

**2013年合格目標 司法試験**

**平成24年本試験  
再現答案分析会**

**民事系レジュメ**

**TAC  セミナー 司法試験講座**

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

平成 24 年本試験 再現答案分析会・民事系レジュメ  
目 次

民法

|                     |    |
|---------------------|----|
| 問題                  | 1  |
| 出題趣旨                | 5  |
| 再現答案 Aさん (190.25 点) | 9  |
| Bさん (195.59 点)      | 13 |
| Cさん (119.8 点)       | 17 |

商法

|                     |    |
|---------------------|----|
| 問題                  | 21 |
| 出題趣旨                | 24 |
| 再現答案 Aさん (190.25 点) | 27 |
| Bさん (195.59 点)      | 31 |
| Cさん (119.8 点)       | 35 |

民事訴訟法

|                     |    |
|---------------------|----|
| 問題                  | 39 |
| 出題趣旨                | 44 |
| 再現答案 Aさん (190.25 点) | 47 |
| Bさん (195.59 点)      | 51 |
| Cさん (119.8 点)       | 55 |

<再現答案作成者の論文総合得点・順位>

|     | 論文総合得点   | 論文総合順位 |
|-----|----------|--------|
| Aさん | 511.17 点 | 55 位   |
| Bさん | 484.21 点 | 142 位  |
| Cさん | 365.15 点 | 2375 位 |

平成24年司法試験論文式試験問題 民事系第1問（民法）

〔民事系科目〕

〔第1問〕（配点：100〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕の配点の割合は、3：4：3）  
次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

I

【事実】

1. Aは、店舗を建設して料亭を開業するのに適した土地を探していたところ、平成2年（1990年）8月頃、希望する条件に沿う甲土地を見つけた。  
甲土地は、その当時、Bが管理していたが、登記上は、Bの祖父Cが所有権登記名義人となっている。Cは、妻に先立たれた後、昭和60年（1985年）4月に死亡した。Cには子としてD及びEがいたが、Dは、昭和63年（1988年）7月に死亡した。Dの妻は、Dより先に死亡しており、また、Bは、Dの唯一の子である。
2. Aが、平成2年（1990年）9月頃、Bに対し甲土地を購入したい旨を申し入れたところ、Bは、その1か月後、Aに対し、甲土地を売却してもよいとする意向を伝えるとともに、「甲土地は、登記上は祖父Cの名義になっているが、Cが死亡した後、その相続について話し合いをすることもなくDが管理してきた。Dが死亡してからは、自分が管理をしている。」と説明した。Aが、「Bを所有権登記名義人とする登記にすることはできないのか。」とBに尋ねたところ、Bは、「しばらく待つてほしい。」と答えた。
3. AとBは、平成2年（1990年）11月15日、甲土地を代金3600万円でBがAに売却することで合意した。そして、その日のうちに、Aは、Bに代金の全額を支払った。また、同月20日、Aは、甲土地を柵で囲み、その中央に「料亭「和南」建設予定地」という看板を立てた。
4. 平成3年（1991年）11月頃、Aは、甲土地上に飲食店舗と自宅を兼ねる乙建物を建設し、同年12月10日、Aを所有権登記名義人とする乙建物の所有権の保存の登記がされた。そして、Aは、平成4年（1992年）3月14日から、乙建物で料亭「和南」の営業を開始した。なお、料亭「和南」の経営は、Aが個人の事業者としてするものである。
5. Aは、平成15年（2003年）2月1日に死亡した。Aの妻は既に死亡しており、FがAの唯一の子であった。Fは、他の料亭で修業をしていたところ、Aが死亡したため、料亭「和南」の営業を引き継いだ。乙建物は、Fが居住するようになり、また、同年4月21日、相続を原因としてAからFへの所有権の移転の登記がされた。

〔設問1〕 【事実】1から5までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Fは、Aが甲土地をBとの売買契約により取得したことに依拠して、Eに対し、甲土地の所有権が自己にあることを主張したい。この主張が認められるかどうかを検討しなさい。
- (2) Fが、Eに対し、甲土地の占有が20年間継続したことを理由に、同土地の所有権を時効により取得したと主張するとき、【事実】3の下線を付した事実は、この取得時効の要件を論ずる上で法律上の意義を有するか、また、法律上の意義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、理由を付して解答しなさい。

Ⅱ 【事実】 1 から 5 までに加え、以下の【事実】 6 から17までの経緯があった。

【事実】

6. 料亭「和南」は順調に発展し、名店として評判となった。そこで、Fは、「和南」ブランドで、瓶詰の「和風だし」及びレトルト食品の「山菜おこわ」を販売することを考えるようになった。
7. まず、Fは、「和風だし」を2000箱分のみ製造し、二つの地域で試験的に販売することとした。そして、料亭「和南」とその周辺でF自らが1000箱分を販売するが、別の地域における販売は、食料品販売業者のGに任せることとし、FがGに「和風だし」1000箱を販売し、Gがそれを転売することとした。
8. 「和風だし」は、一部に特殊な原材料が必要なことから、平成23年9月に製造する必要があった。しかし、試験販売の開始は、準備の都合上、平成24年3月からとされた。そこで、Fは、「和風だし」2000箱分を製造した上、販売開始時期まで、どこかに保管することを考えた。そして、甲土地のすぐ近くで、かつて質店を経営していたが、現在は廃業しているHならば、広い倉庫を所有しているだろうと考え、Hと交渉した結果、H所有の丙建物に、Fが製造した「和風だし」を出荷まで保管してもらい、これに対しFが保管料を支払うこととなった。
9. Fは、平成23年9月10日、Gとの間で、「和風だし」2000箱のうち1000箱をFがGに対し代金500万円で売却し、丙建物で同月25日にFがGに現実に引き渡す旨の契約を締結した。そして、平成23年9月25日、「和風だし」2000箱が丙建物に運び込まれ、そのうち1000箱がFからGに現実に引き渡された後直ちに、FとH、GとHは、それぞれ【別紙】の内容の寄託契約を締結した。これらの結果、丙建物では、合わせて「和風だし」2000箱が保管されることとなった。  
なお、平成23年9月25日までに実際に製造された「和風だし」は予定どおり2000箱分であり、それ以外には、「和風だし」は製造されていない。また、製造された「和風だし」2000箱分は、種類及び品質が同一であり、包装も均一であった。
10. また、Fは、平成24年1月中には、料亭「和南」で飲食した顧客のために、お土産用「山菜おこわ」の販売を始めることとし、製造する「山菜おこわ」の保管場所につきHに相談した。Hは、既に「和風だし」の寄託を受けて丙建物が有効活用されていること、さらに、丙建物にはなお保管場所に余裕があることから、Fの「山菜おこわ」を丙建物において無償で保管することをFと合意した。
11. Fは、平成24年1月に入ると、「山菜おこわ」の製造を開始し、同月10日、Hの立会いを得て、「山菜おこわ」500箱を丙建物に運び込んだ。
12. 平成24年1月12日、Fは、これまで取引のなかった大手百貨店Qの本部から、「山菜おこわ」をQ百貨店本店の地下1階食品売場で販売し、その評判が良ければ、「山菜おこわ」をQ百貨店の全店舗の食品売場で販売したいとの申出を受けた。
13. Fは、平成24年1月16日、Qとの間で、丙建物に保管されている「山菜おこわ」500箱をFがQに対し代金300万円で売却し、これを同月31日に丙建物で引き渡す旨の契約を締結した。Fは、この売買契約が成立したことから、Qが「山菜おこわ」の販売を始めるまでは、これを料亭「和南」で販売しないこととした。
14. Fは、Q百貨店で「山菜おこわ」を取り扱ってもらえることになったことを大いに喜び、平成24年1月22日、たまたまHが料亭「和南」を訪れた際、「Q百貨店本店の食品売場に「山菜おこわ」を置いてもらえることになった。その評判が良ければ、Q百貨店は、全店舗で「山菜おこわ」を取り扱うことを申し出てくれている。「和南」の味を広

める大きなチャンスだから張り切っている。」とHに話した。

15. ところが、平成24年1月24日、丙建物に何者かが侵入し、丙建物内に保管されていた「和風だし」2000箱のうち1000箱及び「山菜おこわ」500箱全てが盗取された。なお、丙建物に何者かが侵入することを許したのは、その日はHが丙建物の施錠を忘れていたためである。また、Fが、同月31日までに「山菜おこわ」500箱分を新たに製造することは不可能である。
16. Qにおいて、この盗難事件を受け、Fとの取引を進めるかどうかについて社内で協議したところ、Fの商品保管態勢が十分であるとはいえないとして、その経営姿勢に疑問が呈せられた。そこで、Qは、平成24年2月1日、「山菜おこわ」500箱分の売買契約を解除すること及び「山菜おこわ」販売に関するFQ間の交渉を打ち切ることをFに通知した。
17. なお、【事実】16までに記載した以外には、丙建物に保管されている「和風だし」及び「山菜おこわ」について出し入れはなく、丙建物に侵入した者は不明であり盗品を取り戻すことは不可能である。
- また、「和風だし」及び「山菜おこわ」を丙建物で保管する行為は商行為ではなく、Hは商人でない。

