

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-503-01

講 座	司法試験講座	セミナー	新司法試験 「2010年本試験合格・不 合格再現答案分析会」 (民事系)
目標年	2011年合格目標 新司法試験		
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2010年 9月 18日		
講師名	民事系：中村充先生	内 訳	板書枚数 0枚 ※レポート含まず 補助レジュメ枚数 70枚 その他 () 0枚

授業構成	民事系 180分		
実施テスト	有 ・ ☒ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	() 第	回
	<答練・演習>	() 第	回
使用教材	●新司法試験 2010年本試験 合格・不合格再現答案分析会		
配布教材	●教材(テキスト・問題集) ()		
	●補助レジュメ () _____ 枚		講義録添付 (有・ ☒ 無)
	●その他 () _____ 枚		講義録添付 (有・ ☒ 無)
備考			

新司法試験 2010 年本試験 合格・不合格再現答案分析会

民事系

CONTENTS

平成22年度論文式試験問題民事系第1問	3
講師室監修答案	9
合格者Aさん再現答案	13
合格者Bさん再現答案	17
合格者Cさん再現答案	21
不合格者Dさん再現答案	25
平成22年度論文式試験問題民事系第2問	29
講師室監修答案	37
合格者Aさん再現答案	43
合格者Bさん再現答案	51
合格者Cさん再現答案	59
不合格者Dさん再現答案	65
参考データ（主要大学合格率データ）	69

平成 22 年度新司法試験論文式試験問題

民事系 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な資金の残額として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

び成立の時の客観的価値は、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きをすると直ちに、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き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	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	発行済株式の総数 6000株

に種類及び 数	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 ㊞
1 / 1

* 下線のあるものは抹消事項であることを示す。

<MEMO>

民事系第1問 講師室監修答案

第1 設問1

- 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）。
- 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 号かつこ書）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。
- (1) この4 億円不足は、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。
- (2) よって、「発起人」かつ「設立時取締役」の A B 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 項かつこ書）だから、同条項による義務(2)の免除はない。
- 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

- 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。
- (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。
- (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。
- (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、A B 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前記義務(2)の免除（55 条）は難しい。
- (5) この免除が A B ともになれば、連帯債務者となる（52 条 1 項）。
- 3 他方、甲社には、1 億円相当の本件不動産が現物出資されている以上、B はもちろん A も、「損害」賠償責任（53 条 1 項）は負わない。

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。

50 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。

55 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。

60 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。

65 (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

70 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。

75 オ よって、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。

80 2 発行された株式の効力

 (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。

85 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。

 イ 本問甲社は公開会社(2条5号)だが、仮装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。

90 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装払込は、重大な法令違反といえる。

95

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はいえる。

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。

100

エ しかし、「募集株式の引受人」たる丙社（206条1号）が、甲社の取締役会が定めた募集株式の払込みの期日（208条1項、199条1項4号）に9000株につき「出資の履行をしないとき」といえるから、丙社は当該出資の履行により募集株式の株主となる権利を失う（208条5項）。

第3 設問2②

105

1 丙社

(1) 不当利得返還義務（民法703条）

丙社は、甲社の9000株という「財産〜によって利益を受け、」社会通念上「そのために」、甲社に同株という「損失を及ぼした者」である。また、上記ウエより、同株自体は有効だが、丙社は株主となる権利を失ったから、「法律上の原因なく」といえる。

110

とすると、丙社は、同株を返還する義務を負う。

(2) 損害賠償責任（会社法350条）

実質的に丙社発行済株式全部を所有するだけのAは「その他の代表者」にあたらないが、その指示を受けたDは、「代表取締役」として、外形的に「その職務を行うについて」仮装払込みに加担し、「第三者」たる甲社に、前記1(2)の「損害を加えた」。

120

2 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。

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。

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装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、900株分の株券発行・回収費用といった「損害」が生じている。

125

3 B：損害賠償責任（423条1項）

(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。

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。

130

しかし、資本金3億円の甲社の、急速に事業に陰りが出始めた局面における、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

140

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) 他の要件は、前記2(2)と同様である。

145

4 なお、A Bの前記2・3の責任は、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)となる。

第4 設問2③

1 A：損害賠償責任(429条1・2項)

150

(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2(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)。

155

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」を被っているが、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。

160

(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、資本金が2億6000万円と知りながら3億5000万円という「虚偽の記載」をし(429条2項2号ロ)、また資本金を3億5000万円とする「虚偽の登記」をした(同ハ)。

165

よってAは、その貸借対照表等の計算書類及び登記事項証明書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。

170

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。

175

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。

180

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 合格者A再現答案

第1 設問1

1 Aの責任

- (1) 以下の通り、Aは会社法52条1項の責任を負う。
 (2) 発起人・設立時取締役

5 Aが発起人・設立時取締役にあたることは明らかである。
 (3) 著しく不足
 本件不動産の価額として定款に記載された額は5億である一方、実際の額は1億円であり、これはわずか20%に過ぎない。不足額は4億円である。

10 従って、「著しく不足」しているといえる。

- (4) 以上より52条1項によって、不足額4億円の支払い義務を負う。

なお、Aは現物出資をなした本人であるので、免責される余地はない(52条2項柱書カッコ書)。

15 2 Bの責任

- (1) 以下の通り、Bは責任を負わない。
 (2) 発起人・設立時取締役・著しく不足
 これについては、Aと同様である。
 (3) 52条2項2号で免責されるか

20 ここにいう注意を怠ったとは、現物出資された財産の価額と定款記載の額との間に不足額を生じさせるのを防がず、責任財産を保全するための注意をつくさなかったことをいうと解する。

25 本件では、①まずそもそもBには故意がなく、②不動産鑑定士と公認会計士の調査があり、一般的な調査は尽くされているといえるし、③土壤汚染は外観上は分からず、専門的な調査を経てはじめて発見できるものであり、このような調査をすることまでBに要求することは出来ないといふべきである。

30 従って、Bは注意を尽くしたものと見え、52条2項2号で免責される。

第2 設問2

1 小問①前半について

- (1) 払込みの効力

35 以下の通り、見せ金として9000万円については払込みは無効、残りは有効と解する。

- (2) 預け合いには当たらない

本件では、いちおう現実の払込みがあるため、預け合い(965条)には当たらない。

- 40 (3) 見せ金にあたるか

見せ金といえるためには、①会社財産として使われた期間・実績、②当事者の意図を考慮して、責任財産を架空のものとして作出したことを要すると解する。

45 本件では、①Aは翌日に9000万円を引き出して弁済しており、期間は1日と短く、使用実績も全くない、②AとDは通謀して、当初より引き出しと弁済を計画しており、

会社財産とする意図は全くなかったものと考えられる。従って、9000万円については架空の責任財産として作出されたに過ぎないといえる。

一方、1000万円については、丙の自己資金でもあるし、引き出しもなく、責任財産として実際に使われ続けたものと考えられ、見せ金にはあたらない。

よって、9000万円については見せ金にあたり、1000万円については見せ金にはあたらない。

(4) 見せ金による払込みの有効性

見せ金はいちおう現実の払込みはあるものの、実質的には責任財産を外観上のみ作出するからくりすぎず、払込みとしては無効であると解する。

よって9000万円については払込みは無効であり、残りの1000万円についてのみ払込みは有効である。

2 小問①後半について

(1) 株式は有効か

以下の通り、9000万円部分については無効、1000万円部分については有効と考える。

(2) 無効原因

ア 株式の効力について会社法は828条1項2号の新株発行無効の訴えによってのみ無効とされるものとしているが、無効原因については定めがない。

そこで、払込み無効の場合が、無効原因にあたるかが

問題となる。

イ ①法が取引の安全を考慮して訴えのみによって無効とする趣旨、②新株発行がされれば、譲渡などにより利害関係人が発生すること、③新株発行差止の訴え(210条)により第一次的に保護が図られることからすれば、原則として、①募集事項の通知をしないなど差止を不可能とする場合や、②差止命令を無視して発行がなされる場合にのみ、無効原因にあたると解する。

もっとも、①利害関係人が生じておらず、②発行の相手方が悪意であれば、取引の安全性を考慮する必要性がないため、例外的に、無効となると解するべきである。

ウ 本件では、①丙は譲渡しておらず利害関係人が生じていない、②丙代表取締役DはAと通じており、丙も悪意であるから、上記の例外にあたり、無効原因があると解するべきである。

エ 従って、無効の訴えが提起されれば、9000万円部分については株式は無効となり、残りは有効である。

なお、どの部分を無効として、どの部分を有効とするかは、裁判所の裁量によって決すればよいと考える。

3 小問②

(1) Aの責任

ア 以下の通り、423条の責任を負う。

イ Aは取締役にあたるから、善管注意義務(330条、

95

民法644条)と忠実義務(355条)を負う。

しかるに本件でAは無効な払込みを受けて、会社の責任財産を危うくしているから、善管注意義務違反、忠実義務違反がある。

またこれにより、Aには9000万円の責任財産の不足が生じており、損害はある。相当因果関係もあるといえる。

100

ウ なお、新株は無効となるべきものであるが、訴えによって無効とされるまでは、対外的・対社会的には有効なものであり、損害ありというを妨げない。

エ 以上よりAは9000万円の責任を甲に負う。

(2) Bの責任

105

ア 以下の通り、423条の責任を負う。

イ 善管注意義務等の違反があるか。

確かにBには払込みが仮想のものであることについて認識はない。しかし、Bは取締役として監視義務を負っており(312条2項2号)、払込みが適正に行われるようAを監視すべき義務があったといえる。

110

にも関わらず、BはAに払込みにつき実質的に一任しており、これは監視義務を果たさなかったものといえ、善管注意義務等の違反があるといえる。

なお、損害、因果関係についてはAと同様である。

ウ 以上より、Bは9000万円の責任を甲に負う。

(3) 丙の責任

ア 以下の通り、212条1項の責任を負う。

イ 212条1項1号は、「不公正な払込価額」とするが、これは有利発行のみを指すものではなく、責任財産を危うくする無効な払込みがなされた場合も含む。なぜなら、212条による責任を認めることで、責任財産を保全するという趣旨は、有利発行でも払込みが無効な場合でも同様だからである。

120

丙は1000万円の払込みで、1億円の株式を受けており、これはわずか10%の払込みで1億円の株式を受けるものとして「不公正な払込価額」といえる。

ウ 以上より、丙は9000万円の責任を甲に負う。

4 小問③

(1) Aの責任

125

ア 以下の通り、Aは1億円につき429条の責任を負う。

イ 本件では、1億円の払込みを記載した虚偽の貸借対照表が作成されているし、資本金5000万円が増加したとする虚偽の登記もなされている(415条2項1号)。

従って、429条2項1号イロにあたる。

虚偽の貸借対照表と登記が乙に対して呈示され、これにより乙は責任財産につき錯誤に陥り、融資を決定し、それが回収不能となっているから、1億円の損害と、因果関係が認められる。

130

140

ウ 以上より、Aは1億円の責任を負う。

(2) Bの責任

ア Bは1億円につき429条の責任を負う。

イ 既に述べた通り、BにはAを監視する義務があるが(312条2項2号)、BはAに一任しており、監視義務を果たしていないから、これに違反する。また少なくとも違反につき重過失はある。

145

因果関係が問題になるも、払込みが仮想だったからこそ倒産したのであり、監視義務違反と回収不能との間の因果関係はある。

ウ ゆえにBは責任を負う。

150

以上

155

160

165

170

175

180

民事系第1問 合格者B再現答案

設問1]

1 Aの責任

- 5 (1) Aは発起人として、甲社設立の際に自己の所有する本件不動産を5億円であるとして現物出資し、その旨定款に記載している(会社法28条1号)。しかし、本件不動産は土壤汚染のため実際では1億円の価値しかなく、出資額が4億円不足している。
- (2) よって、Aは52条1項より、4億円の不足額について甲社に支払う責任を負担する。なお、Aは出資者本人であるから、免責の余地はない(同2項但書き参照)。

2 Bの責任

- 10 (1) 一方、Bは上記現物出資をしたものではないが、甲社の発起人であるから、現物出資財産の価値不足についてAと連帯して支払責任を負うことがありうる(52条1項)。
- では、Bに免責の余地はないか。本件では検査役の調査を経ていないから、52条2項2号に基づき免責があるか問題となる。以下、同号に即して、BがAの現物出資を認めるに際して注意を怠らなかつたといえるかどうかを検討する。
- 15 (2) Bの注意懈怠の有無について
- この点、本件不動産の価額として5億円という高い価値が与えられ、設立後会社の財産の大部分を占めることが予定されていた以上、発起人としてはその価値について十分注意して調査すべきであったというべきであり、この点でBには土壤汚染を看過した注意懈怠があるとも思われる。
- 20 しかし、一般に土壤汚染が顕明明らかなでなく、また通常想定し難い瑕疵である。本件でAは土壤汚染を知っていたが、そのことをBに伝えた事実がなく、土壤汚染をうかがわせる事情も見られない。また、本件不動産の用途はスーパー店舗の建設であり、これとの関係で土壤汚染が直接問題となることは考えにくく、したがって通常土壤汚染を鑑別すべきともいえない。

