

新司法試験

「2010 年・本試験分析速報会」

総論・民事系

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。

200-8400-1010-11

2010年 新司法試験・論文式試験 民事系 第1問

次の文章を読んで、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、発起人として、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に、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、乙銀行の担当者は、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10万円とするなどと定めた。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1億円を払い込んだ。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、大手ディ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ィ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全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に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、土地に土壤汚染が存在し、甲社の定款作成の時及び成立の時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、甲社の成立当時、Aは、当該土壤汚染の存在を認識していたが、Bは、当該土壤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、当該土壤汚染の存在や、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はいえなかった。

〔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	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	
公告をする方法	（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 6 0 0 0 株	
	発行済株式の総数 7 0 0 0 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
資本金の額	金 3 億 円	
	金 3 億 5 0 0 0 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	
	監査役 〇〇〇〇	
取締役会設置会社 に関する事項	取締役会設置会社	
監査役設置会社 に関する事項	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	

これは登記簿に記録されている閉鎖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㊞

* 下線のあるものは抹消事項であることを示す。

1/1

民事系第1問 講師室監修答案

第1 設問1

- 5 1 本件現物出資は、書面によって作成する定款（会社法 26 条 1 項）に、「出資者」A「に対し割り当てる設立時発行株式の数」5000 株、本件不動産という「金銭以外の財産」及び「その価額」5 億円が記載されているから、有効である（28 条 1 号）。
- 10 2 しかし、甲「株式会社の成立の時」の本件不動産という「現物出資財産等」（33 条 10 項 1 号）の「価額」（52 条 1 項）つまり客観的価値は、1 億円にすぎなかった。
- 15 (1) この 4 億円の不足は、上記 1 の 5 億円と B の金銭 1 億円との合計 6 億円あるはずだった出資額の実に 3 分の 2 を占める。
- すると、本件不動産が甲社のスーパーマーケット事業の基盤といえる店舗に改装する重要な財産であること、本件現物出資当時の土壌汚染が、食品も扱うだろう同事業の悪評となるおそれがあることから、「著しく不足」といえる。
- 20 (2) よって、「発起人」かつ「設立時取締役」の AB は、不足額 4 億円を支払う義務を負う。
- (3) ア A は、前記 1 のとおり「28 条 1 号の財産を給付した者」（52 条 2 項）だから、同条項による免責はない。
- イ 他方 B は、「検査役の選任の申立て」（33 条 1・2 項）をしなかったので「33 条 2 項の検査役の調査を経た場合」（52 条 2 項 1 号）ではないが、「職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明」すれば、免責される（同条項 2 号）。
- (ア) まず「発起人」B は、本件不動産という現物出資財産につき、

- 25 評価額を 5 億円とする不動産鑑定士の鑑定評価と、定款に記載された同額が相当であることについて公認会計士の証明を受けた（33 条 10 項 3 号）から、検査役の選任の申立て（同条 1 項）は不要だった。
- 30 (イ) また、B は、「設立時取締役」に選任後遅滞なく、上記鑑定評価と「証明が相当であること」（46 条 1 項 2 号）、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たこと」（同条項 3 号）につき調査をした。
- このとき、設立当時、専門家の不動産鑑定士や公認会計士ですら、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以上、B が同様の認識なのは責められない。
- 35 (ウ) よって、B が、「職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明」することは充分できる。
- 40 (4) A とその友人 B や、A が実質的に全株式を保有する丙社は、AB の責任の免除に同意する可能性が高いが、B は、甲社の取引先に株式の一部を譲渡しているから、総株主の同意による免責（55 条）は難しい。
- (5) AB いずれも免責されなければ、連帯債務者となる（54 条）。
- 45 3 (1) 上記(ア)～(ウ)から、B は、甲「社の設立についてその任務を怠った」（53 条 1 項）とはいえない。
- (2) 他方 A は、甲社の設立当時、本件不動産の土壌汚染の存在を認識していた。

にもかかわらず、「発起人」として、資本充実のため本件不動産の定款作成時の客観的価値1億円を超えない価額を定款に記載する「任務を怠り」、また「設立時取締役」として、前記(イ)の調査とそれに基づく通知をする「任務」(46条2項)を、少なくとも「発起人」Bに対しては「怠った」。

するとAは、「これによって生じた損害」たる前記2の不足額4億円の賠償責任を負う。

(3) Aは、総株主の同意がなければ免責されない(55条)が、前記2(4)と同様に難しい。

第2 設問2①

1 払込みの効力

(1) 形式的には、合計1億円の「払込み」(208条1項)はある。

(2)ア しかし、本件募集株式発行は、Aの提案により、丙社を割当先としたものである。

そのAが実質的に発行済株式の全部を有する丙社の代表取締役Dが、Aの指示を受けて、丁銀行から9000万円を借り入れ、本件募集株式発行の払込みに充てた。

イ そしてAが、当該払込みがされた日の翌日、募集株式発行による変更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。

ウ この短期間で、払込金が運用された事実はない。

エ (ア) 確かに資本金には、形式的払込み合計1億円から、5000万円という最低限(445条2項)を組み入れたにとどまり、借入金9000万円を返済しても、甲社資産合計額は6億6000万円となるにすぎず、計数上は資本金額3億5000万円を割り込まない。

(イ) しかし、本件不動産実価ベースで甲社資産合計額は3億5000万円であり、ここから9000万円を返済すると、上記資本金額を割り込む。

また、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、甲社は、スーパーマーケット事業に急速に陰りが出始めており、運転資金が必要となった。そして、9000万円の借入金は、流動資産2億円の45%、現金1億2000万円の75%を占める。

