

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-801-12

講 座	司法試験講座		
目標年	2011年合格目標 予備試験	セミナー	④論文式本試験分析会 総論・民事系
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	2011年 7月 30日			
講師名	総論：羽広政男先生 民事系：有本真由先生	内 訳	板書 枚数	0枚 ※レポート 含まず
			補助レジュメ 枚数	27枚
			その他 ()	0枚

授業構成			
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	●レジュメ (27枚)		
	●		
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			

平成23年司法試験予備試験 「論文式本試験分析会」

第1日目

総論・民事系(民法・商法・民事訴訟法)

TAC  セミナー

平成 23 年司法試験予備試験・論文式本試験分析会
第 1 日目 総論，民事系（民法・商法・民事訴訟法）

目次

総論	1
民法	
問題文	3
参考答案	5
論点・コメント	7
商法	
問題文	9
参考答案	11
論点・コメント	13
民事訴訟法	
問題文	15
参考答案	17
論点・コメント	19
平成 23 年度 論文式答練・模試	
ズバリ・的中一覧表&サンプル	21

第1回予備試験・論文式本試験分析会 総論

担当：羽広政男

憲法

- ① 求められている答案 具体的事案に即して主張を考える。
- ② 「ルールの合憲性」と「具体的行為の合憲性」を考える。
- ③ 目的を実現するためには、何を攻撃したらよいかを考える。
- ④ 人権に付随した論点も問われる。
- ⑤ 科目内融合 なぜ、「不合格処分を攻撃」（不合格処分取消訴訟）してもだめなのか。

行政法

- ① 行政救済の基本ルートは、処分取消訴訟及び執行停止申立てである。
- ② 「処分」は、「公権力性（強制性）」及び「直接法効果性」を要素とするところ、それぞれについて、「法の仕組み」に照らして、判断する。その際、「権力的事実行為」も「処分」であることとの関係は、答案作成に当たって悩ましい。

民法

最判昭和40年11月19日を踏まえて検討する。他人物売買の場合、買主が所有権を取得する時期は、売主が所有者からその物件の所有権を取得する時点である。これを踏まえると、他人物賃貸借の場合、買主が処分権者から賃借権を取得する時期は、売主が所有者からその物件の所有権を取得した時点となる。

商法

株主総会決議取消しの訴えの場合、「招集の手続又は決議の方法が法令又は定款に違反するとき」は、裁量棄却を検討する。その際、「違反する事実の重大性」と「決議への影響」は、「かつ」で結ばれている点及び株式数は「決議への影響」にかかるので「事実の重大性」は株式数以外の問題であることを示すことが肝要である。

刑法

甲の乙に対する行為につき、分析的にみると「2個の行為」を、全体的考察のもとに「一連一体の行為」とみることができるか否かが問題である。すなわち、「乙の首を両手で絞め付ける行為」と「ライターで点火する行為」を「一つの行為」と考えると、「一酸化中毒死」という死の結果は、「過失行為」に帰責するのではなく、「故意行為（殺人行為）」に帰責することができる。そこで、「一つの行為」と考えることができるか否かにつき、考慮事情を示したうえで、丁寧に分析することが肝要である。

刑事訴訟法

- ① 解釈をすること。憲法第35条第1項は、「令状に、搜索する場所及び押収する物を明示することを要求するにとどまり、令状が正当な理由に基づいて発せられたことを明示するまでは要求していない」と解釈される（最決昭和33年7月29日）。
- ② したがって、搜索差押許可状に「被疑事実」の「罪名」を「適用法条（罰条）」まで示して記載することは憲法の要求ではない。

- ③ よって、法 219 条 1 項の「罪名」を記載するに当たっては、「適用法条（罰条）」まで示す必要はない。すなわち、「罪名」記載としては、「覚せい剤取締法違反」で足り、「覚せい剤取締法違反第 41 条の 2 第 1 項違反（さらに同項の譲渡罪違反）」とすることを要しない。
- ④ 「差し押さえるべき物」に「覚せい剤」の記載がないという事実を摘示し、その意味づけとして、「所持罪」「譲受罪」を想定しておらず、「譲渡罪」を想定していると分析し、この結果、被疑事実が「譲渡罪」であることを推測できるとして、罰条の記載がなくても捜索差し押さえを受ける者の利益をないがしろにするわけではないと説明できる。

民事訴訟法

- ① 257 条（更正決定）の趣旨から説明する。
- ② 趣旨は、判決の成立自体がいつまでも不安定では事件を解決する機能を果たしえないから。「自縛性」の例外なので、原則は、「判決をした裁判所」によって行う。
- ③ しかし、上訴裁判所は、判決の審査権限を持つので、誤謬を訂正できると解される（最判昭和 32 年 7 月 2 日）。
- ④ 設問に「裁判」とあって「判決」とないのは、「更正決定」は、「決定」という裁判であって、「判決」という裁判ではないからである。

問題

[民法]

Aは、平成20年3月5日、自己の所有する甲土地について税金の滞納による差押えを免れるため、息子Bの承諾を得て、AからBへの甲土地の売買契約を仮装し、売買を原因とするB名義の所有権移転登記をした。次いで、Bは、Aに無断で、甲土地の上に乙建物を建築し、同年11月7日、乙建物についてB名義の保存登記をし、同日から乙建物に居住するようになった。

Bは、自己の経営する会社の業績が悪化したため、その資金を調達するために、平成21年5月23日、乙建物を700万円でCに売却し、C名義の所有権移転登記をするとともに、同日、Cとの間で、甲土地について建物の所有を目的とする賃貸借契約（賃料月額12万円）を締結し、乙建物をCに引き渡した。この賃貸借契約の締結に際して、Cは、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知っていた。

その後、さらに資金を必要としたBは、同年10月9日、甲土地をDに代金1000万円で売却し、D名義の所有権移転登記をした。この売買契約の締結に際して、Dは、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知らず、それを知らないことについて過失もなかった。

同年12月16日、Aが急死し、その唯一の相続人であるBがAの一切の権利義務を相続した。この場合において、Dは、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができるかを論ぜよ。