- 25 以上によれば、土壤汚染を予見し、確認しなかったBが注意を怠ったということとはできず、33条10項3号の規定に従い不動産鑑定士等の調査を経てこれを信用してAの現物出資を額面どおり受け入れたことについて、Bを責めるべき事情は他に見当たらない。

- (3) 以上より、Bは52条2項2号により免責され、甲社に対しては責任を負わない。

設問2]

1 払込みの効力

- 30 (1) 本件募集株式発行者においては、害当てを受けた丙社は募集株式の払込期日に払込金額全額である1億円を払い込んでいる。これにより、形式的には出資が履行され、払込みの日にて丙社は有効に甲社株主となったものと考えることができる(208条1項、209条1号)。
- しかし、払込みがされた1億円のうち9000万円は、丙社代表取締役と通じ合わせたAによって払込み翌日に甲社から引き出され、直ちに丙社で返還されている。このように、実質的に甲社に資金が確保されない、いわゆる見せ金の場合にも、払込みは有効といえるか。
- 35 (2) この点、208条1項は期日ないし期間内の払込みたぎを出資履行として要求しているから、形式的に払込みがされたものはその有効性は否定されないとの見解もありうる。
- しかし、208条が出資の要件を定めるのは、対会社の権利を付与する株式の発行者に対して、その対価としての財産を発行会社で確保させる趣旨であると解されるから、現実の財産が確保されたといえない場合、これを出資と認めるべきではない。これは、現物出資による場合に不足額についても会社を支払う責任が法定されていること(212条、213条参照)や、208条3項で払込債務の履行として対会社債権との相殺が禁じられ、現実の支払いを要求されていることから裏付けられる。
- 40 したがって、208条1項の払込みの有無については実質的に評価されるべきである。そして、見せ金と認められる場合については、払込み時点で甲社で現実の財産を得させるつもりがなかったことが認められ、かつ実際に払込みがされた後で資金が引き出され、甲社が財
- 45

産が帰属してはいないといえるときには、払込み自体が無効であると解すべきである。

(3) 本件についての評価

これを本件について見ると、まず本件募集株式発行者甲社の実質的一人株主であるAが提案し、当募集株発行者を受けるための払込み金として、9000万円を丙社から銀行からの借入れによってまかなうようAが丙社代表取締役Dに指示し、その通りにして1億円が払込まれている。このように、発行者である甲社代表のAと丙社代表のDには密接な関係が認められる。

さらに、Aは丙社からの払込みを受けた後、株式発行者に係る変更登記等の手続を終えた後で直ちに、上記借入額と付合する9000万円を甲社口座から引き出し、Dに交付した上、速やかに丁銀行で返済させている。前記AD間の関係と合わせれば、これは払込み前9000万円について甲社で得させることを予定しておらず、一時的に借入金を用いて出資の形式を整えるとの合意があったと認められる。

そして、Aの上記引き出し行為により、甲社払込みがされた翌日に9000万円を失っているから、この分について何らの財産も帰属しなかったといえる。

(4) 以上より、甲社に対してされた1億円のうち9000万円の払込みについては、実質的に見て払込みがなされなかったものとして、無効となる。

2 無効な払込みに基づき発行者株式の効力

(1) 上記の通り、本件で発行者された新株のうち9000万円分に相当する900株については、有効な払込みを欠いている。このような場合に、株式の効力を認めることができるか。払込みの有効な株式発行者の無効事由となるか問題となる。

会社法株式発行者の無効事由について定められているから、この点の解釈で委ねられ、株式取引の安全や会社株主の利害などを考慮して個別に検討する必要がある。

(2) では、払込み無効についてどう考えるべきか。この点、払込みが無効であるということは

定められた価格に対して不足する額（あるいは無償）で株式が交付されたということであるから、有利発行者について法定の手続を欠く場合と同視し、取引の安全のため無効事由としないという見解もありうるであろう。

しかし、払込みが無効であるということは、必要とされる出資がされなかったということであり、株主要件として209条が要求する208条1項の手続を怠っているのであるから、発行者の承認を欠くにとどまる無効有利発行者の場合と同視すべきではない。払込みの有効は、発行者無償など株式発行者の募集事項について定める取締役会の決議内容（201条1項199条1項・2項）をも消滅する点で、会社の意思・利益を著しく害するから、そのような場合にも株式を有効とすることは会社にとってあまりに酷である。

また、取引の安全という点からも、払込みを怪でない株式はそもそも価額を経ずに得られた権利であって保護すべき実質を欠くから、これが無効とされてもやむを得ない。

(3) 以上より、払込みが無効であることは株式発行者の無効事由となるものと解する。よって、本件でも丙社が得た9000万円分の株式は無効であるとする（1000万円分については、丙社の資金による有効な払込みがあるから、無効とはならない）。

3 甲社に対する責任

(1) Aの責任

ア 423条に基づく責任

Aは、甲社の取締役として、423条1項に基づく責任を負う。すなわち、Aは役員として善管注意義務・忠実義務（330条・民法644条・355条）を負うところ、Aが甲社の株式発行者について見せ金を行い、9000万円を流しさせたことは、これら義務に反する任務懈怠である。そして、これによって甲社は本来得べき9000万円の財産を失うという損害を受けたから、Aは甲社に対して同額の損害賠償責任を負う。

イ 212条の類推による責任

95

Aは、見せ金より900株を払込みなく得た丙社の実質的支配者であり、見せ金もDと共謀していたから、丙と同視しうる。そして、見せ金で不当に株式を得たことについてはその分無償という不正な払込み金額で株式を得たことと同視しうるから、甲に対して212条1項1号を類推適用する余地あり、これによれば甲は通謀による不正引受けの責任に基づき、9000万円の支払責任を負いうる。

ウ 213条の類推による責任

100

発行株式について有効で引受けを受けられなかったということは、現金出資で取締があったという点で出資財産の価額不足と同視できるから、株式発行職務に関与した甲が取締役のAは213条の類推適用により不足額9000万円の責任を負いうる。

エ 以上より、Aは上記引受けの構成により、甲社に対して9000万を支払う責任を負う（もっとも、株式発行が無効であることから、発行を前提とするイとウの構成には無理があることは否めない）。

105

② Bの責任

ア Bも、甲社取締役として、本件募集株式発行について取締役会で賛成し、甲の上記行為を認めたことにつき任解免が認められる場合、423条の責任を負う。そこで、乙がかかる任解免が認められるかか問題となる。

110

イ そこでこの点を検討するに、BはAの新株発行の提議について特に留保することなく賛成しており、その後も発行手続を甲に一任していることから、株式発行について十分注意を払っていたものとして任解免があるとも考えられる。

しかし、本件募集株式発行は、事業の停滯を打開すべく店舗の改装を行うという合理的な課題を達成するため、乙銀行に融資を申し出、その融資を受ける条件として提示された資金を用立てるために計画されたというものであって、Aの紹介により丙社が相当対価で新株発行を行うという計画自体は自然なものであった。そして、Aが丙社と密接な関係に

あるとしても、そこから直ちに見せ金が行われる危険性が認められるものではないから、AとDの通謀等につき認識がなかったBがこれを予見・注意すべきだったとはいえない。また、新株発行がAの紹介によりされている以上、その手続を代理取締役のAに委ねることも不合理ではない。

ウ 以上より、Bには株式発行について任解免が認められないから、甲社に対して責任を負うことはない。

120

③ 丙社の責任

丙社はAと通謀した無効な払込みに基づいて900株を無償で得ているから、この分の対価である9000万円について212条1項1号（無償）に基づく不足額支払責任を負うとも考えられる。しかし、この株式発行が無効であり、そもそも丙社は株式を取得していないのであるから、このような請求をすることは難しい。

しかし、丙社は一旦払い込んだ9000万円についてAと通じ合わせて引き出し、甲社に一旦払い込まれた財産を流出させて損害を与えているから、民法709条に基づく損害賠償責任を甲社に対して負う。

125

4 乙銀行に対する責任

(1) Aの責任

ア Aは、本件新株発行の際に見せ金より9000万円の財産を甲社から流出させ、もって甲社を破綻させることで乙銀行の債権を回収不能にするという目的損害を生じさせており、これについて429条1項に基づく責任を負う。

すなわち、429条は、会社役員がその地位から会社経営を通じて他人に損害を与える可能性が大きいことに鑑みて設けられた法定責任を認めるものであり、任解免と因果関係を有する損害について直接・間接を問わず損害賠償責任が認められるところ、Aは上記の通り見せ金より甲社で本来得べき9000万円を得させず、そのため甲社は甲店の改装

130

140

ができず破綻より乙銀行への1億円の返済が不可能になったため、乙銀行が同額の間接損害が生じている。そして、Aは見せ金を通帳の上行っており、任務解除について悪意があるから、同条の要件を全て充足する。

イ もっとも、本件では乙銀行も自身の判断で融資をしている。429条についても、公平の見地から民法722条の過失相殺が類推適用されると解されるから、乙銀行の過失より過失相殺があると考えることができない。

145

この点、本件ではAが計算書類や登記事項証明書（資料①②）を交付し、乙銀行はこれを信用して融資をしているが、これら資料は本件不動産の資産価値や現実に払込みを受けた金額について虚偽を含んでおり、Aはこれを知った上で乙銀行を欺罔するために資料を見せたといえる。これより、乙は過失を認めることはできず、過失相殺はされない。

ウ よって、Aは乙銀行に対して回収不能額1億円の損害賠償責任を負う。

150

② Bの責任

ア Bも、Aと同様、取締役として乙銀行の間接損害について429条の責任を負う。そこで、Bに任務解除及びそれについての悪意重過失があったといえるかが問題となる。

イ まず、新株発行についての任務解除が問題となりうるが、この点については前記の通り、Bには任務解除がない。

155

ウ しかし、Bは、その後払込み無効により甲社が1000万円しか得られず、計画されていた店舗改装がされなかったことにつき、払込みの確保や別途の資金調達などの対策を何ら講じていない。計画が実現できなかった以上、払込みの有効性について当然疑問を抱くべきであったし、それについて口座を調査することは容易であったといえるから、Bは取締役として払込み無効を確信した上で、店舗改装等の事業改善措置を実現すべく行動すべきであった。

160

にもかかわらずこれを怠って何ら行動せず、結果として甲社を破綻させたことについて、

Bには少なくとも重過失が認められる。

エ よって、Bは429条1項に基づき、乙銀行に対し1億円の損害賠償責任を負う。これはAとの連帯責任となる（430条）。

165

以 上

170

175

180

民事系第1問 合格者C再現答案

設問1について

Aは本件不動産を5億円の価値があるものとして出資しているが、実際には本件不動産は土壌汚染によって1億円の客観的価値しか有しないから、出資された財産の価額が著しく不足するときにあたる(会社法52条1項)。そこでABは発起人として、差額の4億円について連帯して支払う責任を甲社にたいして負わないか。

まずABは検査役を選任していないから52条2項1号にはあたらないから、ABが上述の責任を負うかは任務懈怠がなかったとして52条2項2号に当たるかが重要となる。

Aについては、本件不動産の土壌汚染の存在を認識しており、客観的に1億円の価値しか有しないにもかかわらず、5億円と虚言を申し立てて出資しているから任務懈怠が認められ52条2項2号には該当せず、上述の責任を甲社に対して負う。

ではBはどうか。

確かにBらは検査役の選任という慎重な手続きを経ていないが、本問では本件不動産の価値は相当であると不動産鑑定士、公認会計士の証明を経ているからそもそも検査役の選任は法律上不要である(33条10項3号)。

また現実にはBは本件不動産の瑕疵の存在を認識しておらず、また不動産鑑定士や公認会計士の専門家でも見抜けなかった隠れた瑕疵をBに発見させるよう要求するのは酷である。

さらには、Bは設立時取締役として不動産鑑定士、公認会計

士の証明が相当であることについて調査を経ていることと合わせかんがみると、Bに任務懈怠を認めることは困難である。

したがって、Bは52条2項2号に該当し、甲社に対して上述の責任を負わない。

本問現物出資によって甲社に他に損害を与えたような場合は、まずAは前述のように客観的価値を偽装して現物出資を行っているから任務懈怠があるから損害賠償責任を負う(53条1項)が、Bには前述のように任務懈怠が認められないから損害賠償責任を負わない。

設問2について

1 ①について

払込みの前提として、募集株式の手続を適正に経ているかが問題となるものの、本問では公開会社たる甲社においては取締役会決議を経ているから(201条1項)、この点については一応問題はない。

