた上で、それを同従業員から受け取った。

また、甲、乙及び丙の各不動産に係る抵当権の登記も、同日中に申請された。これらの抵当権の設定の登記は、甲土地については、数日後に申請のとおりFを抵当権登記名義人とする登記がされた。しかし、乙及び丙の各不動産については、添付書面に不備があるため登記官から補正を求められたが、その補正はされなかった。その後、【事実】9に記すとおり、A・F間には被担保債権をめぐる争いが生じたことから、乙及び丙の各不動産について抵当権の設定の登記の再度の申請がされるには至らなかった。

8. 翌4月になって、甲、乙及び丙の各不動産の登記事項証明書を調べて不審を感じたAは、Cを問いただした。Cは、乙及び丙の各不動産について手続の手違いがあって登記の手続が遅れていると説明し、また、自分の判断で2000万円の借入れを決めたことを認めた。

9. 借入れの経過に納得しないAは、弁護士Pに相談した。そして、Aは弁護士Pを訴訟代理人に選任した上で、平成19年6月1日、Fに対し、平成19年3月15日付けの消費貸借契約(以下「本件消費貸借契約」という。)に基づきAがFに対して負う元本返還債務が1500万円を超えては存在しないことの権限を求める訴え(以下「第1訴訟」という。)をJ地方裁判所に提起した。

【設問1】 【事実】1から9までを前提として、Fが、第1訴訟において、AがCに借入れの代理権でその金額に限度のないものを授与したとする主張、及びAがCに借入れの代理権でその金額の限度を1500万円とするものを授与したとする主張とを選択的にしたとする場合、それぞれの主張によって、次に掲げる事実①及び事実②は法律上の意義を有するか、また、それを有すると考えられるときに、どのような法律上の意義を有するか、それぞれ理由を付して解答しなさい。

① 【事実】4に記す事実のうち、AがFに電話をして、3月15日に赴かせるCには交渉の経過を話しており、それをCが理解しているから、後はCとの間でよろしく進めてほしい、と述べたこと。

② 【事実】5に記す事実のうち、Fが、Aの携帯電話に電話をして融資額の変更を確認しようとしたが、Aの電話がつかなくなったこと。

II 【事実】1から9までに加え、以下の【事実】10から14までの経緯があった。

【事実】

10. Eは、AとDが婚姻して以来、A、D及びCと同居しており、その後は、Cと年齢が近かったこともあって、お互いに様々な悩みについて相談し合ったり、進路についてアドバイスし合ったりしていたが、平成19年6月中旬ころ、Cの勧めもあって、Eは、Aらの同居をやめて独立し、幼なじみのG女を誘って一緒に事業を始めることを決意した。そして、Eは、同月、アパートを借りてGと同居生活を始めた。

11. 平成19年7月、Aは、乙土地及び丙建物につきFを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされていないことに乗じて、Eに対し、「いつもCの相談相手になり、励ましてくれてありがとう。私としては、今後もCにとって信頼できる友人として付き合い合っていてほしいと願っている。また、独立して自分の道を歩もうとする君を大いに支援したいので、乙土地及び丙建物を君に贈りたい。」と述べた。

12. Eは、AがFから金銭を借り入れた事情や、その担保として甲土地、乙土地及び丙建物にFのための抵当権を設定する契約が結ばれたものの、乙土地及び丙建物については抵当権の設定

の登記がされていないことなどについて、平成19年4月ころにAとCが話しているのを耳にしており、同年7月の時点でも、乙土地及び丙建物については抵当権の設定の登記がされていないことを知っていた。

13. しかし、Eは、Aから乙土地及び丙建物の贈与を受けることができれば、丙建物を取り壊して自分の住居を建築することができると算段し、乙土地及び丙建物にFのための抵当権の設定の登記がされていない事情を十分に認識した上で、Aによる乙土地及び丙建物の贈与の申出を受け入れ、平成19年7月27日、乙土地及び丙建物につき、贈与を登記原因としてAからEへの所有権移転登記がされた。

14. 平成19年8月19日、Eは、乙土地上に自己の居住用建物を建築するため、同土地上にあった丙建物を取り壊した。これを知ったFは、弁護士Qを訴訟代理人に選任した上で、Eに対し、抵当権の侵害による不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起することとした。

【設問2】 【事実】 1から14までを前提として、以下の(i)及び(ii)に答えなさい。

(i) 【事実】 14に記す訴えに係る訴訟においてFの損害をどのようにとらえるべきかを検討するに当たり、留意すべき事項を挙げ、それらの事項についてどのように考えるべきか、想定される反論も考慮しつつ論じなさい。

(ii) 弁護士Qは、【事実】 14に記す訴えに係る訴訟において、Eから、「丙建物については、Fのために抵当権の設定の登記がされていないから、Fは、Eに対し、Eの不法行為を理由とする損害賠償を請求することができない。」と反論されることを想定した。この反論の可否について、どのような再反論をすることができると考えるかを含め、論じなさい。