【設問2】 Gは、Hに対し、丙建物に存在する「和風だし」1000箱を自己に引き渡すよう求めている。これに対して、Hは、寄託された「和風だし」はFの物と合わせて2000箱であるところ、その半分がもはや存在しないことと、残りの1000箱全てをGに引き渡せば、Fの権利を侵害することとを理由に、Gの請求に応ずることを拒んでいる。このHの主張に留意しながら、Gのする「和風だし」1000箱の引渡請求の全部又は一部が認められるか否かを検討しなさい。

【設問3】 Fは、Hに対し、「山菜おこわ」を目的とする寄託契約の債務不履行を理由として損害賠償を請求しようと考えている。この債務不履行の成否について検討した上で、Fが、【事実】16の下線を付した経過があったためQ百貨店の全店舗で「山菜おこわ」を取り扱ってもらえなくなったことについての損害の賠償を請求することができるか否かについて論じなさい。

【別紙】

寄託契約書

第1条

寄託者は、受寄者に対し、料亭「和南」製「和風だし」1000箱（以下「本寄託物」という。）を寄託し、受寄者は、これを受領した。

第2条

- 1 受寄者は、本寄託物を丙建物において保管する。
- 2 受寄者は、本寄託物を善良な管理者の注意をもって保管する。

第3条

- 1 受寄者が他の者（次項及び次条において「他の寄託者」という。）との寄託契約に基づいて本寄託物と種類及び品質が同一である物を保管する場合において、受寄者は、その物と本寄託物とを区別することなく混合して保管すること（以下「混合保管」という。）ができ、寄託者は、これをあらかじめ承諾する。
- 2 前項の場合において、受寄者は、寄託者に対し、他の寄託者においても寄託物の混合保管がされることを承諾していることを保証する。

第4条

寄託者及び受寄者は、寄託者及び他の寄託者が、混合保管をされた物について、それぞれ寄託した物の数量の割合に応じ、寄託物の共有持分権を有することを確認する。

第5条

受寄者は、本寄託物に係る保管料を別に定める方法で計算し、寄託者に請求する。

第6条

受寄者は、寄託者に対し、混合保管をされていた物の中から、寄託者の寄託に係るものと同一数量のものを返還する。

〔以下の条項は、省略。〕

**平成 24 年司法試験論文式試験問題出題趣旨 民事系第 1 問**

本問は、料亭を営むための店舗を建設する適地を探していたAが、Bから甲土地を買い受けた後、その料亭の経営を継いだAの子であるFが、その製造した食品の一部を有償で、また他の一部は無償で寄託したが、それらの一部が盗難に遭ったという事例に関して、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である。具体的な事実を踏まえ、実体的な法律関係を理解して論述する能力、当事者間に成立した契約の内容を理解して妥当と認められる法律的帰結を導く能力及び具体的な事実を法的な観点から分析して評価する能力などを試すものである。

まず、設問 1 は、F が甲土地の所有権を売買契約により取得した場合と、20 年の取得時効により取得した場合について、F の主張が依拠する民法の実体法規範とそれを支える実体法の考え方を正しく理解していること、そして、この理解を各小問で問われている内容に即して規範適用の要件、要件事実及び効果へと結び付けることができているかどうかを問うものである。言い換えれば、設問 1 では、要件事実とその主張立証責任について平板に述べただけでは足りず、要件事実理解の前提となる民法の実体法理論について丁寧な分析と検討をし、これを踏まえて要件・効果面へと展開することが求められる。したがって、設問 1 は、要件事実の理解のみを問うものではなく、実体法の理解を前提とする要件事実の理解を試すものである。

小問（1）において、F の主張は、①B が甲土地の所有者であったことを前提として、②A B 間の売買契約により、甲土地の所有権がBからAへと移転したこと、そして、③A の取得した所有権が、A 死亡による単独相続により、A の相続人であるFに移転したことを基礎としたものである。本問事案で、B の売却した甲土地は、B が単独相続したDの相続したCの所有であったところ、C の死亡により、甲土地につき、D と E による共同相続が開始し、それぞれの法定相続分での遺産共有状態が生じている（民法第 898 条）。この遺産共有状態を解消し、甲土地をDの単独所有とするためには、このことを内容とする遺産分割がされなければならない（民法第 906 条以下）。ところが、D と E は、C の遺産につき分割の協議をしておらず、遺産分割がされていない。そのため、D は、甲土地につき、自己の法定相続分による持分権を有しているにすぎない。なお、このことは、E についても、同様である。

そこで、D を単独相続したBは、甲土地につき、D の相続分に対応する持分権しか取得せず、B から甲土地を売買により取得したAも、D の相続分に対応する持分権しか取得しない。なお、そもそもA B 間での甲土地の売買契約の下で、A は、D の甲土地持分権すら取得しないとの考え方もあり得る。したがって、いずれにしても、F の主張は、失当である。なお、小問（1）は、民法第 94 条第 2 項の類推適用についての検討を求める問いではない。

小問（2）は、民法第 162 条第 1 項の定める 20 年の取得時効を前提として、「A と B は、平成 2 年（1990 年）11 月 15 日、甲土地を代金 3600 万円でBがAに売却することで合意した」との事実が持つ法律上の意義を問うものである。ここでも、前述したように、民法の規範とそれを支える法理としての実体法理論についての分析及び検討をすることが求められ、これを基礎として上記事実の持つ意味についての解答が求められる。具体的には、①A が甲土地をBとの売買契約により取得したことは、民法第 162 条第 1 項の「他人の物」の要件をめぐり、自己の物についても時効取得が可能であることに関して問題となること、②甲土地をA がBとの売買契約により取得したことは、所有の意思の要件、つまり自主占有の要件においても問題となること、③後者にあつては、甲土地をAが売買契約により取得したことは、A の占有が所有の意思のある占有であることを基礎付ける事実（自主占有権原）となること、④所有の意思についての主張立証責任は民法第 186 条第 1 項によりEの側にあること、したがって、

小問（2）に掲げられた事実は、Eが主張立証責任を負う所有の意思に関する事実（他主占有権原又は他主占有事情）につき、当該事実の存在を否認する事実として位置付けられることを理解することができているかどうかを問うものである。

なお、①については、法文で「他人の物」となっている以上、Aが売買によってBの有していた甲土地持分権を取得したという構成を採る場合には、①の点に関する民法法理をその理由とともに示すことは必須である。なお、AB間での甲土地売買契約により「甲土地の所有権」をAが取得することが意図されているものの、「甲土地の持分権」をAが取得することは意図されていないと考えることも可能である。このように考える場合において、Aは、甲土地について何らの物権的権利も取得しない。その結果として、甲土地は、民法第162条第1項にいう「他人の物」に当たることとなる。

設問2は、契約書を正しく読み取った上で、契約条項をそのままの形で適用するのでは解決が困難である問題について、契約解釈などを通じて、十分な理由付けと論理一貫性の下に、適切な解決を導くことのできる能力を問うものである。

まず、添付の寄託契約書の第4条と第6条が、寄託されている物の数量が寄託された数量に不足する場合には、そのままの形で適用することができない可能性があることが指摘されるべきである。そして、その上で、補充的契約解釈などを行うことによって、妥当な内容の債権的な返還請求権を導き出し、又は契約では規律されていない場面であることを前提に物権的な返還請求権を考えることになる。

前者の債権的な返還請求権によるときは、なぜそのような契約解釈が可能であるかを丁寧に論じる必要がある。このときは、契約書の各条項の文言のほか、当該契約が全体としてどのような目的と理念を有するものであるかを考察するべきである。後者の物権的な返還請求権によるときは、寄託物の共有状態を正しく把握し、共有持分権者の権利はいかなるものであるかを丁寧に論じる必要がある。また、契約解釈は共有状態の理解によって影響を受け、他方、共有状態の理解も寄託契約によって定まるといったように、両請求権が相互に影響を及ぼすことも踏まえることも必要である。