もっとも、本問における丙社の払い込みは、払込金相当額の9割に相当する金銭については、丁銀行から借り入れて払込みに充てたうえで払込みがなされた翌日にはそれを引き出して丙社に交付し借入金の返済に充てているからその有効性を以下検討する。

確かに現実的には金銭の移動はあるものの、実質的には仮装払い込みのカラクリの一環にすぎず、見せ金に準ずる払い込みと評価しうから資本充実の見地より、仮装払い込みと評価し

うような場合にはその払い込みは無効である。

50 これを本問についてみると前述のように払込みから引き出し
まで期間は極めて短く、払い込まれた金銭のうち9000万円
について会社資産として運用した事実はない。また乙銀行から
融資を取り付けるためにAが実質的に発行株式の全部を所有
し、思うままに動かすことのできる丙社を利用していることと
55 合わせかんとみると、払込みのうち9000万円については仮
装払い込みにあたり無効である。なお1000万円については
丙社が独自に調達したもので実質的な払い込みが認められるか
らその範囲では有効である。

では、株式の効力はどうか、本問では丙社に対してのみ募集
株式の割り当てを行っているから不正発行(210条2号)に
あたるとして無効とならないか。

60 まず無効事由について明文はないものの(828条1項2号)
株式取引の安全の観点から重大な法令・定款違反に限られる。

この点特定の株主の持ち株比率を変動させることを主たる目
的として発行するような場合には、不正発行にあたりうるもの
の、本問では迅速な資金調達のためにAの意思通りに動く丙
65 社を利用する必要があったから不正発行には当たらないし、
仮にあたるとしても公開会社において募集株式の発行事項を取
締役会の決議事項としたのは、資金調達の便宜のために業務執
行行為に準じるものとして扱う趣旨であるから、取引の安全を
重視すべきである。

70 よっていずれにしろこの点については無効事由とはならない。

次に、前述の払い込みの効力から、1億円相当の株式を実質
的に1000万円で発行したといえ、9割も安いものであるから、
75 「特に有利な金額」(199条3項)にあたり株主総会決議が
必要であるが本問ではそれを経していない。

しかし、前述のように募集株式を取締役会の決議事項とした
趣旨から取引の安全を重視すべきで重大な法令違反とはいえない。

よってこの点についても無効事由とはならず、本件株式は有
効である。

2 ②について

丙社は1億円相当の株式を1000万円で取得しているから
「著しく不公正な払込金額で募集株式を引き受けた場合」(21
2条1項1号)にあたるから差額である9000万円について
85 甲社に対して支払う責任を負う。

A及びBは1億円の株式を1000万円で発行して甲社に9
000万円の損害を与えているからこれについて423条1項
に基づく損害賠償責任を負わないか、両者に任務懈怠が認めら
れるかと関連して問題となる。

90 まずAについてであるが、前述のように丙社はまさにAの手
先であり、丙社の仮装払い込みについて当然認識しているとい
うべきであるから任務懈怠が認められる。

95

これに対して、Bは本件募集株式発行に関する手続きを実質的にAに一任しており、上記事情を認識していなかったから任務懈怠は認められないようにも思える。

100

しかし、取締役の業務執行について監視義務をおう取締役会（362条2項2号）の構成員としてBも監視義務を負うところ、各取締役は取締役会の招集権限を認めているから（366条1項）、取締役会非上程事項についても監視義務を負う。

105

そしてBは数年にわたりAとともに共同して会社を経営し、また共同で会社を興していることから両者は密接な関係を有していると思われ、丙社がAの個人所有の会社であることをBは当然知るべきで、かかる丙社を利用するという不自然な株式の発行を行っている以上、それについて適正になされているかBは監視すべきであったから、任務懈怠が認められる。

以上からA及びBは423条1項に基づく損害賠償債務を甲社に対して連帯して負う（430条）。

3 ③について

110

本間のような違法な募集株式の発行によって、当初の計画通りの資金を確保できず、競争力強化のための大規模改装が行えなかったことから甲社は破綻し、乙銀行は甲社に対する貸付債権のほぼ全額が回収不能となるという損害が生じている。そこでかかる損害についてA及びBは429条1項に基づく責任を負わないか、同条項の法的性質と関連して問題となる。

この点争いあるも、同条項の法的性質は、第三者保護のため

120

の法定の特別責任であると解するから、悪意重過失は任務懈怠に必要であり、損害は第三者保護の観点より広く、直接損害のみならず間接損害も含むと解する。

以上を踏まえ本間についてみると、適正な募集株式の発行による1億円の調達乙銀行からの融資の不可欠の前提でありそれを怠っている以上ABには任務懈怠が認められ、前述のように任務懈怠について悪意重過失が認められる。また損害、因果関係の要件も問題ない。

よってA及びBは乙銀行に対して連帯して429条1項に基づく損害賠償責任を負う（430条）。

以上

125

130

140

145

150

155

160

165

170

175

180

民事系第1問 不合格者D再現答案

第一 設問1

1 本件不動産は5億円であるとして定款に記載されているが（会社法28条1号）、実際には1億円の価値しかなかった。そこで、A及びBは、甲社に対して差額の支払い義務（52条1項）を負うのではないか。

(1) まず、A及びBは「発起人」である。

そして、本件不動産は5億円であるとして定款に記載されているが、本件現物出資の当時、土壌汚染のため客観的価値は5分の1たる1億円にすぎなかった。よって、「現物出資財産等の価額が...著しく不足する」といえる。

従って、A及びBは差額の4億円を支払う義務を負うとも思える。

(2) もっとも、52条2項各号に定める場合は、A及びBは差額支払い義務を負わない。では、本件現物出資は「検査役の調査を経た」（同1号）といえるか。本件では不動産鑑定士及び公認会計士の証明を受けており検査役の調査が不要なので（33条10項3号）、かかる場合は検査役の調査を経ないとしても「検査役の調査を経た」といえるのではないか。「検査役の調査を経た」の意義が問題となる。

ア この点、検査役の調査（33条4項）を要求する趣旨は、現物出資財産の価額を適正に評価することにより会社財産の基礎を確保する点にある。そして、33条10項3号は、不動産鑑定士及び公認会計士という専門家の証明を経た以

上、現物出資財産の適正評価が担保されているため検査役の調査を不要としたものである。とすると、同号により検査役の調査が不要とされた場合は、実質的には「検査役の調査を経た」といえるとも思える。

しかし、発起人が不動産鑑定士及び公認会計士に対して故意に現物出資財産にかかる事実を隠した場合には、現物出資財産に対して適正な評価がなされたとはいえず、検査役の調査に代わる財産確保の担保がなされたとはいえない。よって、かかる場合には、実際に検査役の調査を経ない以上、「検査役の調査を経た」とはいえないと考える。

イ 本件では、Aが本件不動産に土壌汚染があることを認識していながら隠しており、発起人が不動産鑑定士及び公認会計士に対して故意に現物出資財産にかかる事実を隠したといえる。よって、「検査役の調査を経た」といえず、52条2項1号にはあたらない。

(3) もっとも、Bは本件不動産の土壌汚染について知らなかった。そして、これは専門家たる不動産鑑定士や公認会計士が見落とすほどの事情であるので、Bが知らなかったとしてもやむを得ないといえる。そこで、Bは「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、差額支払い義務を免れる（52条2項2号）。

これに対して、Aは本件不動産の所有者であり「財産を給付した者」（52条2項はしら書き）にあたるので、無過失責

任を負う。

- 2 以上より、A は甲社に対して差額の 4 億円について支払う義務を負う。これに対して、B は無過失を証明して責任を免れうる。第二 設問 2

1 ①について

(1) 払込みの効力について

丙社による払込みは、見せ金にあたり無効ではないか。

ア この点、会社法は預合いについては罰則を設け禁止している（965 条）が、見せ金については規定していない。しかし、会社財産の基礎を確保するため、見せ金による払込みは無効と考える。具体的には、払込から弁済までの期間が短く、払込金額が会社資金として運用された事実がない場合には、実質的には仮装払込みたる見せ金であり無効であるとする。

イ 本件では、丙社は丁銀行から 9000 万円を借入れ払込みにあてたが、払込の翌日にはもう A が 9000 万円全額を甲社の口座から引き出し、丁銀行に対して弁済しているので、払込から弁済までの期間が極めて短い。また、その間に当該 9000 万円が会社資金として運用された事実はまったくない。よって、9000 万円については実質的には仮装払込みたる見せ金に当たり無効である。

従って、丙社による払込みは 9000 万円の限度で無効である。

(2) 発行された株式の効力について

この点、株式は流通性があり（127 条）一度発行されると多数の利害関係人が生じ取引安全が強く要請される。よって、払込みが見せ金として無効とされたとしても、発行された株式は有効と考える。このように解しても、後述のように不足額は発起人により補填されるので、会社財産の基礎は害されない。また、発起人自身が仮装払込をした以上、株価下落による損害を被るのもやむを得ない。

よって本件では、丙社による払込は 9000 万円の限度で無効であるが、発行された株式は有効である。

2 ②について

(1) A,B が甲社に対して負担する責任

AB は甲社に対して 423 条 1 項により賠償責任を負うのではないか。

ア まず、A は代表取締役、B は取締役であり「取締役」にあたる。

イ では「任務を怠った」といえるか。

この点、取締役は会社に対して善管注意義務を負う（330 条・民法 644 条）ので、「任務を怠った」とは、かかる善管注意義務に違反したことをいう。そして、取締役の臨機応変な判断を萎縮させないよう経営判断に関しては裁量が認められることがあるが、取締役が法令違反またはそれに準ずる違反をした場合には裁量を認めるべき理由がないの

で、経営判断に関する裁量は認めない。

95 本件では、A は見せ金による払込みをしており、これは
法令違反に準ずる違反であるので、A は善管注意義務に違
反している。また、B も、A に本件募集株式発行に関す
る手続を一任しており、A の職務の執行を監督する義務
(362 条 2 項 2 号) に違反しており、善管注意義務違反が
あるといえる。よって、A、B は「任務を怠った」といえる。

100 ウ また、428 条 1 項が任務懈怠とは別に帰責事由を要求し
ていることから、帰責事由がある場合にのみ取締役は賠償
責任を負うと考える。

105 本件では、A は A 自らが丙社の代表取締役 D に指示して
9000 万円を借り入れさせ、払込に必要な手続が終わった翌
日には A 自らが甲社の口座から 9000 万円を引き出し弁済の
ため D に交付している。そして A はこれらが仮払込にあ
たることを認識していたので、A に帰責事由があるといえ
る。

110 これに対して、B は本件募集株式発行の手続を A に一任
していたが、A の発案による募集株式発行を代表取締役た
る A に一任することは通常ありうることであり、B に帰責
事由があるとはいえない。よって、B は賠償責任を負わな
い。

エ さらに、A については、甲社は見せ金により払込金額が 4
億円不足し、「損害」が生じており、A の任務懈怠と損害に

因果関係もある。よって、A は甲社に対して 4 億円損害賠償
責任を負う。

(2) 丙社が甲社に対して負担する責任

120 丙社の払込は 9000 万円の限度で無効であるので、丙社は
1000 万円の払込により 1000 株を引き受けたことになる。こ
れは、甲社設立時に A が 5 億円に対して 5000 株、B が 1 億円
に対して 1000 株発行を受けたとの比べて 10 分の 1 にすぎず、
公正な払込金額といえないので、「著しく不公正な払込金額」
(会社法 212 条 1 項 1 号) といえる。そして、丙社は「取締
役」たる A と通じてかかる不公正な払込金額による払込をな
したといえる。よって、丙社は甲社に対して、公正な価額と
の差額 9000 万円について、支払う義務を負う (212 条 1 項は
しら書)。

125 3 ③ A 及び B が乙銀行に対して負担する責任

A 及び B は乙社に対して 429 条 1 項により賠償責任を負うの
ではないか。

同条の趣旨は、会社が社会において重要な役割を果たすこと
から、会社に特別な賠償責任を負わせた点にある。よって、役
員等が任務懈怠につき故意または重過失がある場合には、役員
等は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。

130 本件では、A 及び B は本件募集株式発行に際して見せ金によ
る払込を行い、甲社の財産が確保されていないにも関わらず貸
借対照表に純資産合計が 700,000 千円と記載し、履歴事項全部

140

145

150

155

160

証明書には資本金の額が3億円であるとの虚偽の記載をしている。これらの任務懈怠により乙銀行は甲社に1億円の融資を決定し、後に回収不能となり損害を被っている。そしてAは見せ金につき故意があり、Bは見せ金を放置した点に重過失があるので、任務懈怠につきAは故意、Bは重過失がある。よって、A及びBは第三者たる乙銀行に対して生じた損害を賠償する責任を負う。

165

170

175

180

平成 22 年度新司法試験論文式試験問題

民事系 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あり、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の携帯電話がつな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あり、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を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らと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ってもらいたいと願っている。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(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。