III 【事実】 1から14までに加え、以下の【事実】 15から17までの経緯があった。

【事実】

15. 平成19年9月10日、Fは「被告E」と訴状に記載して、【事実】 14に記す訴え（以下「第2訴訟」という。）をJ地方裁判所に提起した。第2訴訟は、被告側に訴訟代理人が選任されないまま進行した。第1回口頭弁論期日が開かれた後、口頭弁論が執行され、第3回口頭弁論期日の間に、双方から事実に関する主張及びそれに対する認否が行われた。

16. 弁護士Qは、第4回口頭弁論期日にこれまでもどおり出頭し、J地方裁判所の法廷入口に用意された期日の出頭票の原告訴訟代理人氏名欄に自らの名前をボールペンで書き入れようとした際、これまでの口頭弁論期日にEとして出頭していた人物が、同じく出頭票の被告氏名欄にボールペンで「G」という氏名を記載した後に、慌ててその名前を塗りつぶして、「E」と記載したところを目撃した。

そこで、弁護士Qは、不審に思い、第4回口頭弁論期日の冒頭において、Eとして出頭した人物に対し、「あなたは、先ほど、出頭票に「G」という今まで見たことがない名前を書いていませんか。訴状には、「被告E」と記載されています。あなたは、本当にEさんですか。」と問いただした。すると、Eとして出頭した人物は、「実は、私は、Eと同居しているGです。」と述べ、次回期日には、Eを連れてくる旨を確約した。裁判所は、口頭弁論を続行することとし、第5回口頭弁論期日が指定された。

17. その後、第2訴訟に係る経緯をGから聞いたEは、訴訟代理人として弁護士Rを選任した。そして、第5回口頭弁論期日には、弁護士Q並びにE、G及び弁護士Rが出頭した。

第5回口頭弁論期日においては、E本人が訴状の送達を受け、Gに対応を相談したところ、Gが、「この裁判は、あなたの身代わりとして私がするから任せてほしい。」と申し出たので、EがGに対し「任せる。」とこたえた、という事実が確認された。

そして、弁護士Rは、「これまでにGがした訴訟行為は、すべて無効である。」と主張し、裁

判所に対し、これを前提として手続を進めることを求めた。

これに対し、弁護士Qは、「弁護士Rの主張は認められない。Gがした訴訟行為の効力はEに及ぶ。」と主張した。

【設問3】 【事実】 1から17までを前提として、第2訴訟において、訴状の送達後、Gが第3回口頭弁論期日までの間にした訴訟行為の効力がEに及ぶかどうかについて、理由を付して論じなさい。

IV 【事実】 1から9までに加え、以下の【事実】 18から20までの経緯があった。

【事実】

18. 第1訴訟の第1回口頭弁論期日は、平成19年7月27日に開かれ、訴状の陳述などが行われた。その後数回の期日を経て、平成20年4月11日に口頭弁論が終結し、同年6月2日にAの請求を全部認容する旨の終局判決が言い渡され、この判決が確定した。

19. 平成21年4月23日に、Aは、弁護士Pを訴訟代理人に選任した上で、Fに対し、被担保権（被担保債権は、【事実】 9に記した本件消費貸借契約上の貸金返還請求権のみであるとする。）の全額が弁済により消滅したことを理由として、J地方裁判所に、甲土地の所有権に基づき甲土地に係る抵当権の設定の登記の抹消登記手続を求める訴え（以下「第3訴訟」という。）を提起した。

20. 第3訴訟の第1回口頭弁論期日において、弁護士Pは、被担保債権に関し、「本件消費貸借契約に基づきAがFに対して負う元本返還債務の金額は1500万円であるところ、AはFに対し、平成20年3月15日に500万円、平成21年3月15日に1000万円をそれぞれ弁済した。」と主張した。

この期日において、弁護士Pは、裁判長の釈明に対し、「平成20年3月15日にされた弁済が第1訴訟において主張されなかったのは、Aが、同弁済が第1訴訟において意味がある事実とは思わなかったもので、私に連絡を怠ったためである。」と陳述した。

これに対し、Fの訴訟代理人である弁護士Qは、弁護士Pの被担保債権に関する主張のうち、平成20年3月15日の弁済については次回口頭弁論期日まで認否を留保し、その余は認める旨の陳述をした。

【設問4】 【事実】 1から9まで及び18から20までを前提として、第3訴訟に関する次の(i)及び(ii)に答えなさい。

(i) 第3訴訟の第1回口頭弁論期日後数日してされた次の弁護士Qと司法修習生Sの会話を讀んだ上で、あなたが司法修習生Sであるとして、弁護士Qが示した課題（会話中の下線を引いた部分）を検討した結果を理由を付して述べなさい。

ただし、信義則違反については論ずる必要がない。

なお、貸金返還請求権については、利息及び遅延損害金を考慮に入れられないものとする。

Q： 第1訴訟の確定判決の既判力が第3訴訟で作用することは理解できますか。

S： 第3訴訟の訴訟物は、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求権ですから、抵当権が消滅したかどうかが争点になります。そして、抵当権が消滅したかどうかを判断するためには、抵当権の付従性から、被担保債権が消滅したかどうかを判断しなければなりません。つまり、被担保債権である本件消費貸借契約上の貸金返還請求権の存否が、訴訟物である抵当権設定登記抹消登記請求権の存否にとって、いわゆる先決関係にあるということになります。