そして、共有者の一方に引き渡されることは、他の共有者の権利を害しないかという問題を発見し、そのことにつき、一定の解決を示すことも必要である。

設問3は、無償の寄託契約において、受寄者に債務不履行があったために受寄物が盗難に遭い、その結果、寄託者が第三者との間における将来の取引に向けた交渉を打ち切られたという事例について、債務不履行に基づく損害賠償の要件を明確にし、【事実】に照らして要件との関係で検討すべき視点を提示した上で、受寄者が寄託者に対し損害賠償を請求することができるか否かの検討を求めるものである。

まず、FH間において、「山菜おこわ」を保管する旨の合意に基づき、丙建物に「山菜おこわ」500ケースが運び込まれることにより寄託契約が成立したこと（民法第657条）、Hは、無償受寄者として「自己の財産に対するのと同じの注意をもって、寄託物を保管する義務」（民法第659条）を負うこと、Hは、丙建物の施錠を忘れるという注意義務違反を犯した結果、丙建物に何者かの侵入を許したことを指摘した上で、Hには寄託契約上の保管義務違反という債務不履行（民法第415条）が認められることを明らかにする必要がある。なお、Hの注意義務の基準を検討するに際し、同じ丙建物内での「和風だし」の有償寄託契約が先行していることに着目し、Hは、「山菜おこわ」の寄託契約においても「善良な管理者の注意」義務（民法第400条）を負うと分析することも考えられる。

次に、Fが「Q百貨店の全店舗で『山菜おこわ』を取り扱ってもらえなくなったことについての損害賠償」を請求することができるかを検討するに当たっては、一方において損害賠償の

要件を念頭に置き、他方において【事実】から読み取ることのできる法律上意味のある事情を汲みながら、考察のための視点を提示することが求められる。その際は、F には賠償されるべき損害が発生しているといえるか、H の債務不履行と F が被った損害との間に因果関係があるといえるか、F の損害は民法第 416 条第 2 項に定める特別損害として賠償の範囲に含まれるかなどの着眼点のうち、一つ又は複数のものが提示され得るが、いずれのアプローチを採る場合であっても、問題の所在を適切に指摘し、【事実】との関連を意識しつつ考察の視点として取り上げることの意義を明らかにすることが肝要である。

その上で、提示された視点到【事実】を当てはめて、「損害の賠償を請求することができるか」という問いに答える形で結論を示す必要がある。【事実】の中には、とりわけ 6, 11, 12, 14, 16 が結論を導くために重要な法律上の意味を持ち、解答者が着眼すべき諸事情が含まれている。解答に当たっては、これら諸事情の一部のみに焦点を当てたり、判例法理を形式的に当てはめたりするのではなく、【事実】に現れた諸事情に広く目を配り、慎重な考察を経た上で結論を示すことが求められている。

# MEMO

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 1 問 合格者 A さんの再現答案 (民事系 190.25 点)

第 1 設問 1

1 小問(1)について

(1) 本件では、Cの死亡によりDとEが甲土地を相続し(892条、896条)、遺産分割がされていないため共有となる(898条)。

そして、その後Dが死亡しBが甲土地についてのDの持分権を相続しているが、甲土地のEの持分権の部分についてはBは無権利者である。

そうすると、Bと売買契約を締結し(555条)、Aが甲土地を取得したとしても、Eの持分権部分については無権利者であり、Aはこの部分についての所有権を取得できず、EはAに対して登記なくして自己の持分を対抗できる。

したがって、Aの包括承継人であるFもEに対して完全な甲土地の所有権を主張できないのが原則である。

(2) もっとも、この場合においてAは94条2項類推適用によって、Bが無権利な部分についても取得することが出来るか。94条2項は外観法理に基礎を置くものであるから、類推適用が認められるためには、Bが甲土地についての完全な権利を有しているとの外観、それに対するAの信頼、その外観を作り出したEの帰責性が必要となる。

確かに、甲土地はD及びBが事実上管理してきたとはいえ、登記上はC名義のままとなっており、Bが甲土地について完全な権利を有しているという外観はないものというべきである。

したがって、本件では94条2項類推適用が認められる基礎を欠き、原則通りFは完全な所有権をEに主張することが出来ない。

(3) よって、FのEに対する主張は認められない。

2 小問(2)について

(1) まず、FとしてはDが甲土地を事実上管理し始めた1985年4月の時点を取得時効の起算点として、占有の承継(187条1項)を主張して、20年の取得時効の主張をすることが考えられる。

この場合、FとしてはBからAへの占有の承継を主張する必要があるが、AB間の売買契約という事実は直接的にはこの占有の承継を基礎づける事実としては意味を有しない。

もっとも、一応、AがBからの占有を承継したという間接事実としての機能は有するものと考えられる。

したがって、この場合は一応占有の承継の間接事実として法律上の意義を有すると考えるべきである。

(2) 次に、FはD及びBの占有が他主占有であったとしても、185条の新権原により自主占有に変わったとして1990年11月15日を取得時効の起算点とすることが考えられる。

この場合、FとしてはAの占有が自主占有に切り替わったということを主張する必要がある。そして、自主占有か他主占有かは客観的な事情から判断されるべきであり、売買契約というのは、客観的に自主占有を基礎づける事情となる。

したがって、AB間の売買契約の締結の事実というのは、185条の「新たな権原」として自主占有に切り替わったという事情を基礎づけるものとして法律上の意義を有するといえる。

そもそも、共同相続と登記のような場面で、94条2項類推適用してよいものなのか分らず、かなり悩みました。

47 第2 設問2

48 1 FとGは、それぞれHと寄託契約(657条)を締結しており、そ  
49 れぞれ寄託契約書を交わし、その中で、契約書2条2項によりHは  
50 F、Gに対して保管についての善管注意義務を負っている。

51 2 Gとしては、契約書6条に基づいて寄託した1000箱と同一数量の  
52 1000箱の「和風だし」の返還を求めているが、FとGから寄託され  
53 た「和風だし」合計2000箱のうち1000箱については、盗難に遭い  
54 盗取されたため、返還することが不能となっている。

55 この場合に、残りの1000箱すべてをGに対して返還してしまう  
56 と、Fに対しては1箱も返還することが出来なくなってしまうため、  
57 Fに対する善管注意義務違反が認められ、Fの権利を侵害してしま  
58 う、というHの主張には理由があるものというべきである。

59 3 では、この場合、Gは何箱の返還を受けることが出来るか。

60 F、GとHとの寄託契約書の中では、「和風だし」について混合  
61 保管がされることが規定されており(契約書3条1項)、これにつ  
62 いて両者は承諾しているとされている(契約書3条2項)。

63 そして、混合保管された物については寄託した物の数量の割合に  
64 応じ、寄託物の共有持分権を有するとされており(契約書4条)、  
65 本件ではFとGはそれぞれ1000箱ずつ寄託しているため、共有持  
66 分権は1対1であるといえる。

67 この場合において、混合寄託した物が何らかの理由で滅失した場  
68 合には、当事者の意思解釈として、当初に寄託した物の数量の割合  
69 に応じて、残っている寄託物の返還を受けられるとの合意があった  
70 ものと考えるのが素直である。

71 そうすると、本件では、盗難によって「和風だし」の残りは1000  
72 箱となっており、上記の通り当初の寄託した物の数量の割合はFと  
73 Gとで1対1であるため、1000箱を1対1の割合で返還を受けられ  
74 るものと考え、GがHに対して返還を受けられるのは500箱である  
75 というべきである。

76 4 以上より、GはHに対して返還を求めることのできる「和風だし」  
77 の箱数は500箱と考えるべきである。

78 第3 設問3

79 1 本件ではFがHに対して寄託していた「山菜おこわ」500箱全部  
80 が盗難事件によって盗取され、またFがQに対して引き渡す平成23  
81 年5月31日までに「山菜おこわ」500箱分を新たに製造することが  
82 出来ず、その結果FはQから「山菜おこわ」の売買契約の解除を通  
83 知されている。

84 そこで、この盗難されたことにより「山菜おこわ」が丙建物から  
85 滅失したことについて、Hに債務不履行責任が認められるか。

86 (1) 「山菜おこわ」についての寄託は「和風だし」の場合と異なり、  
87 無償の寄託契約が締結されており、さらに「山菜おこわ」につい  
88 て別途寄託契約書を作成していないことから、当事者の意思とし  
89 ては、この「山菜おこわ」については原則通り民法の適用に従う  
90 意思であると考えられるべきである。

91 そうすると、無償の寄託契約の場合には善管注意義務ではなく、  
92 自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保管する義務