MEMO

- 1 1 Dが甲土地の所有権を取得する原因について
- 2 (1) Dが、甲土地上の乙建物を所有し甲土地を占有するCに対し、甲土地の所有
- 3 権に基づいてその明渡しを求めるためには、Dが甲土地の所有権を取得してい
- 4 る必要がある。そこで、Dが甲土地の所有権を取得する原因について検討する。
- 5 (2)ア Dは、平成21年10月9日、甲土地について、Aから甲土地を買ったBと売
- 6 買契約を締結している。しかし、AB間の甲土地の売買契約は、Aが税金の
- 7 滞納による差押えを免れるため、Bの承諾を得た上でなされた仮装のもので
- 8 あるから、通謀虚偽表示に当たり、無効である(民法(以下、略)94条1項)。
- 9 したがって、BはAから甲土地の所有権を取得しておらず、DもまたBか
- 10 ら甲土地の所有権を取得したとはいえない。
- 11 イ もっとも、Dは、虚偽表示の目的である甲土地についてBとの間で売買契
- 12 約を締結し、その際、AB間の売買契約が仮装によるものであることにつき
- 13 善意無過失であったから、94条2項にいう「第三者」に当たる。
- 14 ウ したがって、Dは、94条2項に基づき、甲土地の所有権の取得をAに対抗
- 15 することができる。
- 16 (3) よって、Dは、94条2項に基づき、甲土地の所有権を取得したといえる。
- 17 2 BがAを相続する前の、Cの借地権の対抗力取得の有無について
- 18 (1) Dの明渡請求に対し、Cは、甲土地について借地権が存在することを主張す
- 19 ることが考えられる。なぜなら、Cは、平成21年5月23日、Bから借地権の設
- 20 定を受け、同日、甲土地上に自己名義の所有権移転登記がなされた乙建物を所
- 21 有しており、Cの借地権は、BD間の売買契約がなされる前に、借地借家法10
- 22 条1項の対抗要件を具備しているように思われるからである。
- 23 そこで、Cが借地権の存在をDに対抗することができるか、Cの借地権の対
- 24 抗力取得の有無が問題となる。
- 25 (2)ア 確かに、Cは、平成21年5月23日、Bから借地権の設定を受けている。し
- 26 かし、上述のように、AB間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であり、
- 27 Bが甲土地の所有権を取得していない以上、BC間の賃貸借契約がなされた
- 28 時点で、Bは甲土地の処分権限を有していなかった。また、Cは、甲土地に
- 29 ついてのAB間の売買が仮装によるものであることにつき悪意であったか
- 30 ら、「善意の第三者」に当たらず、94条2項により保護されない。
- 31 したがって、BC間の賃貸借契約は、甲土地の処分権限を有しないBがな
- 32 した、いわゆる他人物賃貸借契約である。
- 33 イ このBC間の他人物賃貸借契約は、契約自体としては有効に成立している
- 34 (559条、560条参照)。しかし、他人物賃貸借契約に基づく借地権について、
- 35 借地借家法の定める対抗要件を備えたとしても、対抗力を取得することはで
- 36 きないと解する。なぜなら、他人物の賃借人には賃貸目的物の処分権限がな
- 37 いから、他人物賃貸借契約に基づく借地権には、対抗力を取得すべき実体が
- 38 あるとはいえないからである。
- 39 (3) よって、Cは、借地権の存在をDに対抗することができない。
- 40 3 BがAを相続した場合のBの地位について
- 41 (1) もっとも、本問では、平成21年12月16日にAが死亡し、BがAの一切の権利
- 42 義務を相続しているから、Cは、同日から、BC間の他人物賃貸借契約が自己
- 43 物の賃貸借契約に変化したとの主張をすることも可能である。しかし、この時
- 44 点で自己物の賃貸借契約に変化し、Cの借地権が対抗力を備えたとしても、平

成21年10月9日に既にDが甲土地について登記を備えているから、Cは、借地権の存在をDに対抗することができない。

(2)ア そこで、BがAを相続したことにより、Aが自らCとの間で賃貸借契約を締結したのと同様の法律上の地位を生ずることを理由に、Cは、平成21年5月23日の時点から、自己の借地権が対抗力を有していたと主張することが考えられる。このようなCの主張は認められるか。BがAを相続した場合におけるBの地位をいかに解すべきかとの関係で問題となる。

イ この点、Cが主張するように、他人物の賃貸人が賃借目的物の所有者を相続することにより、他人物賃貸借契約が当然に自己物の賃貸借契約に変化するという考え方があり得る。

しかし、相続により当然に自己物の賃貸借契約に変化すると考えることは、権利者の承諾がなければ貸主に対して担保責任ないし債務不履行責任を追究するほかなかった借主が、相続という偶然的な事実によって本来期待できなかった利益を得られることになり、妥当でない。

そこで、他人物の賃貸人が賃借目的物の所有者を相続した場合、他人物の賃貸人は、他人物の賃貸人としての地位と賃貸目的物の所有者としての地位とを併存的に有すると解すべきである。

ウ 本問で、Aを相続したBは、他人物の賃貸人としての地位と甲土地の所有者Aとしての地位を併存的に有するから、BがAを相続したことにより、Aが自らCとの間で賃貸借契約を締結したのと同様の法律上の地位を生ずることを理由とするCの主張は、認められない。

4 BがAを相続した後の、Cの借地権の対抗力取得の有無について

(1) このように、BがAの地位をも併存的に有するとしても、BがAの立場で、BC間の他人物賃貸借契約の追認を拒絶することは許されない。なぜなら、甲土地の所有権が自己に帰属しないことを認識しつつ、Cとの間で当該契約を締結したBに追認拒絶を許すことは、矛盾挙動禁止の原則（1条2項）に反するからである。

そして、Bが追認を拒絶できないとすれば、Bが追認したのと同様の結果となり、Cの借地権は、平成21年5月23日の時点で、対抗力を取得していたことになりそうである。

(2) しかし、Bが追認をしたのと同様の結果となるとしても、BがAを相続するときまでに登場した第三者の権利を害することは、116条ただし書の趣旨に照らし、許されないと解する。なぜなら、追認までに生じた第三者の権利を不当に害することを防止するという同条ただし書の趣旨は、相続という偶然の結果により、追認したのと同様の結果を生じた場合にも妥当するといえるからである。

(3) 本問でDは、BC間で他人物賃貸借契約が締結された平成21年5月23日と、BがAを相続した同年12月16日までの間に、甲土地を目的物とする売買契約を締結した第三者である。したがって、BがAを相続したとしても、Dの権利を害することは116条ただし書の趣旨に照らし許されず、Cは、借地権の存在をDに対抗できない。

5 以上より、Dは、甲土地上の乙建物を所有し甲土地を占有するCに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができる。

以上

論 点

- 1 他人物質貸借契約に基づく借地権の対抗力取得の有無
- 2 他人物の賃貸人が賃貸目的物の所有者を相続したことが、他人物質貸借契約に与える影響
 - (1) 他人物質貸借契約は、さかのぼって自己物の賃貸借契約に変化するか
 - (2) さかのぼって自己物の賃貸借契約に変化するとした場合、その根拠は何か
 - (3) さかのぼって自己物の賃貸借契約に変化するとした場合、他人物質貸借契約が締結されてから賃貸目的物の所有者が死亡するまでの間に登場した第三者をどう保護するか