(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）に基づく貸金返還請求権のうち、1500万円を超える部分である。

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、F C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（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借入れの「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おり、それをCが理解している」と述べた点は、A F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日の時点では前記(2)イのとおりA F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5と相まって、AはA F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、F C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（110条）の主張のうち、同契約に先立つ1500万円の借入れの基本代理「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、前記2(2)アの部分は、金額に限度のない借入れの代理権授与を推認させる以上、その範囲に含まれる主要事実(1)も推認させる間接事実としての意義を有する。

他方、前記2(2)イの部分も、前記と同様に考えて、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」の評価根拠事実としての意義も有する。

50

すなわち、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

55

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。

60

第2 設問2

1 小問(1)

(1) 留意すべき事項

65

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。

(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」

70

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」の金銭的評価という形で検討すべきである。

(3) ②

75

ア 本問で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。

80

イ 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。

85

ウ しかし、抵当権は、目的物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趨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。

また、共同抵当だから、乙土地・丙建物いずれから抵当権を実行してもよい（392条2項）

90

とすると、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えるべきである。

(4) ③

ア 本件の被担保債権には分割払いの約定があり、第1回の弁済期

95

は平成 20 年 3 月 15 日に到来するが、その前、E が丙建物を取り壊したのは平成 19 年 8 月 19 日に、抵当権侵害を理由に損害賠償請求（709 条）をすることができるか。

イ この点、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乙土地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。

100

しかし、本問では、分割払いの約定により弁済期が 3 回に分かれており、どれを基準とするか明らかでない。

ウ むしろ、事実説的に丙建物の滅失を「損害」ととらえ、被担保債権の弁済期到来前でも損害賠償請求を認めるべきである。

105

この「損害」額は、滅失時の丙建物の価値を算定、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。

2 小問(2)

110

(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（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 に対し抵当権侵害（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」にあたらず、F は E に対し登記なくして対抗できる旨の再反論が考えられる。

120

ア（ア）本問で、確かに E は、前記(1)のとおり、平成 19 年 7 月 27 日の贈与で乙丙不動産の所有権を取得し、所有権移転登記も受けた。

また、その贈与は、E が C の相談相手になり、励ましてきたことへの礼と、A との同居をやめて独立し、事業を始めて自分の道を歩もうとする E への応援の趣旨でなされたものである。

（イ）しかし E は、A が F から金銭を借り入れた事情や、その担保として乙丙不動産に F のための抵当権を設定する契約が結ばれたものの、その設定登記がされていないことを平成 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、その登記がされていないことを知っていた。

125

また E は、A から乙丙不動産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、実際に丙建物を取り壊した。

さらに、贈与を受けることを競争する場面は考えにくいから、自由競争原理の働く余地が狭いといえる。

イ 他方 F は、A と抵当権設定契約締結と同日、乙丙不動産について抵当権設定登記の申請を早速していた。

130

このとき F は、添付書面に不備があったため登記官から補正を求められたのに補正をしなかったという点では、多少落ち度があるかもしれない。しかし、その後 A F 間に被担保債権を

140

ぐり争いが生じたため、再度の申請に至らなかったのは無理もない。

ウ とすると、Fと比べてEの要保護性は乏しく、前記(2)の再反論の方が妥当である。

(3) したがって、本反論は認められない。

第3 設問3

145

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（民訴法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、しばらく実際に出頭し行動したのはGだが、「被告E」と訴状に記載されているから、Eが被告というべきである。

150

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。

(1) この点、Gは、Eの同居人にすぎないから、法定代理人ではない。

(2) また、Gは弁護士であるとの事情はないから、J地方裁判所での訴訟代理権はない（54条1項本文）。

155

しかし、同規定の趣旨は、①不適切な訴訟代理人の訴訟進行から本人を保護することと、②手続の円滑にある。

ア 本問で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を受け、「任せる。」と言われて訴訟を進行してきた者だから、①に反するとは必ずしもいえない。

160

イ また、出頭していたのがEではなくGと判明したときには、既に第4回口頭弁論期日まで進んでおり、第3回までに当事者双方から事実に関する主張及びそれに関する認否が行われてい

165

た。ここまでの訴訟行為を無効とすると、手続の安定を害するし、訴訟経済上も不都合だから、かえって②に反しかねない。

ウ とするとEは、Gの訴訟行為の追認（34条2項）を拒絶できない結果として、同行為の効力がEに及ぶと考えるべきである。

第4 設問4

1 小問(1)

(1) 法律構成①

170

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。

175

したがって、第1訴訟の基準時以前である同年3月15日に500万円を弁済したとの第3訴訟におけるAの主張を、第1訴訟の既判力により遮断できる。

イ 短所

180

訴訟物を元本返還債務の全体とし、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」ことが確定されることから、第1訴訟の判決主文もこれを「包含する」（114条1項）。

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たと、1500万円の部分という「当事者が申し立てていない事項について、判決をすること」は原告Aの意思に反し「できな

185 い」(246条)のではないかと疑義が生ずる。

(2) 法律構成②

ア 長所

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、500万円の弁済主張を遮断できる。

190 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、246条に反するとの疑義が生じない。

イ 短所

(ア) 1500万円の部分の請求放棄は、裁判所が充分関与しない

195 でも、当事者がその意思表示により自主的に紛争を解決できる方式だから、詐欺・錯誤等の取消・無効事由が認められる場合は、それを理由として「確定判決と同一の効力」(267条)の1つである既判力の排除が認められうる。

本問でも、「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訴訟において意味のある事実だとは思わなかった」からだとする

200 と、既判力が排除される可能性がある。

とすると、第1訴訟の請求の放棄にこのような事由が認められる場合には、弁済主張を遮断できない。

ただ、上記「」内は弁済主張の期待可能性がなかったことを示す資料ともなるので、いずれにせよ弁済主張を遮断できないかもしれない。

205 (イ) また、請求の放棄に既判力が生じるには調書の記載が必要

だが、放棄調書がないとみると、既判力が発生せず、弁済主張を遮断できない。

210 なお、訴状陳述という口頭弁論調書の記載(規則67条1項3号)あるいは同調書に添付され一体となった訴状(同69条)を、訴状の黙示的な内容と考えられる1500万円部分の請求放棄の調書への記載とみても、第1回口頭弁論期日たる平成19年7月27日を基準時とする既判力が生じるだけで、

215 結局、以後の弁済主張を遮断できない。

2 小問(2)

(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。

220 (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。

225 (3)ア 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。

イ 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思かもしれない。

230 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、条件成就を証する文書を提出したときに限り、執行文が付与される（民事執行法 27 条 1 項）から、同時履行が保障されない。

とすると、これらにつき何ら釈明（民訴法 149 条 1 項）もなく判決をするのは、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。

第5 設問5

1 (1) Aは、認知届の提出書類一式を、必要な項目を埋めて署名押印した上でEに交付しているが、まだ提出されていない。

これは、EがAの事故死の事後処理に忙殺されたためだが、あとは届出さえすれば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、届出がない以上、任意認知（民法 781 条 1 項）はなされていないというほかない。

(2) 他方、Aは、C Eに対し、Eが自分とDの間の子であることを告げて、認知届の提出をEに託してからわずか2日後、事故に巻き込まれ死亡した。これを踏まえると、本問自筆証書遺言において遺産をC Eで法定相続分（900 条 4 号ただし書き）に従って分ける旨の記載から、AがEを遺言認知した趣旨を読み取る余地が全くないとはいえない。

しかし遺言は、遺言者の意思を明確にするため、厳格な方式が定

められている（960 条、967～984 条）から、遺言外の事情を踏まえて遺言を解釈することは許されないと解すべきである。

とすると、本問自筆証書遺言だけから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（同条 2 項）もない。

(3) とすると、本件でEはAに認知されたということはできず、EをAの実子として扱うことはできない。

2 とすると、AとEの間に親子関係はないから、Eには法定相続分がない。他方、相続人C（887 条 1 項）も、遺贈を受けることはできる。

とすると、「私の遺産はCを2、Eを1とする割合で分けること」というAの遺言は、相続分の指定（902 条）ではなく、C及びEに対する包括遺贈（964 条本文）と解すべきである。

そして、C Eは、遺贈放棄（986 条 1 項）をしていない以上、AのHに対する600万円の貸金債務も承継する（990 条、896 条本文）。

3 もっとも、この包括遺贈はHの関与なくされたから、不測の損害を防ぐため、原則として、Hに対してはその効力が及ばないと解すべきである。

4 とすると、Hから法定相続分に従いCに600万円の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ないが、本問でHは、CだけでなくEにも600万円の返済を請求してきた。

これは、Hが上記2の包括遺贈による債務負担を承認したとみることができから、例外的に、CだけでなくEも支払義務を負い、その額はCが400万円、Eが200万円と考えるべきである。 以上

民事系第2問 合格者A再現答案

第1 設問1

1 小問1

- (1) 全額の代理権授与がなされたという主張から

上記主張は、有権代理の主張であると考えられる。そして、有権代理の要件は、①顕名、②有効な法律行為、③②に先立つ代理権授与であり、「事実」はこれらと直接には係わり合いがない。

もっとも、以下で述べるように、金額無限低の代理権の授与をしたに於ては、発言は不自然であり、そもそも代理権の授与があったのかどうかを疑わせる事実（間接事実）であるということは出来る。

- (2) 1500万円の代理権授与がなされたという主張から

上記主張は、権限外の行為についての表見代理（110条）の主張であると考えられる。そして、その要件は、①顕名、②有効な法律行為、③②に先立つ基本代理権の授与、④相手方が②の法律行為が権限内の行為であると信じたことについて正当事由がある（善意無過失である）こと、である。

発言は、交渉の経過、すなわち1500万円での融資が予定されていた3月1日の交渉を踏まえて、その後の手続のみを息子に行わせるという趣旨であると考えられる。すると、Fの認識としては、Cが1500万円の代理権しか有していないという考えが、契約締結時まで継続していた

と考えることが出来る。

とすれば、事実は、④代理権の権限内であると信じるにつき正当な理由（善意無過失）がない、すなわち過失があるとの判断を基礎付ける事実（過失の評価根拠事実）であるといえる。

2 小問2

- (1) 全額という主張から

既に述べた通り、有権代理の主張に必要な3点には、直接には関わらない「事実」である。

もっとも3月14日以降に代理権の範囲の変更がなされたとすれば、Aに連絡が取れないのは不自然であり、代理権授与があったことを疑わせる間接事実であるといえる。

他方、当初より金額無限定の代理権授与がされていたとすれば、すべてを息子に任せたAと連絡が取れないのは自然なことであり、「事実」は特に意味がないと考える。

- (2) 1500万円という主張から

権限逾越の表見代理との主張にとって、「事実」は、過失の評価障害事実であるといえる。

過失がなかったといるためには、①注意義務がないといえるか、②あるとしても果たしたといえることが必要である。

そして、電話をかけて、本人の意思を確認しようとしたことは、注意義務を果たそうとしたことを意味するのであ

るから、過失がなかったという方向に判断させる事実であるといえる（上記行為だけで、充分に注意義務が果たされたかは別論である）。

なお、電話がつながらなかった点については、代理権の範囲を変更するというようなイレギュラーな事態があったときには、通常、本人は連絡を取れるようにしておくものであるといえ、不自然に思うべきであったとして、過失の評価根拠事実と見ることも出来る。

しかし、電話がつながらなかったことを原因として、Aの自宅に電話をかけて、妻から「すべてをCに任せてあると聞いている」と聞いたことによって、その疑いは払拭されたのであって、「事実」は、Aの自宅に電話をかけたというその後の事実とあわせて、過失の評価根拠事実ではないと考えるべきである。

第2 設問2

1 小問1

- (1) 抵当権が実行されるまでは、事実上の期待が侵害されたという損害に過ぎないのではないか（留意事項1）

上記は反論として想定されるものであり、抵当権が実行されるまでは、抵当権の価値は現実化せず、優先弁済への事実上の期待に過ぎないから、損害はない、との主張である。

しかし、以下の通り、損害はある、と考えるべきである。

確かに抵当権は実行によって、はじめて現実化するものであるが、法的効力を持たないということと、それが財産権として価値を有しないということは別の問題である。

抵当権は、目的物の価値を把握する能力を有する財産権であり、目的物が取り壊しによって失われた場合には、抵当権も無価値になるのであり、その点で損害はあるといえる。

以上より、抵当権は実行されなくても、損害は発生しているといえる。

- (2) 損害の額は算定不可能である

上記は反論して想定されるものであり、抵当権が実行されるまでは、抵当権の有する額の算定は出来ないのだから、損害の額は算定不可能であり、そこから進んで、そもそも損害がないと考えるべきである、との主張である。