配点が4だったのです  
が、あまり書くことがな  
くて困りました。

ここは、当事者の意思解  
釈で乗り切ろうと考  
えて、このようにしました。

を負うことになる (659 条)。

(2) しかし、この自己の財産に対するのと同じの注意義務という保管の注意義務として軽減されているとはいえ、丙建物にあった「山菜おこわ」が盗取された原因はHが丙建物の施錠を忘れたためであり、財産的価値のある物を保管している建物について施錠を忘れるというのは通常考えられず、上記のような軽減された注意義務であったとしても、保管の義務違反が認められるものというべきである。

(3) したがって、本件においてHに寄託契約における保管の注意義務違反が認められ、債務不履行があったといえる。

2 次に、損害賠償請求をすることは認められるか。

本件ではHは商人ではなく、「山菜おこわ」を寄託されたとしても、それがQに対して売却されるものであり、これが滅失すればFはQから売買契約を解除され損害を被るということは通常想定できない事情であり、FがQで販売できないことにより受けた損害というのは特別損害に当たる。

したがって、Fの損害賠償が認められるためには416条2項の要件を充たす必要があり、具体的にはこの特別事情についてHが予見できたことが必要である。

確かに、本件では平成24年1月22日に、Hが料亭「和南」を訪れた際に、Fから「山菜おこわ」がQ百貨店で取り扱われることになったということを聞いているものの、上記の予見可能性というのは、契約時の時点である必要があり、FとHの間の「山菜おこわ」についての寄託契約は「山菜おこわ」が運び込まれた平成24年1月10日に成立したものと考えられ、この時点ではHは「山菜おこわ」がQ百貨店で扱われることについて知らなかった。

そうすると、本件では416条2項の要件を充たさず、FのQに対する損害賠償請求は認められないというべきである。

以上

時間がなくて、理由づけとか全然かけませんでした。

#### 総合コメント

全体的に考える系の問題となっており、やはりその場で条文を引いたり、契約書の中身を読んだりする能力が問われているのかな、と思いました。

率直な感想としては、あまり手ごたえのない感じでした。

#### <答案構成・作成の時間配分>

構成：40分

作成：80分

#### <使用した参考書等>

民法総合事例演習教材

139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 1 問 合格者 B さんの再現答案 (民事系 195.59 点)

第 1 設問 1

1 小問(1)

(1) Fは、Aの唯一の子であり、唯一の相続人であるから、Aの死亡後、Aの権利を包括承継する(民法(以下)882条、887条1項、896条)。そこで、FがEに甲土地の所有権を主張できるかどうかの前提として、まず、AE間の関係を検討する。

(2) AE間の関係

ア 本件土地は、登記上Cが所有権登記名義人となっており、生前、Cの所有であったと考えられる。

Cの所有であることが明示されていないため、念のため書いた。

そして、Cの子D及びEは、本件土地の所有権をその相続分に応じて承継し(899条)、共有する(898条)。D及びEは、Cの子であるから(887条1項)、2分の1ずつの法定相続分を有し(900条4号本文)、共有することになる。

イ さらに、Dの唯一の子であり、相続人であるBは、本件土地の2分の1の共有権を承継し、Eと共に共有していたことになる。

ウ そうすると、Bの説明するように、Cの死亡後その相続について話し合いをすることもなかったのであれば、Bは、本件土地について土地全部の所有権を有しているのではなく、共有権を有しているに過ぎないから、Bと売買契約を締結したAは、2分の1の共有権を承継したに過ぎない(555条)。

エ したがって、Aは、Eに対し、甲土地の所有権全部が自己にあることを主張することはできない。

(3) 以上から、Aを包括承継するFも、Eに対し、甲土地の所有権全部が自己にあることを主張することはできない。

2 小問(2)

(1) Fは、20年の長期取得時効(162条1項)を主張することになる。長期取得時効の要件は、①所有の意思を持って、②平穩にかつ公然と、③他人の物を占有すること、④20年間の占有、⑤時効の援用(145条)である。

(2) このうち、①②は、186条1項で推定される。また、③については、自己所有の物でも時効取得は認められているため、特に主張する必要はない。さらに、④については、占有の前後両時点の占有を主張すれば、占有の継続が推定されている(186条2項)。

(3) そして、Fが20年の長期取得時効を主張するためには、Aの占有も併せて主張することになる(187条1項)。もともと、この場合、その占有の瑕疵をも承継するから(同条2項)、Aの占有が上記要件を満たすかどうか問題となる。

現在がいつなのか分からず、起算点を迷ったが、いずれにせよ、Fの占有だけでは長期取得時効を主張することは無理だと思ったので、このような表現にした。

(4) そうすると、事実3の下線を付した、AB間において、本件土地について売買契約が締結された事実、①Aの所有の意思を証明し得る法律上の意義を有する。所有の意思は、占有者がその物を占有することになった原因の客観的性質により、判断されるところ、AがBから、所有権を移転させる売買契約を締結した(555条)ということは、所有の意思を有していたと判断し得るからである。そして、この場合、前述のように所有の意思は推定されるから、取得時効の成立を拒むEの主張する他主占有権限の抗弁を

否定する事情という法律上の意義を有する。

## 第2 設問2

1 GがHに対し、「和風だし」の引き渡しを求めるための訴訟物は2つ考えられる。1つは、①寄託契約(657条)に基づく引渡請求権、もう1つは、②和風だしの所有権(共有権)に基づく引渡請求権である。以下、それぞれについて、Gの引渡し認められるか検討する。

### 2 ①について

(1) 寄託契約に基づく引渡請求が認められるためには、⑦当事者の一方が相手方のために保管することを約すること、④目的物を受けとることである(657条、662条)。

(2) 本件において、GとHは、平成23年9月25日に寄託契約を締結し、受寄者であるHは、和風だし1000箱をGのために保管することを約している(寄託契約書2条、①)。また、受寄者であるHは目的物である和風だし1000箱を受領している(寄託契約書1条、②)。したがって、原則としてGの引渡請求権は発生している。

(3) もっとも、本件においてはFと共に寄託した2000箱の内、1000箱が盗まれてしまっているため、現在丙建物に残っている1000箱がGH間の契約の目的物といえるかが問題となる。

ア 寄託契約においては、寄託者が預けた目的物を引き渡す必要があり、それで足りる。すなわち、債権は、当事者間における相対的権利であるから、当事者以外の者の権利侵害を理由に債権を拒むことはできない。本件において、Hは、現在ある1000箱がGから預かった1000箱であるならば、Gに引き渡さなければならず、Fの権利を侵害することを理由にこれを拒むことはできず、Hの主張は不当である。

イ そして、GH間の寄託契約においては、寄託契約に基づいて本寄託物と種類品質が同一である物を保管する場合、受寄者は、混合保管することができ、寄託者はこれを承諾するとされている(寄託契約書3条1項)。GとFは、それぞれ種類及び品質が同一であり、包装も均一である「和風だし」を1000箱ずつHに寄託しており、混合保管されていたと解される。そうすると、GH間において、寄託の目的物は、Fの1000箱と分けられた1000箱ではなく、2000箱の内1000箱ということになる。以上からすれば、丙建物にある1000箱は、2000箱の内の1000箱であり、Gが預けた目的物であるから、Gは、Hに対し1000箱全部の引渡請求をすることができる。

### 3 ②について

(1) ②の請求が認められるためには、⑦Gが和風だしの所有権(共有権)を有していること、④Hが和風だしを占有していることが必要である。④については明らかであるから、⑦について検討する。

(2) 「和風だし」1000箱について、Gは、Fと共に共有持分権を有する(寄託契約書4条)。前述のように、FとGの目的物は明示的に分けられているのではなく、一箱ごとに持分権を有する。で

毎年、民法は、債権や物権の本質を問う問題が出ているので、今年もそうではないかと思い、できるだけ、基本に立ち返る表現を使うように心がけた。

は、Gは、共有持分権に基づいて、引渡請求できるか。

Hは、1000 箱を引き渡すことで、Fの権利を侵害すると主張する。確かに、債権的請求である①の場合と異なり、Hの主張は和風だしについて、Gにすべての所有権がないと⑦を否定し得る主張となる。

もっとも、各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じて使用することができるから (249 条)、第三者に対する関係においては、共有持分権に基づいて引渡請求することができると解する。当事者間の対内関係については、別個に考えるべきである。

(3) したがって、本件において、Gは、Hに対し 1000 箱全部の引渡請求をすることができる。

### 第3 設問3

#### 1 債務不履行の成否

(1) 債務不履行責任が生じるためには、①債務者が債務の本旨に従った履行をしないこと、②債務者の責めに帰すべき事由、③履行しないことが違法であること、④損害、⑤因果関係が必要である (415 条)。

(2) ①について

F H間の寄託契約において、Hの債務の本旨は、善管注意義務をもって保管し (寄託契約書 2 条 2 項)、目的物を返還することである。「山菜おこわ」が盗取されたのは、Hが丙建物の施錠を忘れていたためであるから、善良な管理者としての注意義務を怠っており、債務の本旨に従った履行をしていないといえる。