コメント

- 1 本問は、「Dは、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができるか」について論ずるように求められています。そこで、まず、Dが甲土地の所有権を取得しているかについて論ずる必要があります。

ここでは、AB間の甲土地に関する売買契約が通謀虚偽表示に当たり無効であること及びDが94条2項の「善意の第三者」として保護されることに触れる必要があります。もっとも、AB間の売買契約が「仮装」のものであることや、このことについてDが善意無過失であることは、問題文から明らかなので、簡単に触れるだけでよいと考えられます。

- 2 Dの請求に対し、Cは、BD間の売買契約締結より前の平成21年5月23日に、Bから借地権（借地借家法2条1号）の設定を受け、対抗要件（同法10条1項）を備えたという主張をすることが考えられます。

このCの主張の可否を考える前提として、まず、BがCと賃貸借契約を締結した際、Bには甲土地の処分権限がなかったこと及びCが94条2項の「善意の第三者」として保護されないことに触れ、BC間の賃貸借契約が他人物質貸借契約であることを論ずる必要があります。

その上で、他人物質貸借契約に基づくCの借地権は対抗力を取得しているのか否か（【論点】1）について論ずる必要があります。

- 3(1) 平成21年5月23日の段階で、Cの借地権が対抗力を取得していないとした場合、Cは、BがAを相続したことを前提とした主張をすることが考えられます【論点2(1)】。
- (2) 具体的には、第1に、他人物売買の売主が売買目的物の所有権を取得した場合、原則として、売主がその目的物の所有権を取得すると同時に、買主がその目的物の所有権を取得するとする判例（最判昭40.11.19）の考え方をを用いる主張です。

この考え方によると、BC間の他人物質貸借契約は、BがAを相続した平成21年12月16日から、自己物の賃貸借契約に変化することになります。しかし、この時点からCの借地権が対抗力を取得したとしても、それより前にDが甲土地について登記を備えている以上、Cは借地権の存在をDに対抗することができません。

- (3) そこで、第2に、Cは、BがAを相続したことにより、BC間の他人物質貸借契約が平成21年5月23日から自己物の賃貸借契約に変化するという主張をすることが考えら

れます。ここでは、Cの主張を支える理論的根拠は何かについて論ずることが必要となります（【論点2(2)】）。理論的根拠としては、無権代理と相続の論点、特に無権代理人が本人を相続した場合に関する判例や学説の考え方（資格融合説、資格併存説等）が参考になると思います。

- 4 BC間の他人物賃貸借契約がさかのぼって自己物の賃貸借契約に変化するとした場合、Cは、借地権の存在をDに対抗することができるように思われます。しかし、DはBC間で賃貸借契約が締結された後、BがAを相続する前に登場した第三者ですから、このようなDを保護することができないかについて検討する必要があります（【論点2(3)】）。Dを保護する理論構成としては、116条ただし書の趣旨や信義則を用いるなど、さまざまなものがあると思われます。
- 5 本問では、いわゆる著名な論点というものが真正面から問われているわけではありません。しかし、他人物売買の売主が売買目的物の所有権を取得した場合の所有権の移転時期に関する昭和40年判例の考え方や、無権代理人が本人を相続した場合に関する判例・学説の考え方など、著名な論点の考え方を他人物賃貸借に応用する問題ということができると思います。

問題

〔商 法〕

次の文章を読んで、〔設問 1〕から〔設問 3〕までに答えよ。

1. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、取締役会及び監査役を置く会社法上の公開会社でない会社であり、かつ、株券発行会社でない会社である。

Y社は、昭和59年に設立された会社であり、その発行済株式総数は1000株で、A及びAの弟であるBがそれぞれ400株を、Aの長男C及びAの妻Dがそれぞれ100株を有していた。Y社の取締役にはA、B及びCの3人が、代表取締役にはAが、監査役にはDがそれぞれ就任している。

2. AとBは、平成16年頃から、Y社の経営方針についての考え方の違いが生じたため、互いに話をしなくなり、Bは、その頃から、Y社の取締役会に全く出席しなくなった。

3. Bは、平成23年1月頃、自らの有するY社の全ての株式を処分しようと考え、知人が経営するY社と同業のX株式会社（以下「X社」という。）に対してY社の株式の買取りを打診し、X社の承諾を得た。

そこで、Bは、X社に対し、「譲渡等承認請求に関する一切の件をX社に委任する」という内容の委任状（以下「譲渡等承認委任状」という。）及び「株主名簿の名義書換請求に関する一切の件をX社に委任する」という内容の委任状（以下「名義書換委任状」という。）を交付した。

4. X社は、同年3月15日、Y社に対し、譲渡等承認委任状を添付して、X社がBからY社の株式400株を取得した旨及び取得についての承認を求める旨の通知をした（以下この通知による請求を「本件譲渡等承認請求」という。）。

なお、本件譲渡等承認請求においては、Y社又は指定買取人による買取りについては、請求がされなかった。

5. Aは、同月25日、Y社の取締役会を開催した。この取締役会には、A及びCが出席したが、Aも、Cも、X社が株主となることを警戒し、取締役会は、X社の株式の取得を承認しない旨を決定する決議をした。

なお、この取締役会の招集通知は、Bに対し、発せられなかった。

6. X社は、Y社から本件譲渡等承認請求に対する取締役会の決定の内容についての通知を受けなかったため、同年4月30日、Bに対して株式の譲渡代金を支払うとともに、Y社に対し、名義書換委任状を添付して、株主名簿の名義をBからX社に書き換えるように通知して請求した。

7. 同年5月2日、Y社は、X社に対し、X社の株式の取得について取締役会で承認しない旨を決定したために名義書換請求に応ずることはできない旨を回答し、併せて、Aは、Bに対し、Bの有するY社の株式をAが買い取る旨を提案した。