(ウ) すると、借入金9000万円の返済は、甲社の資金関係に重大な影響を及ぼすといえる。

オ 以上ア～エから、9000万円の払込みは、実質的には当初から計画された仮装のものといえ、資本充実という会社法の根本原則に反するから、無効と解すべきである。

残り1000万円は、丙社自身がねん出することができた資金で、払込み後も甲社のもとにとどまっており、資本充実に反しないから、「払込み」は有効である。

2 発行された株式の効力

95

(1) 払込みが有効な 1000 万円分の株式 100 株については、発行された株式の効力は問題なく有効である。

(2) 払込みが無効である 9000 万円分の株式 900 株はどうか。

ア まず、募集株式発行の無効事由は、差止請求（210 条）と異なり既に株式が流通しているから、取引安全よりも重大な「法令又は定款～違反」に限定すべきである。

100

イ 本問甲社は公開会社（2 条 5 号）だが、仮払込みをした丙社に対してのみ本件募集株式発行がなされており、今のところは譲受人がいないから、取引安全の要請は小さい。

他方、会社法の根本原則たる資本充実の原則に反する丙社の仮払込みは、重大な法令違反といえる。

105

さらに、甲社は株券発行会社だが、840 条 1 項後段が無効となる場合を予定している。

とすると、本件募集株式のうち、900 株の発行については無効事由があるといえる。

110

ウ ただ、本件募集株式発行の無効の訴え（834 条 2 号）で請求認容判決が確定するまでは、株式自体も有効と扱われる（839 条反対解釈）ので、以下有効として説明する。

第 3 設問 2 ②

1 A：損害賠償責任（423 条 1 項）

(1) A は、甲社の代表取締役として、甲社に対し、善管注意義務（330 条、民法 644 条）、忠実義務（355 条）を負う。

115

確かに、乙銀行担当者が「1 億円の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」と言ったため、運転資金が必要となった甲社の代表取締役としての経営判断という面もなくはない。

120

しかし A は、資本充実という会社法の根本原則に反する仮払込みを故意に丙社に指示し、上記「任務を怠った」。

(2) 「これによって、」甲社には 9000 万円分の株式 900 株を実質的に無償で交付したという「損害」が生じている。

2 B：損害賠償責任（423 条 1 項）

125

(1) ア 取締役会は特に代表「取締役の業務執行」を監督する立場にある（362 条 2 項 2 号）から、取締役会を構成する取締役 B は、取締役会に上程された事項だけでなく、代表取締役 A の業務執行一般につき、これを監視する義務がある。

130

イ 確かに 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、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一連の事情を認識していなかった。

135

しかし、資本金 3 億円の甲社の、急速に事業に陰りが始まった局面における、1 億円の募集株式発行という重要な業務決定に関することであり、その払込みが現実になされ、会社法の根本原則たる資本充実に反しないかは、取締役として特に注意をもって監視すべきであったといえる。

にもかかわらず、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いた B は、「任務を怠った」といえる。

(2) 「これによって、」甲社には 9000 万円分の株式 900 株を実質的に払込みなく交付したという「損害」が生じている。

3 丙社：損害賠償責任（350 条）否定

A は、実質的に発行済株式全部を所有する丙社に指示して、甲社に対し、資本充実に反する仮払込みをしているが、これだけで「代表取締役その他の代表者」とはいえない。

4 なお、A B の前記責任は、総株主の同意があれば免除される（424 条）が、前記第 1 の 2 (4) のとおり、難しい。

5 A B の責任は連帯債務（430 条）、A・丙社の責任は、民法 715 条 1 項と同様、不真正連帯債務と解される。

第 4 設問 2 ③

1 A：損害賠償責任（429 条 1・2 項）

(1) 取締役である「役員等」（423 条 1 項かつこ書）A が前記第 3 の 1 (1) と同様「の職務を行うについて悪意」があり「これによって」「第三者」乙銀行に生じた「損害」を賠償する責任を負う（429 条 1 項）。

ア 同規定の趣旨は、役員等の職務に依存する株式会社の広大な影響力から、第三者を厚く保護する点にあるから、「損害」には広く間接損害も含まれると解すべきである。

イ 本問乙銀行は、A の任務懈怠によって甲社が破綻し、そのため、乙銀行の甲社に対する貸付債権のほぼ全額が回収不能になったという間接「損害」を被っている。

(2) A は、甲社の貸借対照表という「計算書類」（435 条 2 項かつこ

書）に、現金が 3000 万円しかないと知りながら 1 億 2000 万円、本件不動産の価額が 5 億円未満だと知りながら 5 億円、という「虚偽の記載」をした（429 条 2 項 1 号ロ）。

よって A は、その貸借対照表を信頼して融資したため前記間接「損害」を被った乙銀行に対し、賠償責任を負う。

なお A は、乙銀行の融資を受けるために、9000 万円の返済後、自ら貸借対照表を作成し、乙銀行が融資の担保として検討していることを知った上でこれを乙銀行に提示しているので、「注意を怠らなかった」（同条項但書）とはいえない。

2 B：損害賠償責任（429 条 1 項）

取締役である「役員等」B が、前記第 3 の 2 と同様「の職務を行うについて重過失」があり「これによって」「第三者」乙銀行に生じた前記間接「損害」を賠償する責任を負う。

3 他方乙は、銀行なのに、近時甲社の業績が低迷していることを知りつつ、A の提示した計算書類と登記事項証明書を安易に信用し、9000 万円の払込みが甲社の資本を充実させているかを確認するため、残高証明などの調査をすることもなかった。