(3) ②について

債務者の責めに帰すべき事由とは、債務者の故意過失を指し、過失とは、注意義務の存在とその懈怠をいうところ、Hは善管注意義務があるにも関わらず、それを怠って、施錠し忘れている。したがって、注意義務の存在とその懈怠があり、②をみたす。

(4) ③について

本件では、盗取されたことにより履行不能となっているため、これをみたす。

(5) ④について

後述のように、Q百貨店で「山菜おこわ」を取り扱ってもらえなくなったことによる損害の他、500 箱が盗取されたことによる 500 箱自体の原価相当額及び転売利益について損害があるといえる。

(6) ⑤について

④は、Hの注意義務の懈怠によって引き起こされたものであり、因果関係がある。

(7) 以上より、Hの債務不履行は成立する。

#### 2 「山菜おこわ」を取り扱ってもらえなくなったことについての損害賠償請求の可否

(1) 債務不履行に基づく損害賠償請求における、損害の範囲は、公平の見地から、相当因果関係ある損害に限られる (416 条)。そして、債務不履行によって、通常生ずべき損害については、相当因果関係があれば、損害賠償の範囲 (415 条) に含まれるが (416

債権的請求と結論が異なると不当だと思ったので、結論を合わせたのが、説得的な法解釈が思い浮かばず、時間切れとなった。

慌てて書いたので、債務不履行の成否なのに、債務不履行責任が生じる要件まで検討してしまった。

やってしまった。和風だしの契約と間違えないように問題文に印をつけておいたにもかかわらず、前の問題に引きずられて、寄託契約書を使ってしまった。

条 1 項), 特別の事情によって生じた損害については, 当事者が  
債務不履行時にその事情を予見又は予見することができたこと  
が必要である (416 条 2 項)。

(2) 本件についてみると, 「山菜おこわ」を Q 百貨店で取り扱って  
もらうという事情は, 500 箱の山菜おこわの保管ミスから通常生  
じる損害とはいえない。したがって, 特別事情による損害といえ  
る。そして, 本件において, H は, F から, 「山菜おこわ」を Q  
百貨店において取り扱ってもらえることになったことを知って  
おり, それは, H は債務不履行を行う以前の平成 24 年 1 月 22 日  
のことである。

したがって, H は債務不履行時には, 特別事情を予見すること  
ができたといえ, F は, G に対し, 上記損害を請求することがで  
きる。

以 上

#### 総合コメント

答案構成に時間がかかり, 考える時間がなく, 焦って  
しまった。焦りが後半のミスにつながってしまったと思  
う。

#### <時間配分>

答案構成: 40 分

答案作成: 80 分

#### <使用した参考書・問題集>

行政法: 事例研究, 事案解析の作法

民法: 事例演習教材

会社法: 事例演習教材

民訴: 解析

刑法: 事例演習教材

刑訴: ロースクール刑訴, 事例演習刑事訴訟法

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 1 問 不合格者 C さんの再現答案 (民事系 119.8 点)

第 1 設問 1

1 小問(1)について

本件では、Cが死亡した後甲土地はDとEが共同相続している。このうちDの持分については、BはDの唯一の子であることからBが単独相続しているので、AがBから売買により取得できることについては問題がない。では、Eの持分についてはどうか。

相続関連の問題は何年かおきに出ているので、対策はしていたが、共有関係にあることの指摘が抜けていた。

これについては、Eの持分については登記がされていないが、そもそも相続においての持分取得は過渡的な状態であるから、登記なくして第三者に対抗できるため、Eは自己の持分を失わないのが原則である。

しかし本件においては、EはDに甲土地の管理を任せきりにしてきたという落ち度がある。そのため、これがあたかもBの単独所有であるかのような外観を作出したものとして、94条2項の類推適用によりAが保護されるのではないかな。

そもそも協議すらされていないから黙示の遺産分割という構成はとれないと考えた。

しかし、そもそも 94 条 2 項により保護されるには善意の第三者である必要があるところ、本件で第三者であるAはBとの取引の際、Cが死亡後相続に関する協議がされていないこと、D、Bは単に管理をしているにすぎないことをBから告げられている。

となると、少なくとも他に相続人が存在することにつき悪意であったのだから、Bの単独所有でないことにつき悪意である。よって、Aは善意の第三者として保護されない。

そして、FはAの包括承継人であるから、この者も第三者に当たらないため、やはり保護されない。

以上より、Fの主張は認められない。

これでよかったのかは疑問。そもそもB名義でない登記を見ていることを指摘してもよかったかもしれない。

2 小問(2)について

取得時効の成立については、占有が 20 年継続していることが必要である。そして、この占有の期間計算については、占有を承継した場合には自己の占有以外に前主の占有も合わせて主張することができる (187 条)。

そして、本件で問題となっているAB間の売買の事実があることにより、両者の間で占有が承継されたことになる。そのため、この事実が存在することにより、FはBの占有をも合わせて 20 年の経過を主張すればよくなるという点で法律上の意義を有する。

完全に問題文を読み間違えた。そもそもBの占有は他主占有だからそれを承継しても意味はない。現在がいつなのかわからないのはおかしいとは思ったが。

第 2 設問 2

Gは、Hに対し、本件寄託契約に基づき和風だし 1000 個の引き渡しを請求している。そして、契約 6 条によれば受寄者であるHは寄託した量、すなわち 1000 箱分を返還する義務を負うのだから、Hはその履行を拒むことができないのが原則である。

もっとも、本件では他にFも同じ和風だし 1000 個を寄託しており、FGともに混合保管に同意し、これらはGFの共有となっている。そして、そのうちの 1000 個が盗難にあったことによって、現存する両者の持分はそれぞれ 500 個ずつである。それにもかかわらずHが 1000 個全部の履行を請求することは妥当ではないのではないかが問題となる。

書いた部分だけを残すと短く見えるが、実際には契約が消費寄託か否かについて 5 行ほど書いて消しているため、現場ではむしろ書きすぎたと感じていた。

しかし、本件においては、FもGも互いに共有者であって互いに自己の持分を超える部分については権利を主張しえないが、両者はそも

47      そも売買契約を結んだものであって契約関係にあるから、一部が滅失  
48      した場合の危険負担をどのようにするかは本来これらのものの間で決  
49      定すべき事柄である。となると、その事情を理由にGが引き渡しを拒  
50      めるとするのはむしろ妥当でない。

51      そもそもこの場面における利益状況は、債権が競合した結果、債権  
52      者間で互いに優先権を行使できないことから、債務者がその履行を拒  
53      もうとする場合である。となると、債権が二重譲渡された場合におい  
54      て、対抗要件である通知が同時に到達した場合と同様に考えることが  
55      できる。となると、この場合において、債権者は全額の履行を請求で  
56      き、事後処理は債権者間の求償を認めることにより処理するべきであ  
57      ると考えられているのと同様に、先に履行を請求したGが1000個全部  
58      の引き渡しを請求でき、Fの保護はそのうち半分の引き渡しをFがG  
59      に請求できるとすることにより図ればよいと考えるべきである。

60      よって、Hの主張は失当であり、Gの引き渡し請求は全部認められ  
61      る。

### 62   第3 設問3

#### 63   1 債務不履行の成否

64      まず、契約上Hがどの程度の義務を負っているかにつき検討する。  
65      すなわち、本件山菜おこわの保管自体は無償であるが、その前に行  
66      われた和風だしの保管は有償であるため、これらを一体のものとし  
67      て有償寄託の善管注意義務（400条）をおうか、それともあくまで  
68      これは別個の契約であって無償寄託の自己の物と同一の注意義務  
69      で足りる（659条）かが問題となる。

70      本件では、山菜おこわの保管を開始したのは、一旦和風だしの保  
71      管が開始されてから3ヶ月後であり、この時点で山菜おこわの寄託  
72      契約自体は有効に成立している。となると、両者を同一の契約と見  
73      るのは妥当でないから、あくまで無償寄託として自己の物と同一の  
74      注意義務で足りると考えるべきである。

75      もっとも、本件における盗難の原因は、Hが丙建物の施錠を忘れ  
76      るという重大な過失によるものであるから、これを前提としたとし  
77      ても債務不履行は存在すると考えられる。

#### 78   2 損害の範囲

79      では、この債務不履行によりどこまでの損害が賠償の対象となる  
80      か。債務不履行の場合においては、通常損害および、特別損害のう  
81      ち債務者が予見可能であったものについて賠償が認められる（416  
82      条1項、2項）。そして、本件においてQ百貨店との取引が中止に  
83      なることは、物の保管の瑕疵から通常生じる損害ではないから、特  
84      別損害に当たる。