Q： そのとおりです。ですから、第1訴訟の確定判決の既判力の作用によって、私たちは、第3訴訟で、第1訴訟の口頭弁論が終結した平成20年4月11日の時点で、本件消費貸借契約上の元本返還請求権の金額が1500万円を超えていたことを主張できなくなくなります。この点は分かりますか。

S： はい。

Q： ところが、Aは、第3訴訟で、第1訴訟の口頭弁論終結前の平成20年3月15日にされた弁済を主張してきましたね。このような主張は許されてよいものでしょうか。確かにそうですね。信義則に反すると思います。

Q： いきなり信義則違反に飛び付くのは、いかがなものでしょうか。最終的には、信義則違反の主張をすることになるかもしれませんが、その前に、Aの弁済の主張が第1訴訟で生じた既判力によって遮断されるかどうかを検討すべきではないでしょうか。

S： すみません。先走り過ぎました。

Q： 第1回口頭弁論期日が終わってから、私なりに既判力について考えてみました。その結果、二つの法律構成が残ったのですが、そこから先の検討がまだ済んでいないのです。第2回口頭弁論期日のための準備書面をそろそろ書き始めなければなりませんので、あなたにも協力してほしいのです。

S： 分かりました。

Q： では、二つの法律構成を説明します。

第1の法律構成（法律構成①）は、第1訴訟の訴訟物は元本返還債務の全体であって、Aの「1500万円を超えては存在しない」ことの確認を求めるという請求の趣旨は、例えば「1200万円を超えては存在しない」というような、より原告に有利な判決を求めないという意味において、原告が自ら、請求の認容の範囲を限定したものにすぎない、というものです。このように考えると、既判力の対象はあくまでも、元本返還債務の全体ですから、第1訴訟の確定判決の既判力によって、「平成20年4月11日の時点で元本債務は1500万円であった」ということが確定されることになります。

第2の法律構成（法律構成②）も、やはり第1訴訟の訴訟物は元本返還債務の全体であるのですが、同債務のうち1500万円についてはAが請求を放棄したために、実際に審判対象となったのは1500万円を超える部分だということです。このように考える場合には、第1訴訟の確定判決の既判力の客観的範囲は元本返還債務のうち1500万円を超える部分だけになりますが、請求の放棄、正確には請求の一部放棄の既判力により、元本債務の金額が1500万円であったことが確定されることになります。

理解できましたか。

S： はい。

Q： それでは、これから、あなたにお願いする課題を説明します。法律構成①と法律構成②のそれぞれについて、長所と短所を検討してください。ただし、最高裁判所の判例に適合的であるから良い、あるいは、最高裁判所の判例に反するから駄目だ、というような紋切り型の答えでは困ります。

S： 分かりました。頑張ってみます。

なお、貸金返還請求権については、利息及び遅延損害金を考慮に入れないものとする。

V 【事実】 1から9までに加え、以下の【事実】21から25までの経緯があった。

【事実】

21. Dは平成20年2月16日に病没した。

22. Aは、外国に住んでいる親族の結婚式に出席するため、5日間の外国旅行に出ることとなった。Aは、出発前夜である平成22年1月12日に、CとEを呼び、「今まで隠していたが、実はEは私とDとの間にできた子で、私はEを認知することにした。認知届の書類にもすべて私が必要な項目を埋めて署名押印しておいたから、Eは、私が旅行に出ている間に、認知届の日付を埋めた上で必ず市役所に提出しておいてほしい。」と告げた。突然の話にEは驚いたものの、了解し、認知届の提出に必要な書類一式をAから受け取った。

23. 翌朝、Aは旅行に出発した。同月14日、Aは事故に巻き込まれ、死亡した。Eは、この件の事後処理に忙殺され、認知届を提出しないままになっている。

24. Aの遺品を整理していたCは、同年2月3日に、Aの愛用していた机の引出しの奥に、「遺言」と表面に書かれた1通の封書を見つけた。この封書には自筆証書遺言として適式な証書が入っていて、そこには、「私が死亡したときは、私の遺産はCを2、Eを1とする割合で分けること。」とAの筆跡で記されていた。遺言の日付は平成20年4月6日となっていた。

25. Hは生前のAに対し600万円を貸し付けており、平成22年4月現在、この貸金債権の弁済期は既に到来している。平成22年5月になって、Hが、前記貸金債権に係る元本の返済をC及びEに対し請求してきた。

【設問5】 【事実】 1から9まで及び21から25までを前提として、C及びEはHに対し元本の支払義務を負うか、支払義務を負うとした場合、いくらの支払義務を負うか、これらについて、EがAの子であるかどうかにも言及しつつ論じなさい。

(2) 審理の結果、被担保債権の元本が500万円残っているとの結論に至った場合、裁判所は、Fに対し、AがFに500万円を支払うことを条件として、抵当権の設定の登記の抹消登記手続をすることを命ずる判決をすることができると比較しながら、論じなさい。