また、店舗改装資金名目で借り入れたにもかかわらず、甲店が全く大規模改装をしていないことについても、なんら調査せず、漫然と全額回収不能に至っている。

そこで、乙銀行にも過失があり、損害の公平な分担との趣旨から、過失相殺（民法 722 条 2 項類推適用）の対象となる。

4 A、B の責任は、連帯債務となる（430 条）。 以上

民事系第1問 講師室監修答案2

第1 設問1 (本件現物出資に関し、A、Bが甲社に対して負担する責任)

1 本件不動産の出資が現物出資にあたることについて

Aが発起人として本件不動産を出資し、5000株の割り当てを受けた行為は、現物出資(会社法以下、会社法)については(法名省略)28条1号)にあたる。

5 現物出資は、設立時の定款に記載しない場合は効力を生じない(28条本文、26条)ところ、本問では定款に記載しており、効力を生じている。

2 52条の責任について

(1) 現物出資された本件不動産につき、不足額が生じていること

10 「株式会社」の成立の際における現物出資財産の価額が該現物出資について定款に記載された価額に著しく不足する(52条1項)ときには、発起人や設立時取締役が不足額填補責任が発生する。

本問では、甲社は株式会社である。

15 また、定款において、本件不動産の価額は5億円とされていたところ、実際では、土地と土壌汚染が存在し、甲社の定款作成時及び成立時における本件不動産の客観的価額は、いずれも1億円にすぎなかった。

5億円に対して、1億円は、5分の1にすぎず、「著しく不足する」といえる。

そこで、発起人かつ設立時取締役であった、A、Bにつき、52条の責任問題となる。

(2) Aの責任について

20 上記のように、Aは、発起人かつ設立時取締役であり、現物出資された本件不動産につき不足額が生じているので、Aは、52条1項より、甲社に対し、不足額4億円を支払う義務を負う。

なお、Aは、現物出資となる財産を給付した者であるから、52条2項の書きにあたり、同条2項より免責される余地はない。

(3) Bの責任について

25 Aと同じく、Bも、発起人かつ設立時取締役であり、52条1項より、甲社に対し、不足額4億円を支払う義務を負うものの、Bは、現物出資となる財産を給付した者ではなく、52条2項より免責される可能性があるもので以下、検討する。

ア 52条2項1号について

30 A、Bは検査役の選任の申立てをしていないので、52条2項1号より免責されることがない。

イ 同2号について

Bは、職務を行うについて注意を怠らなかったと証明できれば、2号より免責される。

35 Bは、検査役の選任の申立てをしていないが、33条10項3号より、現物出資財産について定款に記載された価額に相当することについて公認会計士の証明及び不動産鑑定士の鑑定評価を受けた場合には、設立時の検査役の調査は不要であり、本問においては、これらの証明及び鑑定評価を受けているので、検査役の選任の申立てをしていない点については、過失はない。

40 さらに、Bは、設立当時、当該土壌汚染の存在を認識していなかった以上、前記公認会計士の証明及び鑑定評価を信頼して、それ以上土壌汚染の有無につき調査せず本件不動産が土壌汚染により1億円の価値しかないと気づけなかったとしても、Bは過失がなく、「職務を行うについて注意を怠らなかった」といえる。

以上より、Bは、52条2項2号より、甲社に対し、不足額填補責任を負わない。

3 53条1項の責任について

45 A、Bにつき、53条1項の会社に対する取締役責任も、問題となる。

Bについては、土壌汚染の存在を認識していなかった上、公認会計士の証明、不動産鑑定士

の鑑定評価の結果に誤りがあるのではないかと自ら土壌汚染の有無を調査すべき義務まで一般的な取締役の注意義務として要求されるとはいえないことから、「任務を怠った」とは言えず、損害賠償責任を負わない。

一方、Aについては、土壌汚染を認識しながら、これを秘して5倍もの価額である5億円を現物出資の価額としたのであるから、会社に対する善管注意義務・忠実義務（330条、民法644条355条）に反し、「任務を怠った」といえ、53条1項より、甲社で不足額以上の損害が発生している場合には、損害賠償責任を負う。

4 結論

以上より、Aは、甲社に対し、52条1項より不足額4億円の賠償責任を負い、53条1項により、損害賠償責任を負う。

なお、52条1項・53条1項の責任は株主の同意が必要とされは免責されない（55条）。

Bは、甲社に対し、責任を負わない。

第2 設問2①（本件募集株式発行に関し、払込みの効力、発行された株式の効力について）

1 払込みの効力

見せ金とは、一般的には、新株発行に際して、取締役が払込取扱金融機関以外の第三者から借入れをし、新株発行の効力発生後取締役が直ちにこれを引き出し、自己の借入金の弁済に当てる行為をいう。

見せ金は、形式的では現実的な金銭の移動があるものの、借入れ・払込み・払戻し・返済を全体として考察すると、当初から計画された反逆払込のための一環をなすものである。

したがって、見せ金による払込みは、実質的には当初からまったく払込みがなかったのと同じ状態であり、預金（965条）の脱法行為として無効と考える。

そして、見せ金か否かは、払込み後、借入金を返済するまでの期間の長短、払込金が会社の資金として運用された事実の有無、借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無を総合

的に判断すべきである。

本問では、「取締役A自身」が丁銀行から借入れ、弁済をしているわけではなく、「丙社」が丁銀行から借入れをしたうえで、「丙社」が払込み、Aが引き出した後、丙社の代表取締役Dに交付して「丙社」が丁銀行で弁済している点で、典型的な見せ金の場合とは認め異なる。