85      では、予見可能性があるといえるか、本件においては、契約時に  
86      はこの取引の話自体がまだ存在しないのに対し、債務不履行時には、  
87      FがHに取引のことを事前に話しているため、予見可能性が認めら  
88      れる。そのため、この予見可能性をどの時点で判断すべきかが問題  
89      となる。

90      一般論としては、物の給付義務については、たとえ重い責任につ  
91      き予見可能性が生じたとしても物を引き渡しさえすれば責任を免  
92      れるのだから、債務不履行時を基準とすべきである。しかし、本件

おそらくこれは無理の  
ある構成だった。債権譲  
渡の第三者の場合は契  
約関係がないのだから、  
前の問題意識と一貫し  
ていない。

契約の解釈は当てはめ勝  
負と思った。取引経過を  
具体的に指摘する事を心  
がけた。

このあたりの論点は潮見  
先生が試験委員なのであ  
る程度事前準備してい  
た。

93 の寄託のような継続的債務についてこれを貫くと、契約後に重い損  
94 害につき予見するにいたった場合、債務者は契約時に予想しなかつ  
95 た危険を負担することになり、債務者に酷である。そこで、寄託の  
96 ような継続的債務については契約時を基準とすべきである。

97 そして、本件は寄託契約であるから、契約時が基準となる。そし  
98 て、契約時には前述の通りいまだ予見可能性がないから、本件では  
99 Qとの取引中止は債務不履行による損害賠償の対象とならない。

100 3 以上より、Fの請求は認められない。

101 以 上

この部分は本件の特殊  
性だとは思った。しか  
し、そもそも寄託が物の  
引き渡し債務ではない  
という事はもう少し説  
明すべきだった。例えば  
期限前の返還はできな  
い事など。

### 103 総合コメント

104  
105 2日目の朝ということで若干慣れと疲れがあってケア  
106 レミスが多くなってしまった。特に問1(2)のミスが悔  
107 やまれる。後半はかなり現場思考型だったが、採点実感  
108 の「考える力の表れた答案が評価される」という言葉を  
109 信じ何とか食らいつこうとした。

#### 111 <時間配分>

112 構成 45 分 答案作成 75 分

#### 114 <使用した参考書、問題集>

115 憲法 芦部憲法、憲法上の権利の作法、事例研究憲法  
116 行政法 櫻井橋本、行政法判例ノート、事案解析の作法  
117 民法 内田民法、民法総合事例演習  
118 商法 神田、江頭、事例で考える会社法  
119 民訴法 重点講義、ロースクール民事訴訟法、事例演習  
120 民事訴訟法  
121 刑法 高橋（総論）、西田（各論）、刑法事例演習教材  
122 刑訴法 安富刑訴法、事例演習刑事訴訟法  
123

139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184

平成24年司法試験論文式試験問題 民事系第2問（商法）

〔民事系科目〕

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2：5：3）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、主に情報サービス事業を営む監査役会設置会社であり、その株式を東京証券取引所に上場している。

甲社の資本金は30億円、その発行済株式の総数は100万株である。

甲社の取締役は、平成20年6月に選任されたA、B、C及びDの4名であり、Aが代表取締役社長である。なお、Aは、甲社の株式1万株を有している。

甲社の監査役は、平成19年6月に選任されたE、F及びGの3名であり、Eが常勤監査役、F及びGが非常勤の社外監査役である。

2. 甲社の定款には、(a)定時株主総会の議決権の基準日は、毎年3月31日とすること、(b)株主総会は、取締役社長がこれを招集し、議長となること、(c)取締役の員数は、6名以内とすること、(d)取締役の選任決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、その議決権の過半数をもって行うこと、(e)取締役の選任決議は、累積投票によらないものとする、(f)取締役会は、その決議によって取締役会長及び取締役社長各1名を定めることができること、(g)事業年度は、4月1日から翌年3月31日までの1年とすることなどが定められている。

なお、甲社には、取締役の任期を短縮する旨の定款の定めや株主総会の決議はない。

3. 甲社は、平成20年秋頃の経営環境の著しい悪化を受け、その業績及び株価は、共に下落の一途をたどった。それにもかかわらず、Aは、効果的な経営立て直し策を実施できないままであったため、甲社内外のAに対する評価は、日増しに厳しくなる一方であった。

これに危機感を抱いたB、C及びDは、Aに対し、Aは取締役会長となって一線を退き、新たに外部から経営者を迎えて代表取締役社長とすることを求めた。結局、Aも、この求めに応じざるを得ず、Hを新たに甲社の代表取締役社長として迎えることに同意した。

これを受けて、平成21年6月に開催された甲社の定時株主総会において、Hが取締役に選任され、就任し、また、その後に開かれた甲社の取締役会において、Hが代表取締役社長に選定され、Aは代表権のない取締役会長となった。

4. 乙株式会社（以下「乙社」という。）は、設立以来、株主も取締役もPだけの会社であるが、実際の事業活動は、ほとんど行っていない。

乙社は、平成21年7月に入り、金融業者から融資を受けて市場において甲社の株式を買い集め、平成22年1月に、甲社の株式33万株を有するに至った。

5. 平成22年6月に開催された甲社の定時株主総会（以下「22年総会」という。）では、その終結の時をもって、取締役5名のうちHを除くA、B、C及びDの4名について取締役の任期が満了するため、A、B、C及びDの4名を候補者とする取締役選任議案が会社提案として提出された。

ところが、甲社の株主である乙社から、上記の取締役選任につき、会社法第304条に基づき、P、Q及びRの3名を候補者として追加する旨の議案が提出された。なお、乙社は、Dの選任については賛成する意向であった。

議長であるHは、事前に何も知らされていなかったためやや驚いたものの、淡々と議事

を進めることとし、A、B、C、D、P、Q、Rの順に、候補者ごとに投票による採決をした。

投票による採決の結果、Hは、Aから上記の順に得票数（候補者の選任に賛成する議決権の数をいう。以下同じ。）を集計し、Pの得票数を集計した時点で、出席株主の議決権の過半数の賛成を得た候補者が4名に達したので、Q及びRの得票数については議場で集計しないで、B、C、D及びPの4名だけが取締役を選任された旨を宣言した。なお、各候補者の実際の得票数等は、次のとおりであった。

|                              |
|------------------------------|
| 議決権を行使することができる株主の議決権の数：100万個 |
| 出席株主の議決権の数：77万個              |
| 各候補者の得票数                     |
| A：33万個                       |
| B：39万個                       |
| C：43万個                       |
| D：65万個                       |
| P：42万個                       |
| Q：41万個                       |
| R：40万個                       |

6. 22年総会の後に開かれた甲社の取締役会には、H、B、C、D及びPが取締役として、また、E、F及びGが監査役として、それぞれ出席した。

この取締役会で、Pは、甲社が乙社に対して平成22年7月中に15億円の貸付けを無担保で行う旨の提案をした（以下この貸付けを「本件貸付け」という。）。これに対し、説明が不十分であるとしてFが強く異議を述べたものの、この提案は、議決に加わらなかったPを除くH、B、C及びDの賛成により承認された。

7. Fは、この取締役会の後に引き続いて開かれた甲社の監査役会でも、本件貸付けはさせるべきでない旨を強く主張したが、E及びGは、これに取り合わなかった。最終的には、Eが、本件貸付けについては問題視しないことを監査役会の方針とする旨の提案をし、Fが反対したものの、Gは、この提案に賛成した。

8. E、F及びGは、平成23年6月に開催される甲社の定時株主総会（以下「23年総会」という。）の終結の時をもって監査役の任期が満了するところ、同年3月に、Hは、甲社の監査役会に対し、23年総会に提出する監査役選任議案の候補者は、E、Q及びRの3名としたい旨を伝えた。

9. 平成23年4月上旬に、Eが、甲社の監査役会において、上記の監査役選任議案の提出に同意する旨の提案をしたが、F及びGが賛成しなかったため、この提案は可決されなかった。

他方、Fが、この監査役会において、E、F及びGの3名を候補者とする監査役選任議案（以下「議案①」という。）を23年総会に提出することを取締役に対して請求する旨の提案をした。この提案は、F及びGの賛成により、可決された。そこで、甲社の監査役会は、Hに対し、議案①を23年総会に提出することを請求した。

10. 平成23年4月下旬に、Pは、甲社の株主である乙社を代表して、甲社に対し、監査役3名の選任を23年総会の目的とすること並びにE、Q及びRの3名を候補者とする監査役選任議案（以下「議案②」という。）の要領を招集通知に記載することを請求した。なお、