確かに抵当権は実行され、競売の額が確定するまでは、その価値の額は確定しない。しかし、抵当権は、目的物の価値を把握する能力を持つものであるから、目的物が取り壊されたことによって、失われた把握価値について額を計算することが出来る。つまり、把握されている価値の額を、目的物の合計額が割り込んだときに、その割り込んだ分を損害額としてとらえる。一方、目的物の合計額が把握額を超える場合には、目的物の売却によって全額の優先弁済を受けることが出来るから、このような場合には損害がな

いといえる。

額の算定が困難であることは、権利の評価一般につきものであり、それだけをもって、損害なしと見ることはできない。

以上より、抵当権の額は、目的物の合計額が、抵当権により把握されている価値の額を割り込んだ部分として、算定可能である。

2 小問2

(1) 反論は、丙建物（不動産）の抵当権（物権）の発生（得）について、登記が存在しないので、それをE（第三者）に対抗できない、という民法177条の主張であると考えられる。

(2) 再反論

177条の第三者とは、物件についての登記が欠けていることを主張する正当な利害関係を有する当事者・包括承継人以外の者である。

そして、本件のEは、Aより贈与を受けているのであり、利害関係は一応あるといえる。

もっとも、民法177条は、自由競争の原理の範囲内で、登記による公示を要求して、取り引きの安全を図ろうとするものであるから、登記が欠けていることを主張することが信義則（1条2項）違反といえるような者、すなわち背信的悪意者である場合には、正当な利害関係を有せず、「第

三者」に当たらないというべきである（不動産登記法5条参照）。

本件のEは①抵当権が存在するが、手続の不備によって、登記がなされていないという事情を知っており、②その事情を知りつつ、贈与を受けたものである。加えて、③Eは贈与により丙建物を取得しており、代金の支払いがないという点で、それほど強い利害関係を有しているわけではないし、④Eは丙建物を取り壊すことを想定して贈与を受けており、利害関係に入った時点で、抵当権を侵害しようと考えていたものといえる。以上からすれば、Eは、事情を知りつつ、あえて抵当権を侵害しようとする利害関係に入ったものとして、背信的悪意者にあたるといえる。

判例も近時、時効取得の事案について、ほぼ悪意のみで背信的悪意者にあたるとする判断を下しており、上記の結論は、判例の立場からも正当であると考ええる。

(3) まとめ

以上より、抵当権が存在することを対抗できるというべきである。

第3 設問3

1 当事者の確定

当事者を確定にあたっては、訴状の表示を実質的に解釈して決すべきである。

本件では、訴状の記載は、Eとなっているし、紛争の主体

140

もEであるから、被告はEであるといえる。

2 原則論

訴訟行為は当事者がなすべきものであるという原則からすれば、Gの訴訟行為の効果はEには及ばないことになる。

3 例外

145

しかし、これでは、F（Q）の従前の訴訟追行が無になってしまうので、酷である。

そこで、以下の通りEがGに「まかせる。」といったことをもって、例外的にGの訴訟行為の効力を例外的にEに及ぼすことが出来ると考える。

150

Gは弁護士ではないから、Gの代理を無制限に認めると、弁護士代理の原則（54条）を潜脱することを許すことになる。しかし、弁護士代理の原則は、三百代言を防ぐためのものであるから、三百代言を防止しようような場合、すなわち共同の利益（30条）ありといえるような場合には、まったく無関係のものが訴訟追行するという事態を避けることが出来、かつ利害関係を共通にする者による訴訟追行ゆえに本人を害しないとして、例外を認めてもよいと考える。

155

160

本件で、GはEと同居するものであり、かつ事業の仲間である。そして、乙土地上に新しい建物が完成すれば、そこを住居とすること、あるいは事業所として使用することもありうると推測され、この点で共同の利益をкаろうじて認められると考える。

165

弁護士代理の原則は、本人の利益が三百代言によって害されないようにすることを主目的とするものであり、E自身がGに任せるという意思を有している本件では弁護士代理の原則の要請はそれほど強いものではないこと、F（Q）の訴訟追行の努力を無駄にすべきでないこと、代理人の範囲に一定の制限がかかっていること、からすれば、上記のような結論も限界事例として認められると考える。

170

4 以上より、Gの訴訟行為の効力はFに及ぶ。

第4 設問4

1 小問1

(1) ①と②の長所・短所は裏表であるので、合わせて論ずる。

(2) ①の長所、②の短所

ア 調書がない点

175

②は請求の放棄の効果として1500万円の部分について既判力を認めるものである。しかし、放棄の場合には、調書に記載することによって確定判決と同一の効力（既判力）が発生されると規定されており（267条）、調書に記載がないにも関わらず、既判力を認めるこの見解は、明らかに明文に反する。

180

一方①は、判決の効力それ自体から1500万円部分について既判力を認めるのであり、この点で難点がない。

イ 放棄の錯誤の点

185

②は請求の放棄の効果として既判力を認める。しかし、放棄については、当事者による裁判所に対する一方的意思表示であることを理由に、錯誤を認めるべきであり(判例もこの立場に立っていると解される)、錯誤の主張によって既判力が失われる余地がありうることになる。手続の安定のため、既判力は出来るだけ安定したものであることが望ましいのに、錯誤の主張によって画一的基準たる既判力を不安定にする余地を残す②は、この点で難点があるといえる。

190

195

①は、放棄によらず、判決の効力として既判力を認めるので、錯誤の主張によって、既判力が不安定になるおそれはなく、この点で難点がない。

(2) ①の短所、②の調書

200

判例の立場によれば、1500万円部分については、訴訟物となっていないことを理由に、既判力を認めない。②は、このような立場に適合的であり、この点が長所といえる。

一方、①は、判例に判するものであり、この点について短所があるといえる。

205

(3) 判例を離れて考えると(①の短所のフォロー)

しかし、判例を離れて考えてみると、①の立場はそれなりの正当性がある。

実際の訴訟を考えれば、主張立証され、審判の対象とな

210

っているのは、債権全額なのであり、これに既判力を認めても、当事者に対して不意打ちとはならず、手続保障は果たされているといえる。他方、1500万円部分について、既判力という画一的基準を及ぼすことによって、再度の訴えによる紛争の蒸し返しを封じることが出来、手続の安定に資するといえる。

215

従って、①の立場は、十分に成り立つ考えであるといえる。

(4) ①と②の評価

②は、放棄の調書がないにも関わらず既判力を認めるもので、明文に反し、採用できない。

220

それに対して、①は判例には反するものの、ありうる立場であるし、放棄の錯誤の難点を回避できるという点で②よりも優れているといえる。

2 小問2

225

(1) 問題文のような判決は、一部認容判決として許され则认为る。

(2) 一部認容判決の場合

判決にあたっては、民事訴訟が当事者の権利利益のための手段であることに鑑み、出来る限り当事者の意思を尊重すべきである。

230

原告においては、たとえ一部認容(500万円の支払いがなければ抹消登記がされないという点において)であっ

たとしても、これを得たいと望むのが通常であろうから、一部認容判決をすることは、原告の意思に反するものではないといえる。

一方、被告についても、500万円の支払いの部分については、訴訟物とはなっていないため、既判力が生じないので、これを認めても全部認容判決よりも有利なものとなっているものとはいえ（結局、この点からしても、問題文のような判決が一部認容判決であることは明らかである）問題はないといえる。

(3) 全部棄却判決の場合

全部棄却判決を受けた場合、原告は500万円を支払ったのに、再度、訴えを提起して、勝訴判決を得なければならないのであって、再度の訴訟を強いることになり、酷である。

他方、被告については、抵当権の抹消が認められないのは、500万円の支払いを受けるという利益を保護するためであるだけであるから、全部棄却判決を受ければ不当な利益を得るものといえる。500万円の支払いと抵当権の抹消は、同時履行の関係にあるのにも関わらず、500万円の履行が先履行となる点で不当と評価できる。一般的には、500万円の支払いと抵当権の抹消は、同時履行ではないと考えられているものと思われるが、これは抵当権者が抵当権抹消の書類を整える手間を考えてのことであり、

判決のように被告の手續なしに抹消ができるような場合には、同時履行と考えるべきである。

(4) 結論

問題文のような判決は、500万円を支払うだけで執行をすることが出来、再度の訴訟による訴訟不経済等も回避できるものであるから、認められると考える。

第5 設問5

1 EはAの子か

認知には届出を要する（民法781条）。これは身分関係が社会生活の根本をなすことに鑑みて、戸籍による証明を要求することで、身分関係を安定させる趣旨であり、届出なしで認知の効力を認めることは出来ないといわざるをえない。たとえば、AがEを認知する意思を有しており、書類をEに預けたとしても、同様である。

従って、EはAの子ではない。

2 誰か相続人か

遺言に「Cに2を、Eに1を与える」と記載されているのは、Eを包括受贈者（990条）として扱う趣旨であると解される。

そして、相続により、相続人らは債務も承継するのであるから、600万円のうち、Cが400万円を、Eが200万円の支払い義務を負うものと考ええる。600万円の支払い義務は可分であり、連帯債務を認めるとすれば、相続という偶

然の事情によって、Hに過度の保護を与えることになるので、
上記は正当である。

以上

280

285

290

295

300

305

310

315

320

325

330

335

340

345

350

355

360

365

民事系第2問 合格者B再現答案

設問1]

1 Fのした主張の法的構成について

Fは、AからCに金額が限定のない代理権が授与されたという主張と、1500万円を限度とする代理権の授与があった主張とを選択的にしている。このうち前者は2000万円の借入れについて有権代理（民法99条1項）が成立しているという主張であり、後者は1500万円の代理権授与を前提として権限外の行為の表見代理による責任（110条）が生じるという主張である。以下、これを前提に、それぞれの主張との関係で各事実が持つ法律上の意義を説明する。

2 事実①の法律上の意義

(1) 有権代理構成との関係

事実①は、契約に先立つ代理権授与の存在という抗弁事実を構成するものである。以下、理由を詳述する。

有権代理（99条1項）は、代理人が「権限内」でした意思表示を本人に帰属させるものであるから、本人から代理人に代理権が授与されなければ成立しない。そして、この代理権は、代理人が相手方に意思表示をする時点で授与されている必要があるから、契約に先立って代理権が授与されたことが有権代理の要件事実となる。

ここで、事実①は、本人であるAが、CF間の契約締結に先立つ3月14日に、「Cに（従前合意していた融資について）話してあるから、あとはCと進めてほしい」旨を述べたというものであり、これは融資契約についてCに代理権を授与したというAの意思表示といえるから、前記で見た先立つ代理権授与の存在を示すものとして、抗弁事実の一部をなすことになる。

なお、後述のように、事実①のAの発言は直ちに無制限の代理権授与を意味しないとも思われるが、この点については本人Aの否認により争われることになる。

(2) 110条の表見代理との関係

ア 基本代理権としての意味

事実①は、Cが110条の主張をする上では、基本代理権の存在という抗弁事実を構成するものである。以下、理由を詳述する。

110条の表見代理は、その成立の基礎として、基本代理権の存在が要求される。110条が本人に責任を認めるのは、代理権の授与があった場合にその範囲を超えた代理行為が行われた場合に、授与された代理権を信用した相手方を保護するためであり、その反面として本人には基本となる代理権を授与したという帰責要件が要求されるからである。これは110条が「権限外」の行為と定め、基本となる権限が存在していることを前提とすることからも裏付けられる。

ここで、事実①は、前記の通り、AがCに対して代理権を授与した旨を述べたものであるから、かかる基本代理権が存在していたことを示すものとして、抗弁事実の一部をなすことになる。

イ 「正当な理由」を争う評価障害事実

一方、事実①は、110条の要件である、権限を信じた「正当な理由」を争うための再抗弁を構成する意味も有する。

110条は、表見代理の成立要件として、相手方が代理権の権限を信じたことについての「正当な理由」、すなわち無過失を要求している。これは法的評価面であるから、実態上主要事実とされるのは、無過失を根拠づけ、あるいは否定する個々の事実である。そして、表見代理を主張された本人Aは、Fの無過失を否定する評価障害事実を主張することで、同要件を覆して表見代理の責任を免れることができる。

ここで、事実①は、Aが「交渉の経過」を前提としてCに説明しており、Cはそれを理解したうえで交渉に向かう旨を述べたものである。本件での交渉経過は、FがAに1500万円を融資するというものであり（事実3）、ここからすると、Aの上記発言は1500万円の借り入れに代理権が限定されていることを明示したものと見える。そして、事実①はか

る発言を相手方であるFが認識していたということを示すから、Fが代理権の限界について知っていたことを示すものとして、Fの悪意ないし有過失を裏付ける根拠事実となる。

3 事実②の法律上の意義

(1) 有権代理構成との関係

事実②は、有権代理の主張との関係では、特段の意味を有しない。有権代理は先立つ代理権受与がなければ成立するから、事後で代理権の存在について当事者が疑問を抱いたなどの事情があってもその効果は左右されないからである。