しかしながら、丙社は、Aが実質的に発行済株式の全部を所有していた会社であって、丙社の代表取締役Dは、Aの指示を受けて、上記行為を行っているのであるから、実質的にみれば、A自身が、払込み、弁済をした場合と異ならない。上記行為は払込みがなかったに等しく、会社で営業資金が確保されない点も通常の見せ金の場合と異ならない。

そこで、実際に借入れ、払込み、弁済をしていたのが丙社であったとしても、見せ金と当たりうる。

また、本件では、払込みの翌日には払込み金のうち9000万円を引き出してDに交付し、Dは丁銀行で返済しているので、甲社の口座に払いこんだ9000万円があったのは、わずか1日であり、払込金が会社の資金として運用された事実がなかった。また、資料①によれば、資産合計7億5000万円とされているうち、実際には建物及び土地は1億円の価値しかなく、1億円は払込みに係るものであって、払込み前の資産は実際には1億6000万円しかなかったところ、資金繰りに苦労していた甲社にとって9000万円の、しかも現金の支払が、重大な影響を与えたことは、明らかである。

そこで、9000万円分については、見せ金とあたり、払込みは無効である。

残り1000万円分については、丙社自身が繰り出すことができた資金であって、払込み後も甲社のもとにとどまっていることから、払込みは有効である。

2 発行された株式の効力

払込みが有効である1000万円分の株式100株については、発行された株式の効力は有効である。

払込みが無効である9000万円分の株式9000株の効力についていかに解すべきか。募集株式の発行の無効理由は法定されていないことから、問題となる。

(1) 無効と解する立場の論拠としては以下のようなものが考えられる。

まず、旧法においては、取締役が全員無過失連帯の引受け担保責任を負担することとされていたことから、新株発行は無効ではないと解することができたものの、新法においては、このような規定がない。

さらに、取引安全の要請が、具体的事案で発生しない場合には、新株発行の無効を認めてよいと解すると、本件のように丙社のみが株式が発行され、いまだ丙社が株式を全て保有している場合には、取引の安全を考慮する必要はなく、無効となると解することができる。

(2) しかし、いまだ丙社が株式を保有しているとしても、新株が発行されれば、譲受人がいつ現れるとも限らないこと、また、本件では有効に払込みがあった100株と有効な払込みではなかった900株が丙の下で并存しており、取引の安全のために画一的に処理する必要があることから、発行された株式の効力は1000株すべてについて有効であると解する。

(3) ただ、208条5項より、1000株全てにつき引受人である丙社が推定する。

第3 設問2②A、B、丙社が会社法上甲社に対して負担する責任について

1 Aの責任について

(1) Aは、甲社に対し、任務懈怠責任(423条1項)を負うか。

Aは、代表取締役として、甲社に対し、善管注意義務・忠実義務(330条、民法644条、355条)を負っているところ、自ら丙社代表取締役Dに指示し、払込みがされた翌日に登記申請に必要な手続をすると直ちに払込みにかかる資金のうち9000万円を自ら引き出すなど、主体的に見せ金による払込みに関与している。

このような故意で会社の資本充実に反する行為をすることは、取締役としての善管注意義務・忠実義務に反する行為に当たり、「任務を怠った」といえる。

また、これにより、甲社は9000万円分に相当する株式900株を実質的に無償で交付したという損害がある。

そこで、423条1項より、Aは任務懈怠に基づく損害賠償責任を負う。

(2) Aは、A社の口座から9000万円を振り出して自己が実質的に全部の株式を有する丙社の代表取締役Dに交付している。

そこで、この交付は、Aが「自己のため」に会社を代表して、丙社に9000万円を貸し付けたあるいは贈与したものと同視して利益相反取引(356条1項2号)にあたり、これにつき取締役会の承認を得ていない(365条1項)ことから、428条により無過失責任となるのではないかも問題となる。

この点、直接取引の対象となる「自己または第三者のために」とは、取引安全の見地から、形式を重視して、自己又は第三者の名における意味であり、形式的行為者が取締役か否かで判断されるべきと解する。

すると、本件においては、丙社が相手方であって、自己のためにはあたらず、また、第三者である丙社を代表しているのはDであって、Aではないので、第三者のためにもあたらない。

そこで、356条1項・365条1項・428条の適用はない。

2 Bの責任について

Bは、甲社に対し、任務懈怠責任を負うか。

取締役会は会社の業務執行につき監督する立場にある(362条2項2号)から、取締役会を構成する取締役は、取締役会に上程された事項について監視することとみならず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視する義務がある。

ただ、本件においては、Bは、Aに募集株式発行に関する手続を実質的に一任しており、当時、本件募集株式発行に係る払込みや、AのDに対する9000万円の交付解に関する一連の事情

を認識していなかったことから、Bは任務解任が認められないのではないか、また、Aが当時6000株中5000株を有する実質的にはワンマン代表取締役であって、Bは1000株未満しか有しない平取締役であったことから、監視義務違反と損害との間に因果関係が認められないか問題となる。

しかし、資本金3億円という規模の甲社の、急速に事業に陰りかじ始めた局面における、1億円の新股発行という重要な業務決定に関することであり、その仕渡が現実になされ会社価値が確保されているかは、取締役として特に注意をもって監視すべきであったといえる。そこで一任してやらせたといつて任務解任がなかったとはいえない。

また、Bは平取締役といえども、Aの友人で發起人として設立の時からAと会社を経営してきたのであるから、Aがワンマン代表取締役であったので、Bの意見を聞き入れなかったであろうとして、因果関係を否定することはできない。

また、Bの監視義務違反と、甲社の丙に対する株券の交付との間には因果関係もある。そこで、Bも、甲社に対して、423条1項に基づき責任を負う。3 丙社の責任について。