社債、株式等の振替に関する法律第154条第3項所定の通知（いわゆる個別株主通知）に係る要件は満たされていた。

11. 平成23年6月7日に、Hは、H、B、C、D及びPの賛成による取締役会決議に基づき、議案①及び議案②を含む23年総会に係る招集通知を発した。
12. 平成23年6月29日に、Hが議長となって23年総会が開催された。この株主総会に監査役として出席したFは、議案①及び議案②の審議の際に、監査役の選任について意見を述べようと、議長であるHに対して発言の機会を求めた。しかし、Hがこれを制止したため、Fは、意見を述べることができなかった。

Hは、採決の結果、議案①については、出席した株主の議決権の過半数の賛成を得られなかったことから、否決を宣言し、議案②については、出席した株主の議決権の過半数の賛成を得たことから、可決を宣言した。これに基づき、E、Q及びRが監査役に就任した。

〔設問1〕 上記5のとおり、22年総会において、Hは、B、C、D及びPの4名だけが取締役に選任された旨を宣言したが、この取締役選任の当否について、論じなさい。

なお、解答に当たっては、次の2点を前提としてよい。

- ア. 22年総会における甲社の会社提案の提出及び乙社による会社法第304条に基づく議案の提出は、いずれも適法であったこと。
- イ. 22年総会の日から3か月以内に、株主総会の決議の取消しの訴えは、提起されなかったこと。

〔設問2〕 上記1から上記7までを前提として、次の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Hが甲社を代表して本件貸付けを実行しようとしている場合、A及びFが本件貸付けをあらかじめ阻止するために行使することができる会社法上の権限について、論じなさい。
- (2) Hが甲社を代表して本件貸付けを実行し、その後、乙社が倒産し、甲社が本件貸付けの返済を受けられなくなった場合、A及びFは、本件貸付けに関し、H、D及びPに対し、会社法上、どのような責任追及をすることができるかについて、論じなさい。

〔設問3〕 上記12の後、A及びFは、23年総会において否決を宣言された議案①及び可決を宣言された議案②につき、株主総会の決議の取消しの訴えを提起しようと検討している。この訴えに関して考えられるA及びFの主張並びにその当否について、論じなさい。

平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨 民事系第2問

本問は、22年総会における取締役4名（B、C、D及びP）の選任の可否（設問1）、本件貸付けに関する株主A及び監査役Fによる事前（設問2(1)）及び事後（同(2)）の対応並びに23年総会決議に関するA及びFによる決議取消しの訴えの可否（設問3）について、問うものである。設問2は、会社法の基本的な理解及び事例を踏まえた分析力と論述力を問うものである。他方、設問1及び設問3の主な出題意図は、何が問題となるかを見抜き、これに論理的に対応する能力を問うことにある。また、全体として、会社法の条文を的確に理解し、これを摘示することも求められている。

設問1では、22年総会における取締役4名（B、C、D及びP）の選任の可否が問われている。同総会では、⑦A、B、C及びDの4名を候補者とする取締役選任議案が会社提案として提出され、④甲社の定款には、取締役の員数は6名以内と定められている（任期の満了しない取締役Hがいるため、同総会において選任可能な定款上の取締役の員数は5名以内となる。）一方で、結果的にはB、C、D、P、Q及びRの6名の取締役候補者について会社法第341条の選任のための決議要件が満たされていることから、このような場合に、①取締役として何名が選任され得るか（⑦4名か、④5名か、あるいは⑦決議の瑕疵を生じさせるにとどまり6名全員かなど）や、②選任され得る取締役の数を超えて同条の決議要件を満たす候補者がいる場合の決定方法（採決順か得票順かなど）が問題となることを指摘し、自らの考え方を述べた上、当てはめをすることが求められる。どのような結論を採るにせよ、その結論が同条を含む会社法の規定から当然に導かれるものではないことに留意しつつ、他の考え方も意識しながら説得的に自らの考え方を論ずることが期待される。

次に、設問2の本件貸付けに関する株主A及び監査役Fの対応については、事前の対応（小問(1)）としての差止請求と、事後の対応（小問(2)）としての損害賠償請求について、それぞれ論述することが求められる。小問(1)の差止請求については、会社法第360条第1項及び第3項と同法第385条第1項を摘示しつつ、その要件（特に「法令に違反する行為」という要件）を検討し、問題文にある事実を抽出した丁寧な当てはめをすることが求められる。実務的な観点からは、仮処分（同法第385条第2項参照）にも言及することが望ましい。小問(2)の損害賠償請求については、本件貸付けが利益相反取引（同法第365条第1項、第356条第1項第2号）に該当することを指摘しつつ、H、D及びPにつき、それぞれ同法第423条第3項各号により任務懈怠が推定されることを踏まえ（Pについては、更に同法第428条第1項参照）、当てはめをすることが求められる。その上で、株主Aによる責任追及としては甲社に対する提訴請求及び株主代表訴訟（同法第847条）について、監査役Fによる責任追及としてはその提訴権限（同法第386条第1項）について、それぞれ条文を摘示しつつ論述することが求められる。なお、小問(1)及び(2)に共通して、監査役Fの権限を論ずるに際しては、甲社の監査役会において、Eが「本件貸付けについては問題視しないことを監査役会の方針とする」旨を提案し、Gがこれに賛成していることから、監査役の独任性との関係（同法第390条第2項ただし書）について触れることが求められ、また、監査役の調査権限（同法第381条第2項）についても触れることが望ましい。

最後に、設問3の23年総会決議についての決議取消しの訴えの可否については、まず、否決を宣言された議案①については、同議案に係る「否決の決議」がそもそも決議取消しの訴えの対象となるか否かが問題となることを指摘し、これを検討することが求められる。どのような結論を採るにせよ、決議取消しの訴えの制度趣旨に立ち返った上で、その対世効や、決議が取り消された場合には株主は3年経過前でも議案の再提出が可能となること（同法第304条）

等を勘案しながら、自らの考え方を述べることが期待される。次に、可決を宣言された議案②（上記の検討において、議案①が決議取消しの訴えの対象となるとの結論を採った場合には、議案①も同様である。）については、Fの主張に関しては、決議取消しにより監査役としての権利義務を有することとなる者（同法第346条第1項）にも明文で原告適格が認められていること（同法第831条第1項後段）を踏まえつつ、監査役の選任に関する意見陳述の機会（同法第345条第4項、第1項）が奪われていることを、Aの主張に関しては、このようなFに関する手続上の瑕疵をAが主張することができるか否かを、それぞれ条文を摘示しつつ論ずることが求められる。また、設問1において採った結論によっては、23年総会の招集に係る取締役会決議の瑕疵の存否や、22年総会において取締役に選任されたとも考えられるQやRが監査役に選任されることの適否について論ずることも期待される。

# MEMO

平成24年司法試験論文式試験 民事系第2問 合格者Aさんの再現答案（民事系190.25点）

第1 設問1

1 本件の22年総会において、取締役としてB、C、D、Pが選任されているが、実際の得票数は、多い順にD、C、P、Q、R、B、Aの順であった。

そこで、22年総会ではHを除く4名の実取締役の選任が議題とされており、得票数順であればBではなくQが選任されるべきではなかったが、問題となる。

まず、甲社の定款では、取締役の選任決議は、議決権を行使することが出来る株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、その議決権の過半数をもって行う、とされているところ、本件では議決権を行使することが出来る株主の議決権数100万個のうち77万個の議決権数を有する株主が出席しており、定足数は充たしている。

そして、取締役の選任の議案は一人一人別であるため、Bも39万個の賛成を得ており、これは出席した株主の有する議決権数の過半数を超えているため、取締役の選任の要件は充たしている。

しかし、本件でHは、A、B、C、D、P、Q、Rの順に採決を行っており、Pの得票数を集計した時点で、出席株主の議決権の過半数の賛成を得た候補者が4名に達したので、Q及びRの得票数については議場で集計せずに、B、C、D、Pを取締役として選任された旨の宣言をしている。

このような選任方法では、先に議案として取り上げられた者の方が選任される可能性が高く、後に取り上げられる者はより多くの得票数を獲得したとしても選任されないこととなってしまう、候補者の中で不平等が生じてしまう。

したがって、選任する予定の実取締役の数よりも候補者数の方が多いときには、選任の要件を充たした中で、さらに得票数の多い人から順に選任されるとする方法を採るべきである。

よって、22年総会の取締役の選任決議については、「決議の方法が著しく不公正」な場合に該当し、831条1項1号の株主総会決議の取消事由があるというべきである。

もっとも本件では22年総会の日から3か月以内に、株主総会決議の取消の訴えが提起されておらず、出訴期間は経過しているため、QではなくBを取締役と選任したことも有効なものとして確定しているというべきである。