(2) 110条の表見代理との関係

一方、110条の主張との関係では、事実②は「正当な理由」の評價根拠事実としての意味を持つ。

代理権についての無過失は、代理権が存在することについて疑問を抱くべきであったかという注意・予見義務と、それに基づく調査・回避義務によって判断されることになる。ここで、事実②は、Cが事前の予定と異なる2000万円の融資を申し込んだことから、Fが念のためAに確認を取ろうとしたというものであり、Cの行為に対応した相応の注意に基づき、確認をしたということで、注意義務及び調査義務の遵守を裏付けるものであるから、Fの無過失を根拠付ける。

なお、事実②のうち、Aに電話が通じなかった点については、十分調査ができなかったことを意味するから、それにもめめわらず契約したとして調査義務違反を示すものとも解しうが、本件ではその後A方への連絡もされ、妻のDから確認を受けているから、この評価が成り立ち難い。

【質問2】

1 小問(1)について

(1) 登記されていないことの評価

ア Eからは、抵当権設定契約が物権契約であることから、登記がその成立要件であり、抵当権設定登記がない乙・丙の物件についてはそもそも抵当権が成立していないとの反論がありうる。

イ しかし、物権契約というだけで登記が成立要件になるものではない。369条は「債務の担保に供した」ことをもって抵当権の成立を認めているし、同じ物権契約である質権についても、登記が成立要件ではない（動産については留置が代替要件。344条）。よって、かかる反論が成り立たず、Fは契約に基づいて乙・丙への抵当権を主張できる。

(2) 乙・丙のそれぞれ甲土地への抵当権が設定されていることの評価

ア 次に考えられる反論は、Fは乙・丙のそれぞれ甲土地で抵当権を設定しており、それにより被担保債権が保証されているといえるから、乙・丙物件の価値が毀損されたとしても甲土地で満足できる場合にはFには損害はないというものである。

イ 確かに、抵当権が被担保債権の保証のため設定されるものであるから、(本件では甲土地の評価額が明らかでない)のでこの点明確でない。他の抵当物件より弁済が保証されているといえれば、その他の抵当物件が失われても損害はないという考え方もありうる。

しかし、抵当権者などの抵当物件にかかっていくかについても自由が保証されており、甲へ丙について共同抵当が設定されたことも当然それを前提としている。本件の被担保債権が利息が年12%、遅延損害金が年20%と相当の場合で設定されており、被担保債権が拡大する可能性もあること、甲物件の評価額も変動しうることから、本件で甲土地以外に乙・丙物件の抵当権を実施できることへの期待・権利は保護されるべきである。

よって、甲土地で抵当権の存在によってもFの損害は否定されず、Eの反論が成り立たない。

(3) 被担保債権の弁済期が到来しておらず、また乙土地で抵当権が設定されている点の評価

ア Eの反論として他がありうるものとしては、Fの被担保債権が弁済期第1回が平成20年3月15日であり、丙建物を取り壊した平成19年8月19日時点で弁済期が到来して

95

いから、乙土地についてEは抵当権を行使できず、また抵当権をEに主張できる地位にも及びないから、乙土地については抵当権侵害を観念できないというものがある。

イ この点、抵当権は占有留保権であるから（369条1項参照）、弁済期到来していない段階で抵当権設定者が所有権を移転し、または利用することは妨げられない。よって、原則としてEの言うとおり、弁済期到来の時点では、Eの行為は抵当権侵害を構成しない。

100

しかし、将来の抵当権行使が困難になったという事情があり、その被害者を害する意図でされた場合には、抵当権者の債権回収可能性について被害を観念することはでき、また抵当物件の利用が制限されてもやむを得ないといえるから、この場合には弁済期前の抵当権侵害を認めることができると解する。

105

本件では、EはAから乙・丙の所有権を譲渡されて有効な所有権を取得し、それに基づいて乙土地を利用しようとしているから、名目的に貸借を受けるような場合と異なり、それ自体は直ちに抵当権行使を困難にするものではない。しかし、EはFによる抵当権の存在を知りながら、自己の居住用建物を建築するため、抵当権設定のある丙建物を取り壊して乙土地を利用しようとしており、Fの権限を無視しようとする意思が現れつつある。このような場合には、将来Fが抵当権を行使しようとする際にEがFの抵当権の存在を争い、速やかな抵当権行使が困難になることや、それによって評価額が下がることから強く予想される。そして、Eはこれらに基づいて認識した上で乙土地の利用を始めているから、上記の要件を満たし、抵当権侵害が認められる。

110

ウ よって、この点でも抵当権の侵害は否定されない。

2 小問②について

115

(1) 登記の不存在と抵当権の効力との関係

上で見たとおり、登記の存在は抵当権の効力要件ではないから、登記がなくても「他

人の権限」の侵害は認められる。

(2) 対抗要件の欠如の問題

120

ア Eの反論として考えられるのは、Fは丙建物の抵当権設定登記を経たらず、丙建物の所有権移転登記を得ているEに対して抵当権の存在を対抗できない（177条）から、抵当権侵害に基づく損害賠償請求もまたなされなければならないというものである。

本件ではFの所有権とEの抵当権が対立するから、二重譲渡のような典型事例とは異なるが、抵当権の有効な存在を所有者が対抗し、それに基づく権限侵害を主張できるかという問題であるから、177条の適用には問題がない。

125

イ 背信的悪意者の再抗弁

(ア) この反論としては、Eは背信的悪意者であり、Fに対して対抗要件の欠如を主張する資格が欠けるという再反論もありうる。すなわち、177条は物権関係の調整を図る規定であるところ、相手方の権限の存在について悪意であるばかりか、その権限を害して利益を得ようという背信主義で有する者については、そのような調整よりも保護すべき理由はないから、177条の「第三者」とは登記の欠陥を主張する正当な利益がある者を指し、背信的悪意者は177条の第三者として保護されないと解される。

130

(イ) では、Eはこのような背信的悪意者に当たるか。

Eは、AF間の売買関係が成立し、そのため乙・丙物件に抵当権が設定されたものの未だ登記されていないことについて、平成19年4月真で知り、さらに同7月の時点で登記が完了であることも知っていたから、Eの抵当権の存続について悪意といえる。

135

そして、Eは、上記認識を前提としつつ、このような状況で乙土地及び丙建物の所有権を取得すれば、自己の居住を建築できると考え、そのような目的のため乙・丙物件を譲渡し、所有権移転登記を経た上でCに権限等することなく丙建物を取り壊

140

し、住居の建設を取り掛かろうとしたものである。これは、Eの登記不備に乗じて自分か住居建設の目的を達しようとしたものであり、Eの権限を害して利益を得ようとした背言性を認めるに十分な事案である。また、上記事案からすれば、所有権の移転自体はAの贈与の申出で端を発しているという事実も、背言行為の契機がAによったという点のことで、背言性を左右するものとはいえない。

ウ 以上より、Eの反論は成り立たない。

145

【設問3】

1 第2訴訟の被告の確定

150

(1) まず前提として、第2訴訟の被告がEとGのいずれであるかが問題となる。当事者の確定について行動を基準とする見解によれば、本件では出頭していたGが被告であり、したがって訴訟行為は当然に有効となるとの論議もありうるからである。

(2) この点、訴訟当事者が誰であるかは、訴訟要件の判断から訴訟行為の規律、判決効の範囲に至るまで、訴訟全体を左右する重要なものであるから、その判断は訴訟当初から明確にされる必要がある。よって、行動を基準で当事者を確定する見解は、いかなる行動をもって当事者と見るかが不明確であって、支持できない。

155

上記要請からは、訴状に表示された当事者名及び訴訟係争の事実などから外形的客観的に被告を判断すべきと考える。これによれば、本件では被告は「E」と表示されており、訴訟物も土地・建物所有権Eに対する損害賠償請求権であるから、被告はEといえる。

(3) したがって、被告であるEが出頭していたGのした訴訟行為は無権代理であり、原則として無効とされることになる。

2 訴訟代理の認められるか

160

(1) もっとも、本件では、EがGに対して「訴訟を」任せる」と述べている。ここから、訴訟についてGに代理権を付与されたものとして、Gの訴訟行為は有効とされないか。

165

(2) この点、訴訟については弁護士以外の代理は原則として禁止され（民訴法54条1項）、訴訟言も禁止されている（言法11条）ことから、Eが弁護士でないGに対して訴訟行為の代理権を付与することはできない。よって、Gの訴訟行為を有権代理として有効と認めることはできない。

3 民法109条の表見代理の成否

170

(1) しかし、QはEの命を受けて出頭したGの訴訟行為を信頼し、これを前提として訴訟を進行している。このような場合に、民法109条の表見代理よりQを保護する余地がある。GはEに訴訟を委ねられ、それに基づき出頭して本人Eの氏名を記載して（署名代理）行動したから代理権表示があったと解しうるし、QはGが無権代理をしていたことを知らなかったから、民法109条の要件充足が認めうる。では、訴訟行為に民法109条の類推適用があるか。

175

(2) この点、訴訟を他人に委ねた本人よりも、相手の行為を信用して訴訟を冒した者の方が保護されるべきであることや、無権代理として従前の訴訟行為を無効とすることは甚だ重ねた手続をふいやすることによって訴訟の安定を害することから、民法109条の類推適用を認める見解もありうる。

180

しかし、訴訟行為については、本人の裁判を受ける権利（憲法32条）が問題となっており、これを軽視するべきではない。特に、本件のような私人間の訴訟委任については、不実の登記に基づく表見代表取締役の訴訟行為のように、登記等で公示された権利に基づくものと異なり、そもそも訴訟代理権付与の外觀がなく、表見代理の基礎が乏しい。それにもかかわらず表見代理を認めることは、上で見た弁護士代理原則や訴訟言禁止上の趣旨にも反する。

そして、訴訟の安定という点からしても、相手方が表見代理の主張を認める場合、相手方は従前の訴訟経過が不利である場合には表見代理を主張せずやり直しを求め、有利な場合には表見代理による有効を主張するという選択が可能となるが、これら訴訟手続の効果が確定

- しない点で安定を著しく害するし、また相手方を不当に利することになる。
- (3) よって、民法109条の類推適用を認めるべきではないから、Gの訴訟行為は無効と考えられる。
- 4 信義則による無効主張の制限の可否
- (1) では、Gに一旦訴訟を委ねたEがGの訴訟行為を否定することが信義則（民法2条）に反するとして制限され、無効を主張できなくなると解する余地はない。
- この点、そのような余地も完全に否定されることはないが、前記で見た本人保護や弁護士代理原則等の規定の存在からは、信義則により訴訟行為の無効代理が有効と認められる要件については厳格に解されなければならない。具体的に、訴訟行為を他人にさせることについて本人が積極的に関与し、相手方に信用を生ぜしめたといえ、かつ無効代理に基づく無効を認めることによって本人が不当に利益を得るといふ事情が認められれば、信義則上無効を主張できなくなると解する。
- (2) これを本件について見るに、EはGの申出に対して「任せる」と発言はしているが、この時点で弁護士もついておらず、Gに訴訟を任せることの意味なども十分理解していないと見えるから、積極的にGの無効代理を望んだものとは解されない。Gは単なる同居人であって、本件訴訟で利害を有する者ではないし、無効代理が明らかになった後の第5回弁論期日では、Eは弁護士をつけた上でGの行為の無効を主張しているのであるから、EがGに訴訟をさせる積極的意思は見出せない。その他、EがGの代理権の有効性を作出するため働きかけた事情もない。
- また、本件でGの訴訟行為の無効を認めることで、Eが不当に利益を得るといふ事情も、本件からは見出せない。
- (3) 以上より、本件でEが信義則上Gの訴訟行為の無効を主張できないと解すべき事情は見当たらないから、Gの訴訟行為は無効であり、その効果がEに及ぶことはない。

【問題4】 1 小問1)について

- (1) 法律構成①の検討
- ア 長所
- ①構成の最大の長所は、それが②構成と比べて原則の意思に沿う自然なものであるということである。通常、原告が自認部分についてわざわざ放棄という形で不利な結果を認めることは考え難い。例えば、1500万円の自認があった場合に、裁判所が1000万円の債務の存在を認めたという場合、②構成では1500万円の債務の存在につき既判力が生じてしまうが、500万円部分についてわざわざ不利な結果が生じることは原告の意思に反する。これに対して、①構成では、この場合に1000万円の債務の存在のみ既判力が生じ、存在がなかったとされる500万円については確定されない。よって、こちらの方が法律構成としてより自然である。
- また、①構成は、既判力を説明するにあたって判決の効力であるとする点で、後述するように放棄による制限的既判力という不完全な効力しか認められない②構成より紛争解決力が高い。
- イ 短所
- ①構成の短所は、長所の裏返しとして、それが②構成と比べて被告に不利であるということである。被告としては、自認部分について過剰な結果が生じるほうが望ましいことはいうまでもない。
- また、①構成は、むしろ一部請求によって説明を試みているが、これは一部請求につき原告の明示の意思表示を求める判例理論に反する。判例では、一部請求が相手方の期待を害しうることから、その明示を求めるものであり、そこでは支持すべき理由があるから、この点への配慮を欠くことは問題がある。さらに、一部請求の場合は訴訟物も請求した一部で限定されるところ、①構成訴訟物が債務全体であると説明しており、この点で