(1) 丙社は、実質的には、1000万円で1億円の株式を引き受けたといえる。本件募集株式発行の払込金額が丙社に特有な有利な金額であるといえなかったのであるから、1億円は公正な金額であったといえる。そこで、公正な金額の10分の1の割合で株式を引き受けたに等しいことから、「著しく不正な払込み金額で募集株式を引き受けた」といえる。

また、丙社は、甲社の取締役Aの指示を受けて一連の行為を行っており、取締役と通じて、と言える。

そこで、212条1項1号に基づき、払込金額と公正な金額との差額に相当する金額を甲社で支払う義務を負う。

具体的には9000万円の支払義務を負う。

(2) 丙社は、Aが実質的に全株式を有する会社であって、Aが9000万円を甲社から引き出し

て丙社で渡した行為は、Aが、自己のためにした行為と同視して、利益相反取引(356条1項2号)となり、相手方である丙社がAと同視できることから、取締役会の承認を経ていないことについて、悪意であると考え、甲社は交付あるいは増与の無効を理由に、丙社に対し、9000万円の返還を請求できるのではないか問題となる。

しかし、1(2)で述べたように、直接取引については形式を重視すべきと考えるので、本問のAの行為は、利益相反取引ではあらず、丙社は、利益相反取引の相手方として、甲から、無効を主張され、返還請求されることはない。

(3) 丙社は、Aと通謀して、見せ金による払込みをしたことから、甲社は、丙社に対し、不法行為に基づく損害賠償責任(民法709条)を追及することが考えられる。

また、払込みが無効であることから、原則回復として、株券900株の返還請求をすることも考えられる。

しかし、これらは丙社に会社法上の責任とはいえない。

(4) 以上より丙社は、甲社に対して、212条1項1号に基づき9000万円の支払義務を負う。

4 A、Bの責任の免除について

A、Bの423条1項の責任は、総株主の同意があれば、免除される(424条)。

本問では、A、B、及びAが実質的に全株式を保有する丙社は、A、Bの責任の免除に同意する可能性もあるものの、Bは、Aの取引先で株式の一部を譲渡しており、A、B、及び丙社のみでの同意によっては、免責されることがない。

第4 設問2③A及びBが乙銀行に対して負担する責任について

1 Aが乙銀行に対して負担する責任

(1) 429条1項の責任

取締役の任務は会社に対して負担するものでないことから、本来第三者に対しては、不法行為の要件を備えない限り、損害賠償責任を負わないはずである。しかし、経常社

185 会において重要な地位を占める株式会社の活動が取締役の職務執行に依存している現状からすれば、取締役の任務懈怠の行為による損害から第三者を保護する必要が大きい。そこで、429条1項の責任は、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者としては、その任務懈怠につき取締役の悪意又は重大失を主張立証しさえすれば、自己に対する加害につき故意、過失があることを主張立証するまでもなく、取締役に対して損害の賠償を求めようという特別の責任であると解する。

190 Aは、乙銀行に対して、実際は丙社から、1000万円しか有効な払込みを受けていないにもかかわらず、見せ金による仮払込みによって、1億円の現金が甲社にあるかのように装って、融資を受けている。

195 また、Aの見せ金による仮払込みは、第3の1で述べたとおり、甲社に対する任務懈怠を構成する。

さらに、Aは、自ら、実際に全部株式を保有する丙社を用いて仮払込みを主張しているっており、任務懈怠につき悪意であったといえる。

また、乙銀行は、Aの主張した仮払込みによる現金1億円の確保をもとにAに対し、1億円の融資をした結果、回収不能となっている。

200 ここで、損害とは、直接第三者が損害を被った場合(直接損害)に限られるのか、会社が損害を被った結果として第三者に損害が生じた場合も含むのか(間接損害)が問題となるも、直接損害と間接損害の区別は困難であること、また第三者の保護を強化する必要あることから、間接損害も含まれると解する。

そこで、乙銀行が甲社が破綻したため融資した1億円を回収不能となったことによる損害も、429条1項の「損害」にあたる。

205 そこで、Aは、429条1項に基づき、乙銀行に対して生じた損害を賠償する責任を負う。

(2) 429条2項の責任

Aは、甲社の貸借照表に、実際は、現金が3000万円しかないにもかかわらず1億2000万円と虚偽の記載をした(資料①)。

210 さらに、Aは、自己の現物出資した財産である土地及び建物の価額が、5億円の価値を有していないことを知りながら、貸借照表に5億円との記載をしたまま放置した(資料①)。

そして、乙銀行は、Aから、示された貸借照表を信頼して1億円を融資し、回収不能に陥っており、損害を被っている。

215 そこで、Aは、計算書類に記載すべき重要な事項について虚偽の記載をし、これによって第三者である乙銀行に損害を生じたことから、429条2項1号ロにより、乙銀行に対して生じた損害を賠償する責任を負う。

なお、Aは、登記簿(資料②)も乙銀行で提示しているものの、払込みが無効な場合であっても、募集株式が有効であると解するので、資料②における発行済株式総数が7000株であるとする点については、虚偽の登記とは言えず、同条同項ロ号にはあたらない。

220 この場合、429条2項ただし書により、注意を怠らなかったことを証明した場合に、Aは免責される余地があるものの、Aは、乙銀行の融資を受けるために、9000万円を丙社代表取締役Dに交付した後で、自ら貸借照表を作成し、乙銀行が融資の担保として検査していることを知った上でこれを乙銀行で提示しているので、注意を怠らなかったとはいえず、ただし書きによる免責の余地はない。