そこで、Bは、X社に対して受領した譲渡代金の返還を申し出た上でAの提案に応じようと考えたが、X社から拒絶されたため、Aの提案に応ずることができなかった。

8. Y社は、同年6月、取締役会決議に基づき、A、B、C及びDに対して定時株主総会の招集通知を発送し、A、B、C及びDが出席した定時株主総会において、この定時株主総会の終結の時に任期が満了するA、B及びCを取締役に選任する旨の取締役選任議

案を決議した。

なお、Y社は、定時株主総会に関し、定款に基準日に係る規定を置いておらず、また、基準日に係る公告もしていない。

〔設問１〕

平成２３年３月２５日に開催された本件譲渡等承認請求に係るY社の取締役会の決議の効力について論ぜよ。

〔設問２〕

Y社の定時株主総会の決議に関し、X社は、その効力を争うことができるか。

〔設問３〕

仮に、BがAからの提案（上記７の提案）に応じてY社の株式４００株をAに譲渡し、代金を受領し、Y社がAの株式の取得を取締役会で承認するとともに、定時株主総会の招集通知の発送前までにA及びBの求めに応じてBからAに株主名簿の名義を書き換え、A、C及びDに対して定時株主総会の招集通知を発送していたとしたら、Y社の定時株主総会の決議に関し、X社は、その効力を争うことができるか。

第1 設問1

1(1) 本件取締役会決議は、Bに対する招集通知(会社法(以下「法」とする。)368条1項)を欠いており、その効力が問題になる。

B取締役会の決議の効力については明文はないが、その手続又は内容について重大な瑕疵がある場合には無効になる。

一部の取締役に対する招集通知を欠くことは、招集手続の重大な瑕疵に当たり、原則として無効となる。なぜなら、取締役会は取締役相互の意見交換を通じて権限を行使するところ、取締役に審議参加の前提として出席の機会を付与するため、招集通知により取締役会の日時を知らしめることは重要な手続だからである。

(2) ただ、Bは、本件決議内容たるBからX社への株式譲渡の承認請求の当事者であり、客観的に譲渡の是非を判断できず、Y社への忠実義務を果たすことが定型的に困難であるから、「特別の利害関係を有する取締役」(法369条2項)に当たるところ、かかる取締役に對して招集通知を欠く場合も、決議は原則無効となるか。

思うに、法369条2項は「特別の利害関係を有する取締役」が「議決に加わること」は禁じているものの、審議に参加することまでは禁じてはいない。そうであるならば、審議に参加する前提たる招集通知についても一般の取締役と同等に扱うべきであり、招集通知を欠く場合には、やはり原則無効になる。

したがって、Bへの招集通知を欠く以上、原則無効となる。

2 もっとも、一部の取締役に招集通知を欠く場合であっても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、決議は有効となると解する。ここで「決議の結果に影響がない」とは、単にその取締役の決議における票数のみならず、出席して意見を述べることで取締役の議決権の行使に与える影響を考慮してもなお結果に影響がない場合をいう。

本件では、Bは従来取締役会に全く出席していなかったものの、今回はB自身が関わりを持つ事項であり、通知がなされれば出席する可能性は高かった。しかし、Bから株式を譲り受けたX社は同業であり、株主の立場を利用してX社自身の利益を図る可能性があること、Y社が家族経営的であること等の事情から、A、Cの意思は確定していたといえ、たとえBが出席し意見を述べても、A・Cの決議行動を変えることはほとんど不可能であったといえる。

したがって、決議の結果に影響はなく、決議は有効である。

第2 設問2

1 平成16年3月15日、X社からY社に本件譲渡等承認請求がなされ(法137条)、Y社はX社に承認するか否かを通知せず2週間が経過したので、Y社は本件譲渡等承認請求を承認したものとみなされる(法145条1号)。よって、X社・B間の株式譲渡の効力はY社に対する関係においても有効である。

2(1) もっとも、株券発行会社でない会社では、株主名簿に記載、記録されないと、株式の譲渡を株式会社その他の第三者に対抗できない(法130条1項)。

そうすると、本件では、株主名簿の名義はなおBであるため、X社は自

身への株式譲渡をY社に主張できず、Bを株主として扱った定時株主総会決議は有効とも思える。

- (2) しかし、X社は、招集通知を受けなかったことを理由に決議取消しの訴えを提起して決議の効力を争うことができるか。Y社が名義書換えを拒絶し、X社を株主として扱わなかったことが不当拒絶といえないか。

この点、正当な事由なくして株主名簿の名義書換請求を拒絶した会社は、信義則上、その書換えのないことを理由として譲渡を否認し得ないと解する。したがって、会社は株式譲受人を株主として取り扱うことを要し、株主名簿上に記載されている譲渡人を株主として取り扱うことはできない。

本件では、X社は、Bから交付された名義書換委任状を添付して、適法に名義書換請求をしているにもかかわらず（法133条1項、2項）、Y社は名義書換請求を拒んでいる。その拒絶の理由は、取締役会で承認拒絶決議をしたということであるが、自己の通知の懈怠により承認したとみなされることになったのであるから（法145条1号）、拒絶をする正当な事由とはいえない。

したがって、Y社はX社を株主として取り扱わなければならなかったといえる。

- 3 そうすると、Y社は、発行済株主総数の4割を有する株主であるX社に招集通知（法299条）を発しなかったことになり、重大な手続的瑕疵が存する。しかし、株主4名中3名には通知がなされていることから、決議が法律上不存在（法830条1項）とまでは評価し得ず、決議取消事由（法831条1項）に当たるが、重大な瑕疵があるので、裁量棄却（同条2項）は認められない。

よって、X社は、株主総会決議の取消しを主張して決議の効力を争うことができる。

第3 設問3

- 1 この事例においても、X社との関係ではY社が正当な事由なく名義書換請求を拒絶している。しかし、かかる拒絶の後に、X社に株式を譲渡したBが、Aに株式を二重譲渡し、Y社はAに株主名簿の名義を書き換えている。かかる第三者が現れた場合にも、会社は第一譲受人を株主として取り扱うことを要し、株主名簿記載の者を株主として取り扱うことはできないのか。

思うに、会社が不当に名義書換を拒絶した名義書換請求者を株主として扱わなければならないのは、信義則上、不当に拒絶した者は保護に値しないからである。かかる事情のない第三者との関係ではこの趣旨は及ばない。

したがって、第三者自身が信義則上会社と同視できるような事情がない限り、会社は、原則どおり株主名簿の名義人を株主として扱えばよいことになる。

- 2 本件では、第二譲受人AはY社の代表取締役として、X社からの譲渡承認請求等に対応してきた者であり、Y社と同視できる。

したがって、Y社は、X社の名義書換請求拒絶後に、Aに株式が譲渡され、株主名簿の名義書換がなされたとしても、Y社はX社を株主として取り扱うべきであつたのであり、かかるX社に対する招集通知を欠くことは総会決議の取消事由にあたり、X社は株主総会決議の取消しを主張してその効力を争うことができる。