も問題がある。

② 法律構成②の検討

ア 長所

一方、②構成では、訴訟物が債務全体であることを前提とし、自認の一部放棄であるとして説明することにより、訴訟物についての前記の難点を免れることができる長所がある。

また、自認部分について確定が保証されることで、被告にとって有利であり、その部分について直接審理する必要がないので裁判所の負担が軽減されるという利点もある。

イ 短所

しかし、②構成については、自認部分について生じる効果を請求の放棄（266条）で説明することから、その効果が既判力に比べて限定的であるという問題がある。すなわち、請求の放棄も確定判決と同一の効力を有すると定められているか（267条）、放棄が当事者の意思表示に基礎を置く訴訟行為であり、判決と同視することはできないから、意思表示の瑕疵に基づく無効の主張を認めるという制限が既判力から生じないと解される。よって、②構成で自認部分を確定したとしても、原告は自認部分で審理等があったとして再度争うことが可能となり、紛争が根本的に解決されない。

そして何より、②構成は自認部分を請求と同時に一部放棄させたとして説明するが、これは原告の通常の意味ではなく、266条1項が「既判論等の期日」に独立した手続として放棄を定めていることとの関係で不自然である。以上を要するに、②構成で訴訟物が全体であることの説明について①構成より秀でるが、法律構成そのものの説明で問題が残ることになる。

2 小問②について

- (1) 本問では、債務の不存在を前提とする抵当権設定登記抹消請求に対して、債務500万円の存在を前提とした、500万円の支払と抵当権設定登記抹消の引換条件判決を下すことが、原

告の申立事項を超えて判決する246条違反となるか問題となる。

- (2) そこでまず前提として、第3訴訟の訴訟物について検討する。この点私は、一部存在を自認した上での債務不存在確認請求の訴訟物は、自認部分を超える部分の債務の存否のことであると解する。自認部分について原告がわざわざ不利な判決効を及ぼされることを望むことは考えられないから、自認は単に審理対象の特定のためされていると解するのが原告の意思に沿うからである。

- (3) 以上によれば、第3訴訟で全債務判決される場合、その既判力は引換条件である債務1500万円の不存在であることについて生じる。

これに対して、本問のような引換条件判決では、その既判力は原告の500万円支払義務とそれと引換えにする抵当権設定登記請求権の存否について生じる。これを全債務判決と比較すると、1500万円の債務不存在と500万円の支払義務では、現実の支払義務が生じる点で引換条件判決が原告に不利であるが、その反面として引換条件判決で抵当権設定登記請求権が可能になるという点で原告の意思に沿うものとなっている。また、債務の額についても原告が争っていた1500万円より小さいこと、抵当権抹消の要求に対して被担保価値の残存に基づく支払命令が出ることは審理対象で予測可能であることから、判決が原告の予想した範囲内であるともいえる。

- (4) 以上より、本問の判決は、原告の申し立てた範囲内でされるものといえるから、246条に反せず許される。

設問5]

- 1 本件でAがした遺言は、Eが相続人であることを前提として、CとEの相続分について定めたものであるから、Eが相続人でない場合には効果を生じない。しかるに、本件ではEは認知相続をされていぬから、認知準正（民法789条）が生じることはなく、EはAの子ではないが、Eは遺言により相続することはない。

2 よって、Aの債務はCが単独で相続し、HはCに対して全額を請求することとなる。

以 上

280

285

290

295

300

305

310

315

325

330

335

340

345

350

355

360

365

民事系第2問 合格者C再現答案

設問1について

まず事実①について金額に限度のない代理権を授与したという主張に対して法律上の意義は有するか。

5 事実①はCがこれまでの交渉を熟知し、これまでの交渉によって合意した筋で取引する権限を有することを内容とするものである。

10 そしてこれまでのAF間の交渉で、FがAに1500万円を融資することでほぼまとまっており、次の交渉で正式な書類を整えるという事務处理的な手続きを行うことで合意している。

15 とするならば事実①はCが1500万円の融資についての事務手続きを行う権限を有することを内容とするものというべきだから、金額に限度のない代理権を授与したということを内容とするものではなく、上述の主張に対して何らの法律上の意義は有しない。

では金額の限度を1500万円とする代理権を授与したとの主張に対しては、事実①は法律上の意義は有するか。

この点前述のような事実①の意味内容から代理権の存在を基礎づけるようにも思える。

20 しかし代理権授与契約は本人と代理人との間でなされるものであり、相手方に対して代理人に代理権を授与した事実を表明しても何らの法律上の効果は生じない。

したがって、事実①はかかる主張との関係でも、代理権の存

25 在を基礎づける主張としては何の法律上の意義も有しない。もっとも事実①はCの代理権の存在を推認させるものではあるから、かかる主張事実の存在を推認させる間接事実としての限度では法律上の意義はあると言える。

30 事実②は金額の限度を無限定とする代理権及び1500万円を限度とする代理権が存在とするいずれの主張との関係でも何らの法律上の意義を有しない。

35 なぜなら、本問におけるFの主張はいずれも有権代理に関するものであるからその争点はまさにCの代理権の存在であるところ、事実②はFが調査確認義務を履行しようとしたがそれがやむを得ない事情によってなすことができなかったことを示すもので、これは表見代理における正当の理由を基礎づけるものにすぎず、本問におけるFの主張としては無関係だからである。

設問2について

1 (1)について

40 Fの損害をどのようにとらえるかの前提としてまず留意すべき事項を想定される反論とともに検討する。

まずFの主張に対して、そもそも抵当権者は、所有権者の有する不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）に物上代位（372条、304条1項）しうる以上、抵当権者固有の損害賠償請求権は有しないと反論することが考えられる。

45 しかし、物上代位には差し押さえという面倒な手続きを要するし、抵当権とは目的物の交換価値を把握するための権利であ

り目的物の交換価値を害するような行為は抵当権侵害を観念しうるからかかる反論は失当である。

50 次に損害の算定期間についてであるが、抵当権を実行していなくとも弁済期が到来していれば、未弁済額が確定し損害を算定しうるから、かかる時点を基準時とすべきである。

これについて、本問ではいまだ1回目の弁済期である平成20年3月15日すら到来していないとして、損害賠償請求は認められないと反論することが考えられる。

55 しかし確定的に抵当権を取得するためには債務者たるAの抵当権設定登記への協力が不可欠であり、登記官からの補正要求に迅速に応じるべきであるにもかかわらず、これをせず、Eに抵当目的物を贈与しておりAの確定的な抵当権への取得に支障を及ぼしうるような行動をしているから、これは137条3号に該当するものであり、期限の利益を失うからすでに被担保債権は弁済期にあり、反論は失当である。

60 以上から抵当目的物を取り壊すのは目的物の交換価値を侵害する恐れのある行為であるから抵当権侵害が認められ、これによってFに損害が生じている場合には不法行為に基づく損害賠償請求は認められる。なおこの時、Fは甲乙についても抵当権を有しているから、かかる抵当権によっても十分弁済を受けられるような場合には損害がない。すなわち丙に対する抵当権が消滅することによって弁済を受けられなくなった範囲でのみ損害が認められるにすぎない。

70 2 (2) について

本問におけるEの反論に対してFは、Eは不法行為者であり177条の「第三者」にあたらないと再反論することが考えられる。

75 思うに、EはAから抵当権の負担付きの不動産を取得したに過ぎず、それを壊し抵当権を消滅させるのは、単なる不法行為者であり、登記の欠缺を主張するに正当な利益を有する第三者にあたらないから「第三者」にあたらないのが原則である。

80 もっとも本問では、丙建物について抵当権設定登記の具備を怠っているから、権利外観法理(94条2項類推適用)によって抵当権の負担のない完全な所有権を取得しないかが問題となるも、EはAがFから金銭を借り入れた事情や、その担保として丙建物についても抵当権を設定していること、それについていまだに登記がなされていないことについて悪意であるから認められない。

85 したがって、Fの再反論が妥当であり、Eの反論は認められない。

設問3について

Gの訴訟行為がEに及ぶかを検討する前提として、第2訴訟における当事者たる被告を誰と解するか問題となる。

90 当事者が誰であるかは、訴訟を巡る種々の事項を決定する上で極めて重要で訴え提起の当初から明確な基準で明らかにされる必要がある。

95

したがって、訴え提起の当初から存在する訴状の記載を基準として、請求の趣旨や訴訟物から合理的に解釈して判断する。

これを本問についてみると、訴状にはEを被告としており、請求の趣旨や請求原因はEの不法行為に関するものであるから、これらの記載を合理的に解釈すれば被告はEでありGは当事者とはならない。

100

そこでGの行為がEに及ぶには、有効な代理権があり、代理人たる地位を有する必要がある。

この点GはE本人から裁判を任せるとされており、有効な代理権があるようにも思える。

105

しかし弁護士でないGに訴訟の代理権をゆだねるは三百代言の暗躍による依頼者が害されるのを防止するための弁護士代理の原則(民事訴訟法541項本文)に反するから代理人たる地位は認められないのが原則である。

もっとも、常に認められないとするのは妥当でないからかかる趣旨に反さず、合理的理由があるならば例外的に弁護士でなくとも代理人になりうると解する。

110

これを本問についてみると、GはEの幼馴染でありEを不当に害するような訴訟行為をするとは思えず弊害が生ずるとは必ずしも言えない。

しかし、Gは丙建物について何らの法律上の利害関係を有しておらず、何らの法的知識も有しないGに弁護人たる地位を認める合理的理由はない。

120

したがってGの行為は無効でありEにはその効力は及ばない。

もっともこのように解するとFに酷であり不当であるようにも思える。

しかし、これについては訴訟費用をEに負担させたり(62条)、不法行為に基づく損害賠償(民法709条)を認めることによって一定程度の救済を図りうるから必ずしも不当でない。なお、取引の安全に関する規定である表見代理を訴訟行為に適用することはできないから、これによって瑕疵の治癒を図ることはできない。

第4 設問4について

1 小問(1)

125

法律構成①は審判対象を元本返還債務全体と解し、既判力を生じさせるものだから、紛争の一举抜本的解決に資するという長所がある。

これに対して、原告としては自認額についてはとりあえず争わず、それを超える部分について裁判所に判断してもらいたいと考えるのが通常であり、これを自認額についてまで審判対象に含めてしまうのでは原告の合理的意思に反し、訴訟活動の自由を確保するために既判力の発生を判決主文中の判断に限定した114条1項の趣旨にも反するという短所がある。

130

前述のように自認額についてまで、審判対象に含めるのは妥当でないが、自認している以上争いがないのであるから、これ

を放棄と扱うのは原告の意思に反するとは言えない。

140 よって既判力の発生を限定しつつ、当事者の意思に基づく私
的紛争の解決を図ることが可能となるという長所がある。

法律構成②の短所としては、放棄に既判力が認められるかと
関連して問題となる。

145 この点放棄には「確定判決と同一の効力」(267条)が認めら
れる以上既判力が認められるようにも思える。

しかし、放棄は当事者の意思に基づくものであるからその意
思に瑕疵がある場合にはそれを争う機会を確保すべきである
し、裁判所の関与が必ずしも十分とはいえない放棄に既判力を
150 認めるのでは国民の裁判を受ける権利を不当に制約し妥当で
ない。

よって放棄に既判力は認められず、紛争むし返しの恐れが必
ずしも紛争の永続的確定という見地から難があるという短所が
ある。

155 このようにいずれの法律構成も一長一短ではあるが、①はあ
まりにも原告の意思に反するのに対して、②の短所については、
場合によっては信義則(2条)によって封じることが出来る場合
もあるから法律構成②を選択するのが妥当と解する。

2 小問(2)

160 全部棄却判決が下された場合、抵当権設定登記抹消登記手続
き請求権の不存在について既判力が生じるのに対して、引換給

付判決が下されると、抵当権設定登記抹消登記手続き請求権の
存在について既判力が生じ、また弁済と引き換えにという部分
についても既判力に準じる効力が生じる。

165 とするならば紛争の実態に応じた解決としては引換給付判決
が適切であるようにも思える。

しかし、通常引換給付判決がなされるのは、原告が請求原因
事実をすべて立証したのに対して、被告が留置権などの権利
抗弁を主張したからである。

170 本問では弁済と引き換えにという心証を裁判所が抱いたのは
原告が弁済という請求原因事実の立証に失敗したからにすぎな
いのであり、本来ならば棄却判決が下されるべきものである。