225 2 Bが乙銀行に対して負担する責任

(1) 429条1項の責任

第3の2において記述したとおり、Bは、仮払込みにつき、甲社に対し任務懈怠責任を負うものの、429条1項の責任を負うためには、任務懈怠につき悪意又は重大な過失があることも要件とされる。

230

Bは、募集株主総会に関する手続を、Aに一任しており、株主総会決議や計算書類等の偽造を知らなかったので、悪意とは言えない。

しかし、Bは、Aに一任したまま、払込みの経路や、計算書類等について何ら調査をしておらず、Aの行為を看過しているので重大な過失があったといえる。

そこで、Bは、429条1項に基づく責任を負う。

(2) 429条2項の責任

Aは、一人で貸借対照表を偽りの記載をしており、Bは、429条2項に基づく責任を負っていない。

3 A、Bの責任に共通する事情

(1) 過失相殺

乙銀行は、甲社の事業に陰りが出始め、返済義務を低減していることを知りつつ、Aの指示した計算書類と登記事項証明書を安易に信用し、残高証明書などの調査をすることもなかった。また、店倉担保貸付金名目で借入れについても拘わらず、甲店が全く大規模な装束をしていないことについて、なんら調査もせず、漫然と全額回収不能に至っている。

そこで、乙銀行にも過失があり、過失相殺（民法722条2項~~債権濫用~~）の対象となる。

(2) 連帯責任

A、Bの責任は、430条により、連帯責任となる。

以上

2010年 新司法試験・論文式試験 民事系 第2問

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、当面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年来の希望であった出版の仕事を自ら手がけたいと考え、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の工場で安価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を赴かせる。先日の交渉の経過を話しており、息子も理解しているから、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確認をしようとしたが、Aの携帯電話が繋がらなかったことから、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が作成され、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度に分けてすることとされ、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365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、以後も平成20年3月15日及び平成21年3月15日にそれぞれの翌日から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365日の日割計算で年2割と定められた。
7. 同じ3月15日の午後に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設定の登記も、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、AF間に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つ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確認を求める訴え（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、それぞれの主張にとって、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の電話が繋がらなかったこと。

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

【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つて、お互いに様々な悩みについて相談し合つたり、進路についてアドバイスをし合つたりしていたが、平成19年6月中旬ごろ、Cの勧めもあつて、Eは、Aらとの同居をやめて独立し、幼なじみのG女を誘つ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つ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与したい。」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月ごろに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(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) 【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。
- (2) 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かったため、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。この反論の当否について、どのような再反論をすることができるかを含め、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、口頭弁論が続行され、第3回口頭弁論期日までの間に、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すでしたか。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。」と問いかけた。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、被担保債権(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だとは思わなかったの、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の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(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) 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の会話を読んだ上で、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。

S: 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ふ請求の趣旨は、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はすぎない、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となります。

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とするのですが、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。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となります。

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。

- (2) 審理の結果、被担保債権の元本が500万円残っていると結論に至った場合、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か、Aの請求を全部棄却することと比較しながら、論じなさい。

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。

民事系第2問 講師室監修答案

第1 設問1

1 第1訴訟の訴訟物は、FのAに対する消費貸借契約（民法587条）に基づく2000万円の貸金返還請求権である。

2 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について

(1) これは、FC間の2000万円の消費貸借契約を本人Aに効果帰属させて前記1の訴訟物の発生を基礎づける有権代理（民法99条1項）の主張のうち、同契約に先立つ金額に限度のない「代理～権限」授与に該当する具体的事実（主要事実）の主張である。

(2) 事実①

ア まず、AがFに電話をして、「3月15日に赴かせるC～後はCとの間でよろしく進めてほしい」と述べた点は、Aが3月15日における消費貸借契約の締結・内容を包括的にCに任せたと評価できるから、主要事実(1)を推認させる間接事実としての意義を有する。

イ しかし、AがFに電話をして、「Cには交渉の経過を話してあり、それをCが理解している」と述べた点は、AF間での1500万円の融資についての交渉経過をCが理解していたと評価できるから、AのCに対する1500万円の消費貸借契約締結の代理権授与を推認させる。

すると、主要事実(1)のうち、“金額に限度のない”という点の推認を妨げる間接事実としての意義を有する。

(3) 事実②

3月14日の時点では上記(2)イのとおりAF間では1500万円の融資を前提としていたといえるのに、AがCに翌日融資額を500万円も増やしてほしいと申し出させるときは、AがFと連絡をとり、再交渉をするのが通常だろう。

にもかかわらず、事実②は、Aが自宅にも不在だったという事実と相まって、AはAF間の連絡が不要と考えていたと評価できるから、従前の交渉経過どおり、AのCに対する1500万円の消費貸借契約締結の代理権授与の事実を推認させるといえる。

とすると、前記(2)イと同様、主要事実(1)のうち、“金額に限度のない”という点の推認を妨げる間接事実としての意義を持つ。

3 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

(1) これは、FC間の2000万円の消費貸借契約を本人Aに効果帰属させて前記1の訴訟物の発生を基礎づける表見代理（民法110条）の主張のうち、同契約に先立つ基本「権限」授与に該当する具体的事実（主要事実）の主張である。

(2) 事実①

ア まず、前記2(2)アの部分は、同様に考えて、主要事実(1)の推認を妨げる間接事実としての意義を有する。

他方、前記2(2)イの部分は、同様に考えて、主要事実(1)を推認させる間接事実としての意義を有する。

イ なお、「正当な理由」の評価根拠事実としての意義も有する。

すなわち、民法110条が規定する「正当な理由」とは、規範

的評価に関する一般的、抽象的な概念（規範的要件）であり、その成立を根拠づける具体的事実（評価根拠事実）が主要事実となる。

そして、事実①は、FがCに基本代理権があると信じたことについて正当な理由があることを根拠づける具体的事実といえる。

(3) 事実②

ア まず、前記2(3)と同様に考えて、主要事実(1)を推認させる間接事実としての意義を有する。

イ なお、「正当な理由」の評価障害事実としての意義も有する。

すなわち、事実②は、金融の事業を営むFが、Aに直接確認を取らないままCを代理人として契約を締結したということ、つまり、金融業者としての調査義務を果たさなかったとを示す事実であり、これは「正当な理由」の成立を妨げる。