以上

論 点

- 1 一部の取締役に対する招集通知を欠く取締役会決議の効力
- 2 取締役会決議における「特別の利害関係を有する取締役」と招集通知の要否
- 3 名義書換えの不当拒絶の効果及び株主総会決議の瑕疵
- 4 名義書換えの不当拒絶と株券不発行会社における株式譲渡の対第三者対抗要件

コメント

- 1 本問では、直接的には、一部の者に招集通知を欠く取締役会決議の効力（設問1）及び株主総会決議の効力（設問2・3）が問われていますが、それらの効力を検討するための会社法上の解釈問題がいくつか埋め込まれていますから、これについて問題文の事案に即して的確に処理することが求められます。すなわち、本問では、設問に答えるための前提問題について、論点の抽出だけでなく、論点相互の関係の的確な分析、問題文の特殊事項を踏まえた具体的事実の抽出と法的評価の適否が答案の良し悪しを決することになったと思われます。また、本問では、設問3で仮の事案を想定して、設問2で論じたこととの整合性・違いを訊いていますから、出題者の意図を的確に読み取ることができたかも大きなポイントとなったといえます。
- 2 まず、設問1では、取締役Bに対して招集通知をせずに取締役会決議がなされていますから、一部の取締役に招集通知を欠く取締役会決議の効力が問題となります。ただ、それを論じる前提として、株式譲渡承認決議の当事者たる取締役Bが、取締役会決議につき「特別の利害関係を有する取締役」（会社法§369-II）に当たることを「特別の利害関係を有する」の意味を明らかにしつつ簡潔に述べておく必要があります。そうすると次に、「特別の利害関係を有する取締役」に対しても取締役会の招集通知を発する必要があるかが問題となりますが、この点、会社法369条2項は特別の利害関係を有する取締役は「議決に加わることができない」と規定するにすぎないことに注意が必要です。そこで、取締役Bに対する招集通知を欠く取締役会決議の効力について、判例を踏まえて、「決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情」があるか否かについて、本問の具体的事情を踏まえて検討することが求められているといえます。
- 3 次に、設問2では、本問の場合、まず、X社からY社に譲渡承認請求がなされたのに、Y社はX社に承認の可否の決定内容を通じないまま2週間が経過しており、Y社はX社の本件株式取得を承認する旨の決定をしたものとみなされる（会社法§145①）ことに注意が必要です。そこで、承認する旨の決定をしたものとみなされる以上、X社とB間の株式譲渡は、Y社に対する関係でも有効となります。ただ、株券不発行会社においては、株主名簿の記載が会社その他の第三者に対する対抗要件とされていること（会社法§130-I）との関係で、Y社がX社の名義書換請求を不当に拒絶した場合の効果をどのように解するかが問題となります。なお、X社は、Bから交付された名義書換委任状を添付して名義書換申請をしていますから、X社は、適法に名義書換請求をしたといえます（会社法§133-I・II）。判例（最判昭41.7.28）によれば、会社が名義書換を不当に拒絶した場合、名義書換請求者は、名義書換えなしに株主であることを主張できますから、Y社は、株式

取得者であるX社を株主として取り扱う必要があります。そこで、Y社が、X社に対する株主総会招集通知を欠く株主総会決議の効力が問題となります。この点、判例（最判昭33.10.3）は、発行済株式総数の約4割について招集通知を欠く事案（代表取締役が、総株主数9名が保有する5000株のうち、2100株を有する6名の株主に招集通知をせずに、自分の実子である2名の株主にのみ口頭で招集通知をしたにすぎない事案）で、決議不存在（会社法§830-I参照）としています。この判例に従えば、本問の場合も、X社はBから400株（発行済株式総数の4割）の譲渡を受けていますから、X社に対する招集通知を欠く本件株主総会決議は、決議不存在ともいえます。もっとも、本問では、株主4名中3名については招集通知がなされていますから、決議不存在とまでは評価できず、決議取消事由（会社法§831-I）になると考えることもできます。そして、決議取消事由となると考えた場合でも、4割の株主に通知を欠くという重大な手続上の瑕疵があるので、裁量棄却（同一II）も認められないでしょう。なお、ここで決議不存在とすると、原告適格について制限がないので、不当拒絶の問題を論じることの実益が問われることになります。

- 4 さらに、設問3は、取締役会の譲渡承認がある点、X社の名義書換請求に対してY社の不当拒絶がある点では、設問2の場合と同様です。しかし、不当拒絶の後、X社に株式を譲渡したBが、Aに株式を二重に譲渡し、Y社がAの株式取得について株主名簿の名義書換えをしている点で異なっています。そこで、株券不発行会社において名義書換請求不当拒絶後、株式が二重に譲渡された場合に、株式譲渡の対第三者対抗要件（会社法§130-I）との関係でどのように考えるかが問題となります。

この点、名義書換請求を不当に拒んでいる会社が株主名簿の名義変更がないことを理由に株式の譲渡を否認することは信義則上できないと解することができるとしても、第三者には通常、信義則にもとる事情はないので、会社が株主名簿の名義書換を不当に拒絶した場合、株式取得者は第三者に株式譲渡を原則として対抗できない（会社の不当拒絶に加担した第三者は除く）とする見解があります。一方、小規模閉鎖会社の株主名簿の記載・記録が必ずしも信頼に値するものではないことを第三者もある程度覚悟すべきであることを理由に、会社が名義書換えを不当に拒絶した場合は、株式取得者は、株式譲渡を第三者に対しても対抗できるとする見解も有力です。要は、株式取得者と第三者のいずれを保護すべきかという問題ですから、この点を意識した論述が求められます。

本問の場合、Bから株式の二重譲渡を受けたのはY社の代表取締役Aであるという事案の特殊性がありますから、この特殊性を踏まえた検討が必要となります。したがって、上記いずれの見解によっても、X社はAに株式取得を対抗できるということになります。

Y社は、X社を株主として取り扱うべきであるとすれば、X社への招集通知を欠く本問の場合、設問2の場合と同様、株主総会決議取消しを主張してその効力を争うことができます。

以上、本問では、特に、設問2と設問3において、株券不発行会社における株主名簿の意義、名義書換請求の不当拒絶と株主名簿が対会社及び対第三者との関係で対抗要件とされていることの意味についての基本的理解と応用力が問われていますから、これらについてどれだけの確に出題者の意図を見抜いて論述できたかがポイントとなります。