にもかかわらず引換給付判決という原告の一部勝訴判決が下
されるのは被告にとって酷であるし、原告としても自己の立証
175 が失敗した以上全部棄却とされてもやむを得ない。

よって、本問において引換給付判決を下すことはできない。
設問5について

C EがHに対して元本支払い義務を負うかを検討する前提と
して、EがAの嫡出子たる地位を取得するかを検討する。

180 まずAはEの母と婚姻しているから、EはAの子にあたる。
そしてさらに嫡出子たる地位を取得するにはAによる認知が必要
である。

この点Aは認知に必要な書類に必要な記載事項を全て記載し
Eに手渡ししており、また成人たるEも認知について承諾してい

185 るから(民法782条)実質的には認知の要件を満たし認知が認められるようにも思える。

しかし認知は要式行為であるところ(781条1項)、Eは認知届けの提出を失念しており適式な手続きを経ていないから認知は認められず嫡出子たる地位は取得しない。

190 C EはいずれもAの子であり、相続人たる地位を有するところ、Aの自筆証書遺言は法定相続分(900条4号)にも合致するもので遺産分割方法の指定としての効力が認められる。

とするならば金銭債務は可分であるからその割合に従ってHに対して元本支払い義務を負うようにも思える。

195 しかし、そのように解すると相続という偶然の事情によって、債権者に面倒な分割債権としての負担を負わせることになり妥当でないし、相続人としては相続分を超える部分については、他の相続人に対して求償しうるし、そもそもそのような負担を嫌うならば放棄をすることも可能である以上相続人にとっても不都合はない。

200 以上からC EはHに対して全額の600万円について支払い義務を負い、一種の不真正連帯債務となる。

以上

205

210

215

220

225

230

235

240

245

250

255

260

265

270

275

民事系第2問 不合格者D再現答案

第一 設問 1

1 第1訴訟では、AはFに対して1500万円を超えては債務が存在しないことの確認を求めている。訴状の請求の趣旨及び原因から、債務の上限は2000万円であるとわかるので、第1訴訟の訴訟物は、500万円の債務の不存在の確認である。

2 事実①について

とすると、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（以下、「主張1」という。）は、Fの有権代理の抗弁に関する代理権授与を主張するものである。そして、事実①のうち「後はCとの間でよろしく進めてほしい」という部分は、AがCに金額の限度のない借入の代理権を授与したことを導くので、事実□は、Fの有権代理の抗弁に関する代理権授与を基礎づける間接事実としての法律上の意義を有する。

これに対して、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（以下、「主張2」という。）は、Fの表見代理の抗弁に関する基本代理権の授与を主張するものである。そして、事実①のうち、「Cには交渉の経緯を話しており、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」という部分は、平成19年3月1日にAF間でFがAに1500万円を融資する旨まとまったことを前提に、必要な手続のみCに代理権を授与したということを導く。よって、事実□は、主張2の基本代理権の授与を基礎づける間

接事実としての法律上の意義を有する。

3 事実②について

事実②は、Fの表見代理の抗弁においてFの無過失を基礎づける評価根拠事実である。すなわち、無過失は規範的要件なので評価根拠事実を主張・立証する必要がある。そして、事実②は、Cが金額の限度のない借入れの代理権を有するとFが信じるにつき過失がなかったことを基礎づけるので、無過失を評価づける評価根拠事実である。よって、事実②は、主張2の表見代理の抗弁に関して無過失を基礎づける評価根拠事実としての法律上の意義を有する。そして、主張1の有権代理の抗弁に関しては何の意義も有さない。

第二 設問 2

1 (1)Fの損害について

Fは、Eに対して抵当権の侵害による不法行為に基づく損害賠償を請求している。損害をどのようにとらえるべきか。

(1) これに対して、Eは、被担保債権の弁済期は平成22年3月15日であり未到来なので、損害は生じていないと反論することが想定される。認められるか。

この点、抵当権は、目的物の交換価値を把握するものである。とすると、実行前で弁済期が未到来であっても、交換価値が失われた以上、抵当権に対する侵害があったといえる。よって、被担保債権の弁済期が未到来の間も、抵当権の目的物が壊された場合は抵当権が侵害され損害が生じていると考える。

50

本件では、弁済期たる平成 22 年 3 月 15 日が未到来であっても、丙建物が壊されている以上、F の把握する交換価値が失われている。よって、抵当権の侵害があり損害が生じているので、E の反論は認められない。

(2) また、E は、F は丙建物の他に甲土地にも抵当権の設定を受けており、甲土地によって被担保債権が担保されているので F に損害が生じないと反論することも想定される。認められるか。

55

この点、複数の不動産に共同抵当を受けた抵当権者は、どの不動産についても抵当権を実行でき、実行の順番は拘束されない。よって、共同抵当の目的物のうちいずれかが侵害された場合は、それだけで抵当権者の把握していた交換価値が失われたといえ、被担保債権の額が他の抵当不動産により担保されていたとしても、損害が生じていると考える。

60

本件では、F は丙建物の他に甲土地にも抵当権設定を受けている。しかし、たとえ甲土地だけで被担保債権全額が担保される場合であっても、F が丙建物について把握していた交換価値が失われた以上、損害が生じていると考える。

65

(3) 以上より、F の損害は、丙建物が取り壊されたことにより F が失った交換価値として丙建物の取り壊した当時の時価相当額ととらえるべきである。

2 (2)E の反論について

E の反論は、E は「第三者」(民法 177 条)にあたるので、F

70

は登記なくして E に対抗できないというものである。認められるか。

この点、「第三者」とは、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない第三者である。そして、単なる悪意者にとどまらず自由競争を逸脱する背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しないといえ、「第三者」にあたらない。

75

本件では、E は A から丙建物を贈与されている。そして、贈与を受けるに際して E は丙建物に F のための抵当権が設定されていること及び抵当権の登記がなされていないことを知っていた。しかし、E が丙建物を取り壊したのは丙建物の跡地に自分の住居を建築することができると考えたからであり、F の登記の欠缺を主張して暴利をむさぼろうとする意図はない。よって、E は背信的悪意者であるとまではいえず、「第三者」にあたる。従って、E の反論が認められる。

80

第三 設問 3

85

1 第 2 訴訟における当事者は E と G いずれか。

この点、訴訟提起の段階では訴状しか判断資料がないこと、基準として明確であることから、訴状の記載を基準として判断する。もっとも、具体的妥当性をはかるため、当事者欄の記載のみならず、請求の趣旨・原因といった訴状の一切の記載を資料として判断する。

90

本件では、訴状には「被告 E」と記載されていた。また、第 2 訴訟は、F が丙建物を取り壊した E に対して抵当権侵害によ

る不法行為に基づく損害賠償を請求している訴訟である。よって、被告は E である。

- 95 2 とすると、当事者でない G の訴訟行為は E に及ばないのが原則である。もっとも、明文なき任意的訴訟担当として G の訴訟行為を E に及ぼすことができないか。

100 明文なき任意的訴訟担当を認めると、三百代言を防止し当事者の利益を守ろうとした民事訴訟法 54 条 1 項本文の趣旨が没却されてしまう。そこで、①合理的必要があり、②同条の潜脱と

105 ならない場合にのみ、明文なき任意的訴訟担当を認める。
本件では、①G は E とアパートを借りて共同生活をしており、E が丙建物の跡地に新居を建築したらそこで共同生活を続けられるという利益しか有しないので、合理的必要があるとはいえない。また、②E は後に弁護士 R を選任しており弁護士を選任できない事情もなかったのに何ら弁護士資格のない G に訴訟追行を任せており、54 条 1 項本文の潜脱となる。よって、明文なき任意的訴訟担当は認められず、G の訴訟行為を E に及ぼすことはできない。

- 110 3 もっとも、E が弁護士 R を選任した後に G の訴訟行為を追認すれば 34 条 2 項の類推適用によって G の訴訟行為が E に及ぶ。なぜなら、弁護士 R を選任した上で改めて E が追認した場合には、三百代言により E の利益が害されることもなく 54 条 1 項本文の趣旨に反しないからである。

第四 設問 4

1 (1)について

(1) 法律構成①について

法律構成①は、第 1 訴訟の訴訟物は元本債務の全体であって、「平成 20 年 4 月 11 日の時点で元本債務は 1500 万円であった」ことが既判力によって確定されとする。

120 この構成は、後述の法律構成②のように民法の意思表示規定の適用により既判力が覆される可能性がないので法的安定性に優れる点が長所である。もっとも、債務がいくらあるかについては確定したくないという原告の意思を尊重できない点で処分権主義（246 条）を貫徹できず、この点が短所である。

(2) 法律構成②について

125 法律構成②は、「平成 20 年 4 月 11 日の時点で元本債務は 1500 万円であった」ことは請求の一部放棄の既判力（267 条）により確定されとする。

130 この構成は、1500 万円の存在について生じる既判力を請求の一部放棄と構成し理由づけられる点において優れており、この点が長所である。しかし、構成①と同様に、債務がいくらあるかについては確定したくないという原告の意思を尊重できない点で処分権主義（246 条）を貫徹できず、この点が短所である。また、請求の放棄に民法の意思表示規定の適用があると考えた場合、本件においては A が錯誤により放棄の無効を主張し既判力が覆される可能性があるが、これは法的

140

安定性を欠くので、この点が短所である。もっとも、法的安定性が強く要請される訴訟においては取引安全を守るための意思表示規定は適用されないと考えれば、この点は短所とはならない。

2 (2)について

145

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。

150

この点、第 2 訴訟では F は A に対して 500 万円の支払を求めておらず、この場合に引換給付判決をすることは処分権主義(246 条)に反するとも思える。そして、処分権主義を貫徹するならば、F が 500 万円の支払を求めている以上、全部棄却するべきとも思える。しかしこの場合、A は弁済した後に改めて抵当権抹消を求めることになり迂遠である。また、F としても引換給付判決によって抵当権が消えてしまうものの、有する債権の弁済を受けられるので、不利益はなく不意打ち防止という処分権主義の趣旨は没却されない。よって、裁判所は引換給付判決をできると考える。

155

第五 設問 5

1 C 及び E は H に対し元本の支払い義務を負うか。

160

まず、A は平成 20 年 4 月 6 日付けの遺言をしているものの、平成 22 年 1 月 12 日に E を認知している。この認知は E を子として認め、C と E に 2 分の 1 ずつ相続させるとの趣旨と考えら

れる。そして、もし認知が有効であれば遺言が後の認知により変更されることになるので、認知の効力が問題となる。

165

この点、認知は届出を必要としており(民法 781 条 1 項)、届出がない場合は無効とも思える。しかし、認知は自らの子として認めるという個人の身分関係に関わるものなので、認知者の意思が重視されるべきである。よって、届出がなされていなくとも、認知者の意思表示があれば有効と考える。

170

本件では、A が E を認知する意思表示をした以上、認知は有効である。よって、E は A の子である。

2 よって、認知により遺言が変更され、C と E は A の権利義務を 2 分の 1 ずつ相続する。よって、H に対する債務も E と A に 2 分の 1 ずつ相続されるので、C 及び E は H に対し 300 万円の元本支払い義務を負う。

175

なお、仮に認知により遺言が変更されなかったとした場合、遺言によって C は 2、E は 1 とする割合で A の権利義務を承継する。よって、この場合は、H に対する債務も C が 2、E が 1 の割合で承継するので、C が 400 万円、E が 200 万円の元本支払い義務を負う。

180

<参考データ>

京都大学	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	129	112	87		67.4%
H19	211	192	135		63.9%
H20	241	198	100		41.4%
H21	288	236	145		50.3%
H22	277	236	135		48.7%

慶應義塾大学	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	164	138	104		63.4%
H19	271	237	173		63.8%
H20	292	257	165		56.5%
H21	317	266	147		46.3%
H22	355	310	179		50.4%

東京大学	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	170	143	120		70.5%
H19	304	258	178		58.5%
H20	366	312	200		54.6%
H21	389	333	216		55.5%
H22	411	356	201		48.9%

中央大学	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	239	212	131		54.8%
H19	292	254	153		52.3%
H20	352	312	196		55.6%
H21	373	292	162		43.4%
H22	439	377	189		43.0%

早稲田大学	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	19	17	12		63.1%
H19	223	175	115		51.5%
H20	345	242	130		37.6%
H21	380	266	124		32.6%
H22	397	291	130		32.7%

一橋大学	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	53	51	44		83.0%
H19	96	85	61		63.5%
H20	127	109	78		61.4%
H21	132	113	83		62.8%
H22	138	116	69		50.0%

全体	受験者数	短答式合格者	最終合格者		対受験者
H18	2091	1684	1009		48.2%
H19	4607	3479	1851		40.1%
H20	6261	4654	2065		32.9%
H21	7392	5055	2043		27.6%
H22	8163	5773	2074		25.4%