第2 設問2

1 小問(1)

(1) 留意すべき事項

①「損害」とは何か②いかなる場合に損害が発生するか③発生した損害をいかなる時期にいくら請求することができるか、である

(2) ①について

「損害」額の算定を事案に応じ柔軟にするため、生じた事実自体を「損害」とみるべき（事実説）である。

「損害」とは利益状況の差を金銭で示した差額とみるべき（差額説）との反論も想定されるが、被害者の利益状況次第で「損害」

額が変動し不均衡となるから、「損害」額は、客観的に生じた事実＝「損害」の金銭的评价という形で検討すべきである。

(3) ②について

本件でAはFのために乙土地及び丙建物に抵当権を設定し、その2つの不動産をEに贈与している。そして、その後でEは丙建物を取り壊している。この結果、丙建物についてのFの抵当権は消滅したといえることができる。

このような場合に、Fには抵当権侵害による損害が発生しているのか。

この点、Fの被担保債権が乙土地に設定されている抵当権によって満足を受けることができる場合は、丙建物が滅失してもFに損害は発生していないという差額説的な反論が考えられる。

しかし、抵当権は担保物件の全交換価値を支配するものである上、乙土地上新規に建築される建物の構造やその建物の帰属によっては事後的にFの被担保債権が乙土地だけでは満足されないという事態に陥ることも考えられる。

むしろ、事実説的にとらえ、乙土地の交換価値にかかわらず、丙建物の滅失によってFに損害は発生しているというべきである。

(4) ③について

本件の被担保債権は分割払いの約定があり、その第1回の弁済期は平成20年3月15日に到来する。そして、Eが丙建物を取り壊したのは平成19年8月19日である。このような被担保債権の弁済期が到来する前に、抵当権侵害を理由に損害賠償をすることができる

か。

この点については、被担保債権の弁済期より前には損害賠償を請求できず、被担保債権の弁済期において担保不動産を換価して初めて損害の額が確定するという差額説的な反論が考えられる。

しかしながら、担保物件が滅失していることにより明らかに担保価値が減少しているのであるから、被担保債権の弁済期より前であっても損害賠償請求を認めるべきである。また、損害についても滅失時の物件の価値を算定、評価して認定することができるし、弁済期における換価によって余剰が出た場合はそれを別途清算すれば足りる。

したがって、事実説的にとらえ、弁済期の到来、未到来にかかわらず、損害賠償請求をすることができるというべきである。

2 小問(2)について

(1) EはFに対し、丙建物につき、抵当権の制限を受けない完全な所有権を有する(民法549条、176条)ことを主張する立場にあり、Eは当事者及びその包括承継人以外の者で、登記欠缺を主張する正当の利益を有する「第三者」(177条)に当たるから、FはEに対し丙建物所有権侵害(709条)を登記なくして対抗できないというのが本反論の趣旨である。

(2) これに対し、Eは登記欠缺を主張する正当の利益を有する「第三者」にあらず、FはEに対し登記なくして対抗できるという再反論が考えられる。

(3) 諸般の事情を信義則(1条2項)に照らして総合的に判断する。

本件でEは、贈与の当時Aとの同居をやめて独立してはいるものの、Fの抵当権設定登記がなされていない事情を十分に認識しており、しかも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て贈与を受けているのである。また、贈与は売買に比べて自由競争原理の働く余地が狭いといえることができる。

さらにEは、実際に算段どおり丙建物を取り壊した不法行為者である。

とすると、Eの要保護性は乏しく、前記(2)の再反論が妥当である。

(4) したがって、本反論は認められない。

第3 設問3について

1 当事者の確定は、訴訟の初期段階から訴訟の基盤として必要となる(4条等)から、明確性のため訴状の一切の記載を合理的に解釈してなされるべきである。

第2訴訟では、「被告E」と訴状に記載されているから、しばらく実際に出頭し行動したのがGであっても、Eが被告というべきである。

2 そうすると、Gが訴訟を進行するためには代理権が必要である。

この点、GはEの同居人に過ぎないから、法定代理人でないことは明らかである。また、Gは弁護士ではないから、J地方裁判所での訴訟代理権はない(民訴法54条1項)。

3 とすると、Gの訴訟行為はEに及ばないとも思える。

しかし、GはEと一緒に事業をしており、Eから訴訟について相談

140

を受け、さらにEから「任せる。」と言われて訴訟を迫行してきた者である。

このGの訴訟行為が無効であるとする、手続の安定を害するし、訴訟経済上も不都合である。

145

したがって、信義則（2条）上、Gの訴訟行為はEに及ぶというべきである。こう考えても、GはEに訴訟の迫行をすべて任せており、Eも訴訟進行について把握しているだろうから、Eの手続保障を害することはない。

第4 設問4について

1 小問(1)について

150

(1) 法律構成①について

ア 長所

訴訟物を元本返還債務の全体であると捉えている。そして、第1訴訟の基準時たる口頭弁論終結時（平成20年4月11日）に元本返還債務が1500万円存在することについて既判力（114条1項）が生じる。