問題

〔民事訴訟法〕

次の事例について、後記の設問に答えよ。

【事例】

Xは、請求の趣旨として「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」との判決を求める旨を記載するとともに「原告は、被告との間で、原告が被告に中古自動車1台を代金150万円で売り渡すという売買契約を平成21年1月15日に締結し、同日、当該自動車について、所有者の登録を被告名義に移転するとともに被告に引き渡した。よって、原告は、被告に対し、売買代金150万円の支払を求める。」との主張を記載した訴状を平成22年4月1日に地方裁判所に提出して訴えを提起した。その訴状には、被告として、甲市乙町5番地に住所のあるYの氏名が表示され、かつ、被告の法定代理人として、同所に住所のある成年後見人Zの氏名が表示されていた。

この訴えについて、裁判長は、平成22年4月5日、第1回口頭弁論期日を平成22年4月28日午前10時と指定し、裁判所書記官は、この訴状を送達するため、訴状副本を第1回口頭弁論期日の呼出状とともに、Z宛てに郵送した。

ところで、Yは、甲市乙町5番地の自宅に子であるZとともに居住していたが、平成21年3月に重病のため事理を弁識することができない状態となり、同年6月にYについて後見開始の審判がされて、それまでに成年に達していたZが成年後見人に選任された。そして、Yは、平成22年4月3日に死亡した。Zは、Yが死亡したことを同日に知ったが、その後3か月以内に相続放棄や限定承認の手続をしなかった。Yの配偶者はYより前に死亡しており、ZのほかにYの子はいなかった。

Zは、平成22年4月7日に、甲市乙町5番地の自宅で上記の訴状副本と口頭弁論期日呼出状を受け取った。Zは、Yが死亡したことを裁判所やXに知らせることなく、Yの法定代理人として第1回口頭弁論期日に出頭し、「Xが主張する売買契約を否認し、請求の棄却を求める。」旨を答弁した上、訴訟代理人を選任することなく訴訟を進行した。第一審では、Xが主張する売買契約があったかどうか争点となり、証拠調べとしてXの尋問とZの尋問とが実施され、Zは、「Yは重病で動けない。私は、平成21年1月当時も現在もYと同居しているが、Yが自動車を買ったと聞いたことはないし、そのような自動車を見たこともない。」旨を述べた。

裁判所及びXがYの死亡を知らないまま、第一審の口頭弁論は平成22年9月に終結され、裁判所は、判決書の原本に基づいて判決を言い渡した。判決書には、原告X、被告Y、被告法定代理人成年後見人Zとの記載があり、主文は「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」というものであって、その理由としてXが主張する売買契約が認められる旨の判断が示されていた。

Zは、第一審の判決書の正本の送達を受けた日の2日後に、控訴人をZと表示した控訴状を第一審裁判所に提出して控訴を提起した。その控訴状には、「Yは、平成22年4月3日に死亡していた。その他の主張は、第一審でしたとおりである。」との記載がある。第一審裁判所の裁判所書記官は、控訴裁判所の裁判所書記官に訴訟記録を送付した。

〔設問〕

Yが平成22年4月3日に死亡していたと認められる場合、控訴審では、どのような事項

<TAC>無断複写・複製を禁じます。

について検討し、誰と誰を当事者としてどのような内容の裁判をすべきか。

第1 控訴審における当事者

1 控訴審は、誰と誰を当事者として裁判すべきか。本問において、
Zに判決の効力が及んでいないとすれば、Zは、控訴人となり得ないことから、第一審の判決の効力がZに及んでいるかが問題となる。

2 まず、第一審における被告はYとZのいずれか。Zが被告である
とすれば、第一審の判決の効力がZに及ぶ（民事訴訟法（以下、法
と略す。）115条1項1号）ことから問題となる。

誰が当事者であるかは、管轄の存否等訴訟手続進行の基礎をなす
事柄であり、訴え提起の段階から客観的に明確にされる必要がある。
そして、裁判所にとって、訴訟手続開始段階では、訴状以外に当事
者確定の資料となるものはないから、訴状の記載を基準として判断
すべきであるが、不自然な結論を避けるために、当事者欄の記載の
みならず請求の趣旨・原因など訴状の一切の表示を合理的に解釈し
て当事者を判断すべきである。

本問において、被告としてYの氏名が記載されていたこと、請求
の趣旨及び請求の原因には、被告とのみ記載されていること、被告
の法定代理人としてZの氏名を記載していることから、第一審の訴
訟の被告はYである。

3 そして、被告であるYが死亡したのは平成22年4月3日であり、
法定代理人であるZ宛てに訴状が送達（法138条1項）された平成
22年4月5日の時点でYが死亡している以上、二当事者対立構造に
ならず、訴訟係属は生じていないから、訴訟係属を前提とする当然
承継の規定（法124条1項1号）は適用されない。

とすれば、当該判決は、死者であるYを名宛人とするものである
から、無効であるようにも思える。

4 もっとも、本問のように相続人Zが実際に訴訟に参加しており、
手続が進んで第一審判決が出た場合まで、判決を無効とするのでは、
訴訟経済及び相手方の利益を害する。

そこで、原告による裁判所への訴状提出の後、被告への送達前に
被告が死亡したような場合には、既に潜在的に訴訟係属があったと
考えることができるから、訴訟係属後の死亡に準じて被告の相続人
が訴訟を承継すると解する（当然承継の類推）。

本問では、ZはYの法定代理人として第1回口頭弁論期日に出頭
し、答弁をした上で、訴訟を進行しており、黙示の受継申立てがな
されたといえるから（法124条1項柱書）、第一回口頭弁論の時点
で、本問訴訟の被告人はYからZに変更されたと考える。

5 以上より、本問の第一審の判決は、XZ間に生じるから、控訴審
における控訴人はZ、被控訴人はXとなる。

第2 控訴審がなすべき裁判

1 Zは、第一審においてYの生存を前提に法定代理人として行動し
ていながら、控訴審において、Yの死亡を理由として、自らを控訴
人として控訴を提起している。控訴審は、信義則（法2条）に反す
る違法な控訴提起として、Zによる控訴を却下すべきか。

信義則は、訴訟当事者の公平の理念から認められるものであるか

ら、その判断に当たっては、被控訴人であるXの不利益の程度と控訴人であるZの帰責性とを比較考量すべきである。

本問では、第一審において、Xは、Yが生存していると考えているにもかかわらず、当事者尋問を請求していないが、Yが死亡していれば、そもそもYを当事者尋問することは不可能であるから、Zの「Yは重病で動けない。」旨の陳述により当事者尋問ができなかったということはない。また、Zは、「平成21年1月当時も現在もYと同居しているが、Yが自動車を買ったと聞いたことはない」と述べているが、この陳述は、ZがYから自動車を買ったと聞いたことがないという点に意味があるといえる。以上より、Yの生存の有無は本問訴訟において決定的な意味をもつとはいえないと考えられる。さらに、Zは、本問の訴訟の争点である自動車の売買契約の成否に関しては、記憶に反する陳述をしていないので、Xが主張立証において大きな不利益を受けるとまではいえない。