155

したがって、第1訴訟の基準時以前である平成20年3月15日に500万円を弁済したとの第3訴訟におけるAの弁済の主張を、第1訴訟の既判力の遮断効により防止することができるという長所がある。

イ 短所

160

訴訟物を元本返還債務の全体であるとし、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

165

うことが確定するという見解であるため、第1訴訟の判決主文でもこれについて判断することになる。

しかし、第1訴訟の申立ての範囲を、1500万円を超えた部分と捉えると、1500万円の部分は第1訴訟の申立ての範囲内とはいえず、第1訴訟の判決が処分権主義（246条）に反しかねないという短所がある。

(2) 法律構成②

ア 長所

170

基準時を平成20年4月11日ととらえれば、上記(1)アと同様、第1訴訟の蒸し返しを防止できるという長所がある。

また、第1訴訟の申立ての範囲は1500万円を超える部分に限られ、処分権主義に反しないという長所もある。

イ 短所

175

(ア) 1500万円の部分については請求を放棄したと捉えるため、請求の放棄の効果が問題となるが、請求の放棄は意思表示たる訴訟行為であるから、詐欺、強迫、錯誤などの取消・無効事由が認められる場合は、それを理由として既判力の排除が認められるべきである。

180

とすると、第1訴訟の請求の放棄に対してこのような既判力を排除する事由があると主張があった場合には、弁済主張を遮断できないという短所がある。

(イ) また、請求の放棄に既判力が発生するためには調書の記載が必要（267条）だが、放棄調書がないとみると、既判力が発生

185 せず、弁済主張を遮断できないという短所もある。
 なお、訴状陳述という口頭弁論調書の記載を、訴状の内容とな
 っている 1500 万円部分の請求放棄の調書への記載とみても、第
 1 回口頭弁論期日平成 19 年 7 月 27 日を基準時とする既判力が生
 じるだけで、以後の弁済主張を遮断できない。

190 2 小問②について

 (1) “A が F に 500 万円を支払うことを条件として” という部分は、
 A の「申し立てていない事項」(246 条) につき判決をすることに
 ならないか。

195 (2) 同条の趣旨は、私的自治を訴訟法的に反映した処分権主義に基づ
 き、当事者意思の尊重つまり①原告の意思尊重②被告の不意打ち防
 止にある。

 とすると、「申し立てていない事項」とは、①原告の意思に反す
 るか、②被告に不意打ちとなる事項と解すべきである。

200 (3) 本問で、まず②被告 F にとって、全部棄却判決よりは本問条件付
 判決の方が不利だが、全部認容判決まで覚悟して防御を展開したは
 ずだから、不意打ちとはならない。

 他方、①確かに、全部棄却判決と比べると、原告 A としては、本
 問条件付の判決の方がよいという意味かもしれない。

205 しかし、2000 万円の借入れの経過に納得せず、1500 万円を超え
 る債務不存在確認の訴え(第 1 訴訟)を提起した原告 A の意思から
 すると、500 万円の差には意味がある。

 また、条件付判決では同時履行が保障されない(民事執行法 27

 条 1 項)。

210 とすると、これらの点につき何ら釈明(民訴法 149 条 1 項)も
 ない状態で判決をするのは、原告の意思に反するといわざるを得
 ない。

 (4) よって、前記条件部分は「申し立てていない事項」にあたるか
 ら、本問条件付判決はできない。

215 第 5 問 5 について

 1 A は C と E に対し、E が自分と D の間の子であることを告げた上、
 認知届の提出書類一式を E に交付している。しかし、E は A の事故死
 の処理に忙殺され、この認知届は提出されていない。

220 任意認知は、要式行為であって、戸籍法の定めるところにより届け
 出ること、すなわち認知届の提出によってなされる(民法 781 条 1 項)
 から、本件において任意認知はなされていない。

225 また、認知は遺言によってもすることができる(同条 2 項)。確か
 に、本件遺言には、C と E の遺産の割合についての記載はあるが、こ
 こから E を遺言認知したことを読み取るのは無理があり、それ以外に
 遺言認知というべき文言も明らかになっていないから、遺言認知もな
 い。

 以上より、本件で E は A に認知されたということとはできず、E を A
 の実子として扱うことはできない。

230 これについて、A が C と E に対して E が実子であることを申し述べ
 ていることや E が認知届に必要な書類を A から交付されているにもか
 かわらず、E が A の実子ではないとすることは結論として妥当性を

欠くきらいもある。

しかし、届出さえすればEにはAとの親子関係が発生することや、認知の要式行為性から、届出のない本件において認知の効力を発生させることはできないというべきである。

235 2 すると、AとEの間に親子関係はないから、Eには法定相続分はない。したがって、遺言中の「私の遺産はCを2、Eを1とする割合で分けること」の文言は、C及びEに対する包括遺贈（964条本文）を定めたものであるということできる。

240 そして、包括受遺者は相続人と同一の権利義務を有するから（990条）、C及びEは遺贈の放棄（986条1項）がない以上、消極財産についても包括遺贈を受けるということになる。

245 3 もっとも、この包括遺贈は相続債権者たるHの関与なくなされたものであるから、原則として、相続債権者に対してはその効力は及ばないと解すべきである。

250 とすると、Hから法定相続に従った債務の履行を求められた場合はこれに応じなければならず、Hの方から相続債務について包括遺贈を承認した場合に限り包括遺贈のとおり債務を負担するというべきである。

4 以上より、原則としてHに対しCは元本600万円の全額の支払義務を負うが、Hが包括遺贈による債務負担を承認した場合は、Cに加えEも支払義務を負い、その場合はCが400万円、Eが200万円となる。

以上

255

260

265

270

275