そして、Zは訴訟代理人を選任することなく訴訟を進行しており、民事訴訟法上の詳細な知識を有していたとは考えられないから、自らが法定代理人として訴訟を進行することと、当事者として訴訟を進行することとの間に大きな差があるとは思っていなかったと考えられ、控訴審において、訴訟承継がなされていないことを理由として、判決の無効を主張しようとまでは考えていなかったといえるから、Zの帰責性は小さいといえる。

したがって、Zの控訴状での主張は信義則に反するとまではいえないから、本問のZによる控訴は適法である。

2 そこで、控訴審は、Zによる不服申立の限度（304条）、すなわち売買契約の成否を判断し、売買契約が認められないと考えれば、第一審の判決を相当として、Zの控訴を棄却すべきである（法302条1項）。これに対して、控訴審が、売買契約が認められると考えた場合には、第一審の判決を不当として、Zの控訴を入れ、第一審判決を取り消さなければならない（法305条）。

なお、第一審の判決を取り消した場合でも、第一審においてZは法定代理人として十分に訴訟進行しており、Zの審級の利益を考慮する必要はないから、控訴審としては、事件を差し戻す必要はなく、自ら、Xの請求を棄却する判決をすべきである。

3 もっとも、第一審の判決は、被告をY、被告法定代理人をZと記載しているが、前述したように、当該判決の被告はZに変更されている。そこで、判決に明白な誤りがあるとして、判決の更正（法257条1項）をすべきである。

そして、控訴審は、判決の審査権限を持つので判決の誤りを訂正できるといえ、また本問では更正の要否の判断資料となる訴訟記録が控訴審に存在することから、控訴を棄却する場合は、控訴審が、控訴を棄却するとともに主文で当事者をZと更正すべきである。

これに対して、第一審の判決を破棄してXの請求を棄却する場合においては、請求棄却の判決の中で、被告をZとすればよい。

以上

論 点

- 1 死者を被告とする訴訟
 - (1) 当事者の確定
 - (2) 訴状送達前に当事者が死亡していた事が判決確定後に判明した場合の処理
- 2 信義則（Zの控訴提起が権利濫用に当たるのではないかという点）

コメント

1 死者を被告とする訴訟について

本件では、第一審判決において、XとYを当事者としているので、表示通りYを当事者とする、Zは第一審判決によって不利益を受けた当事者とはいえず、Zは、自らを控訴人として適法に控訴を提起できないのではないかが問題となります。そこで、この場合、当事者(被告)をYとするべきかが問題となり、いわゆる当事者の確定を検討することになります。

この点、表示説ないし実質的表示説では、Yが被告となります。しかし、この原則を貫くと、第一審判決がZに及ばなくなり、今までの訴訟追行が無駄になるという訴訟経済上の不利益が考えられます。

そこで、当事者をZに変更するための法律構成が問題となります。この点、民事訴訟法124条類推適用により、Zに黙示の訴訟承継の申出を認定することで、当事者をZにする構成が考えられるでしょう。

また、Zの第一審での訴訟への関与の程度を考慮して、判決効をZへ拡張すると考えることも可能でしょう。もっとも、Yとの関係で無効の判決をZに拡張するという理論構成には工夫が必要でしょう。

いずれにしても、本問では、判決の効力はZに及ぶということになるため、控訴裁判所としては、Zを控訴人として判決をすることになります。

2 信義則について

Zの主張に基づいて再び控訴審の本案審理に入るとすると、Zが今まで主張していた事実と矛盾した事実（Yの死亡の有無）に基づいてさらに控訴審は審理しなければならず、訴訟経済上不都合と思われます。加えて、いままでYの死亡の事実について矛盾した主張をしてきたZに手続保障を与える必要性も乏しいのではないかといった価値判断もあります。そこで、以上の事情を踏まえて、Zによる第一審での訴訟追行及びそこでの矛盾した陳述を何らかの形で訴訟上考慮すべきではないかが問題となります。

具体的には、前述した判決効の拡張のほかに、控訴権の濫用として控訴を却下する、控訴審で第一審と矛盾する主張がなされた場合に、矛盾挙動として排斥する等の考慮の仕方が考えられます。

3 控訴審のなすべき裁判について

控訴審は、Zによる不服申立の限度（民事訴訟法（以下「法」と略す。）304条）、すなわち売買契約の成否を判断し、売買契約が認められないと考えた場合には、Zの控訴を棄却し（法302条1項）、売買契約が認められると考えた場合には、Zの控訴を入れ、第

一審判決を取り消すこととなります（法 305 条）。なお、控訴審が、第一審判決を取り消した場合には、事件を第一審に差し戻すか、自判するかも問題となります。

また、第一審の判決は、被告を Y とする点で、明白な誤りがあるとして、判決の更正（法 257 条 1 項）をすることが考えられます。この点については、控訴を棄却する場合は、控訴審が、控訴を棄却するとともに主文で当事者を Z と更正し、第一審の判決を破棄して X の請求を棄却する場合には、請求棄却の判決の中で、被告を Z とする等が考えられます。

平成 23 年度 論文式答練・模試ズバリ・的中一覧表

略記例

論アプ・１－２：論文アプローチ答練・第１回第２問

予答・２－２：論文予想答練・第２回第２問

模試：全国論文模試

【平成 23 年度論文式答練・模試ズバリ・的中一覧表】

平成 23 年度 本試験		TAC・Wセミナー 答練・模試	
科目	テーマ	コース名(回数・問数)	的中度
憲法	平等権	論アプ・３－１	的中
行政法	処分性・取消訴訟他	予答・１－２	ズバリ
	申請型義務付け訴訟・訴訟選択＋訴訟要件検討	論アプ・１－２	論点的
商法	招集通知を欠く取締役がいるときの取締役会決議の効力	論アプ・２－２	論点的
刑法	放火における客体（現住・非現住）の錯誤	論アプ・３－１	論点的
刑事訴訟法	令状の概括的記載の可否	論アプ・２－１	的中
法律実務基礎科目（民事）	消費貸借＋債権譲渡の要件事実、消滅時効	模試	的中
	二段の推定	論アプ・１－１	論点的
		論アプ・３－１	論点的
		予答・４－１	論点的
	債権譲渡の要件事実	論アプ・４－１	論点的
法律実務基礎科目（刑事）	占有の帰属	論アプ・刑法１－２	論点的
		予答・１－２	論点的
	犯人性	論アプ・３－２	論点的

以上のズバリ・的中は次の基準に基づいて選出しました。

レベル	基準
ズバリ	重要論点の個数の５割以上が同じ又は事案が著しく類似している
的中	重要論点の個数の３割以上が同じ
論点的	重要論点が１個同じ

ズバリ・的中サンプル

論文アプローチ答練・商法第2回第2問

〔第2問〕(配点：50)

甲株式会社は食品の製造・販売を行う取締役会設置会社であり、甲会社の取締役としてA、B、C、D、E及びF、監査役としてG、代表取締役としてAが就任していたが、平成22年6月28日開催の同社株主総会終結の時に取締役Cの任期が満了し、後任の取締役は選任されていない。甲会社の定款には、取締役の員数は6名以上、監査役の員数は3名以内とする旨の定めがあったが、取締役会の招集時期、招集権者、定足数、決議要件の定めはなく、取締役会でも、招集権者の定めはされていない。また、甲会社においては、特別取締役制度は採用されていない。

甲会社は、乙株式会社から借入れを行っていたが、利息制限法第1条第1項所定の利息の制限額を超えて支払っていたため、その部分を元本に充当することにより2億1000万円の過払金が生じており、乙会社に対して、当該過払金についての不当利得返還請求権を有していた。Aは、甲会社に対し3億3000万円の債権を有する丙株式会社（取締役会設置会社、代表取締役K）に対し、甲会社が有する当該不当利得返還請求権を丙会社に対する債務の弁済に代えて債権譲渡したいと考え、そのために取締役会を開く必要があると思って、平成22年7月12日、同年7月22日に取締役会を開催する旨の招集通知をB、D、E、F及びGに対して行ったが、Cに対しては任期満了を理由に招集通知をしなかった。予定どおり、同月22日、取締役A、B、D、E、F及び監査役Gが出席の下、取締役会が開催されて、丙会社への債権譲渡の是非に関する決議が行われ、A、B及びDがそれに賛成した。そこで、Aは、出席取締役の過半数の賛成を得られたことから、取締役会決議を得られたと考えて、丙会社に当該債権の債権譲渡の話を持ちかけたところ、同月28日、甲会社と丙会社の間で、当該債権を代物弁済として譲渡する旨の合意が成立し、Aは当該債権譲渡を行った旨を乙会社に対して通知した。甲会社では、従来から類似の債権譲渡等の取引をする際には取締役会決議を経るという取扱いをしてきており、その後、甲会社の取締役会は当該債権譲渡の無効を主張する決議をしていない。なお、CはAによる当該債権譲渡に反対する意思を有しており、Cの発言は取締役の間で大きな影響力を有していた。また、平成20年7月頃から、甲会社の製造・販売する食品の衛生管理体制が不十分となっていたことが原因で、同年10月に食中毒事件が発生して、甲会社は消費者の信頼を失い売上げが激減してしまった。その結果、甲会社は約20億円の負債を抱えるようになり、平成22年3月には2回目の約束手形の不渡りを出して事実上倒産状態に陥っており、乙会社に対する過払金の不当利得返還請求権以外に価値のある財産はほとんど有していなかった。

丙会社では、当該債権の譲受けにつき取締役会の決議がなされたが、代表取締役Kは、甲会社の取締役会の招集通知がCになされずCが取締役会に出席しなかったこと、Cが当該債権譲渡に反対しておりその発言に影響力があることを知っていた。

丙会社は、当該債権譲渡により譲り受けた過払金返還請求権を主張し、これに基づき、乙会社に対し支払を請求している。これに対し、乙会社は、甲会社の取締役会決議が無効であると主張し、甲会社から丙会社への債権譲渡も無効であることを理由として、丙会社の支払請求は認められないと反論している。この場合、丙会社の請求が認められるか。

平成23年司法試験予備試験・論文式試験・商法

〔商 法〕

次の文章を読んで、〔設問1〕から〔設問3〕までに答えよ。

1. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、取締役会及び監査役を置く会社法上の公開会社でない会社であり、かつ、株券発行会社でない会社である。

Y社は、昭和59年に設立された会社であり、その発行済株式総数は1000株で、A及びAの弟であるBがそれぞれ400株を、Aの長男C及びAの妻Dがそれぞれ100株を有していた。Y社の取締役にはA、B及びCの3人が、代表取締役にはAが、監査役にはDがそれぞれ就任している。

2. AとBは、平成16年頃から、Y社の経営方針についての考え方の違いが生じたため、互いに話をしなくなり、Bは、その頃から、Y社の取締役会に全く出席しないようになった。

3. Bは、平成23年1月頃、自らの有するY社の全ての株式を処分しようと考え、知人が経営するY社と同業のX株式会社（以下「X社」という。）に対してY社の株式の買取りを打診し、X社の承諾を得た。

そこで、Bは、X社に対し、「譲渡等承認請求に関する一切の件をX社に委任する」という内容の委任状（以下「譲渡等承認委任状」という。）及び「株主名簿の名義書換請求に関する一切の件をX社に委任する」という内容の委任状（以下「名義書換委任状」という。）を交付した。

4. X社は、同年3月15日、Y社に対し、譲渡等承認委任状を添付して、X社がBからY社の株式400株を取得した旨及び取得についての承認を求める旨の通知をした（以下この通知による請求を「本件譲渡等承認請求」という。）。

なお、本件譲渡等承認請求においては、Y社又は指定買取人による買取りについては、請求がされなかった。

5. Aは、同月25日、Y社の取締役会を開催した。この取締役会には、A及びCが出席したが、Aも、Cも、X社が株主となることを警戒し、取締役会は、X社の株式の取得を承認しない旨を決定する決議をした。

なお、この取締役会の招集通知は、Bに対し、発せられなかった。

6. X社は、Y社から本件譲渡等承認請求に対する取締役会の決定の内容についての通知を受けなかったため、同年4月30日、Bに対して株式の譲渡代金を支払うとともに、Y社に対し、名義書換委任状を添付して、株主名簿の名義をBからX社に書き換えるように通知して請求した。

7. 同年5月2日、Y社は、X社に対し、X社の株式の取得について取締役会で承認しない旨を決定したために名義書換請求に応ずることはできない旨を回答し、併せて、Aは、Bに対し、Bの有するY社の株式をAが買い取る旨を提案した。

そこで、Bは、X社に対して受領した譲渡代金の返還を申し出た上でAの提案に応じようと考えたが、X社から拒絶されたため、Aの提案に応ずることができなかった。

この後、A、B、C及びDは、X社に基づき、A、B、C及びDに対して定時株主総会において、この定