そして、上記のような瑕疵は重大な瑕疵とまではいえず、無効原因とはならない。

以上より、22年総会には取消事由たる瑕疵は認められるものの、出訴期間を経過した結果、一応有効なものとして確定しており、B、C、D、Pが取締役として選任されたことも適法となる。

第2 設問2

1 小問(1)について

(1) Aは22年総会において取締役の任期が満了しその後再任されていないため、取締役としての地位は有せず、株主の地位しか有していない。

そこで、Aが本件貸付がされるのをあらかじめ阻止する方法と

規則に、根拠規定があるのではないかと探しましたが、見当たりませんでした。  
決議方法が著しく不公正であつてはどうかかわりません。

しては、360条による代表取締役の行為の差止めが考えられる。

ここで、甲社は監査役会設置会社であるので、株主であるAがHの行為を差し止めるためには、「回復することができない損害が生ずるおそれ」があることが必要となる(360条3項)。これは、監査役がいる会社では第1次的に取締役の行為を監視するのは監査役の役割であることによる。

(2) 次に、Fは監査役であるため、Hの行為を差し止めようとする場合には、385条による差止めをすることが考えられる。ここでは、上記の通り第1次的に監視する者として「著しい損害が生じるおそれ」があればよい。

(3) では、本件貸付が法令若しくは定款に違反する行為又は違反するおそれがあるといえるか。

乙社は株主も取締役もPだけの会社であって、実質的にはPの個人会社といえる。

したがって、甲社が乙社に15億円の貸し付けを行うことは、実質的にP個人に15億円を貸すことと同視できるのであって、これは会社と取締役の利益が争反する場面であるといえ、利益相反取引に該当する(356条1項2号)。

また、15億円の貸し付けは、甲社の資本金が30億円であり、その2分の1に該当する額であること、無担保での貸付であることなどを考慮すれば、「重要な財産の処分」(362条4項1号)に該当するものというべきである。

そうすると、本件では取締役会決議が必要となるが(365条、362条4項)、本件では取締役会決議は行われており、この取締役会決議は特別利害関係人であるPを除く他の取締役の賛成を受けているため、適法に成立しているものといえる。

(4) したがって、本件ではHの行為が法令若しくは定款に違反しているものとはいえないため、差し止めは認められないというべきである。

## 2 小問(2)について

(1) まずAとしては、乙社が倒産し、甲社が本件貸付の返済を受けられなくなった場合、株価の低下などの損害が生じるものと考えられ、この場合にH、D、Pに対して429条1項の責任追及をすることが考えられるが、429条1項の「第三者」には株主も含まれるものの、間接損害については423条1項によるべきであるため、429条1項の責任追及はできないというべきである。

そうすると、本件では、上記の株価の下落は会社が損害を被ったことに由来するものであり、間接損害にあたるので、429条1項の責任追及はできないものというべきである。

(2) 次に、Aは847条1項、4項に基づいてH、D、Pに対して423条1項の責任追及をすることが考えられる。

本件では上記の通り利益相反取引に該当し、会社は15億円の返済が受けられなくなったという「損害」を被っているため、423条3項により任務懈怠が推定されることになる。

具体的には、Hは代表取締役として利益相反取引を決定した取締役

ここは、完全にミスです。  
善管注意義務違反のおそれがあれば「法令」に含まれるものとして差し止めできうる、とすべきでした。  
また、利益相反取引の取締役会の決議も重要な事実開示がないとして違法とすれば良かったです。

取締役として 423 条 3 項 3 号、P は 356 条 1 項 1 号の取締役として 423 条 3 項 1 号の取締役に該当し、それぞれ任務懈怠が推定される。

さらに、P は利益相反取引の直接の相手方である取締役であるため、428 条 1 項により無過失責任となるため、自己が無過失であることを証明したとしても責任を免れないことになる。

一方で、H と D については自己が無過失であることを証明すれば、任務懈怠の推定を破ることが可能となる。

したがって、本件では H、D が無過失であることの証明が出来ない限り、H、D、P は 423 条 3 項、1 項により甲社が被った上記の損害について連帯して甲社に賠償する責任を負うことになる (430 条)。

(3) 監査役である F は、H、D、P に対して 423 条 1 項の責任追及をすることが出来るか。

監査役が直接 H、D、P に対して 423 条 1 項の責任追及をすることが出来るという規定はなく、386 条 1 項、2 項により甲社が H、D、P に対して責任追及をする場合において会社を代表して訴訟追行が出来ると規定されているに過ぎない。

したがって、上記の通り、A が 847 条 1 項により会社に対して H らに提訴するように請求した場合には、F は甲社を代表して H らに対して 423 条 1 項の責任追及をすることが出来るようになるというべきである。

そして、この場合でも前述同様 423 条 3 項の規定が適用されるため、H、D が無過失であることの証明が出来ない限り、H、D、P は 423 条 3 項、1 項により甲社が被った上記の損害について連帯して甲社に賠償する責任を負うことになる (430 条)。

### 第 3 設問 3

1 まず、A 及び F が取り消そうとしている 23 年総会の議案①及び②について、F としては、監査役の選任について意見を述べようと H に対して発言の機会を求めたにも関わらず、H が制止したため、F は意見を述べられなかったことが法令に反しているため、決議の方法の法令違反がある、と主張することが考えられる。この主張は認められるか。

(1) 議長には、株主総会において議場での秩序を維持するための権限が付与されており (315 条)、本件で F の意見を述べる機会を与えなかったことも、この権限の範囲内であるとすれば、F の主張は認められないことになる。

(2) しかし、本件で議案①、②が出された経緯として、H が 23 年総会に提出する監査役選任議案の候補者として E、Q、R の 3 名としたい旨を伝えたところ、F、G が反対し監査役会の決定として議案①を提出することを決定したことを受け、取締役である P が株主提案として当初 H が希望していた E、Q、R を候補者とする議案②を提出するに至っている。

そうすると、本件では監査役会と取締役会とで監査役の候補者が対立するような状況にあり、議案②が採用されることはすなわち E、F としては解任に近い状況であるというべきである。

386 条 1 項の規定から F が直ちに 423 条 1 項の提訴が出来てよいのか分からず、A からの提訴を待つことができる、としてしまいました。

ちょっと苦しい構成かなと思いましたが、345 条 4 項を使いたかったので、こうなりました。

(3) 解任及び辞任の際には、監査役の独立性の確保の観点から株主総会における意見陳述権が確保されており（345条4項、1項）、上記の通り解任される場合と状況が似ている本件においては、この規定を類推適用し、Fには意見陳述権が認められるものというべきである。

(4) したがって、Hには議長としての権限を有しているものの、345条4項、1項類推適用により、Fには意見陳述権が確保されるべきであり、これを認めないということは議長の権限の範囲を超えるものとして違法であるというべきである。

(5) よって、Fの主張は認められ、決議方法の法令違反として831条1項1号の要件を充たすものというべきである。

2 次に、Aとしては自己に直接の瑕疵はないものの、上記のFに対する瑕疵を援用して23年総会の決議取消事由があると主張することが考えられる。

確かに、Aとしては自己の権利は侵害されていないとも思えるが、株主総会決議取消の訴えにおいて、文言上自分に対する瑕疵のみを主張できると規定されているわけではなく、831条1項は決議の公正さが害されたのではないかということに関して異議を認める制度であるから、他人に対する瑕疵であっても、同様に主張できるものというべきである。

したがって、本件でも上記のFに対する瑕疵を取消事由としてAは831条1項1号により23年総会の決議取消の訴えを提起することが出来るというべきである。

以上

#### 総合コメント

設問1が捉えどころがなくて、焦りましたが、配点が2だったので、あっさり終わらせることにしました。

設問2に関しては、完全にミスをしてしまったので、かなり痛いです。

#### <構成・作成の配分>

構成：40分

作成：80分

#### <使用した参考書>

会社法事例演習教材

事例で考える会社法

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 2 問 合格者 B さんの再現答案 (民事系 195.59 点)

第 1 設問 1

1 Hは、QRの得票数については議場で集計しないでBCDPを当  
2 選させているため、会社法（以下略）341 条に反しないか。

3 (1) 定足数

4 取締役会選任決議の定足数は、甲社定款において、議決権を行  
5 使することができる株主の議決権の 3 分の 1 以上とされている  
6 (341 条、定款(d))。

7 22 年総会では、議決権を行使することができる株主の議決権が  
8 100 万個であり、出席株主の議決権の数は 77 万個であるから、こ  
9 れを満たす。

10 (2) 決議要件

11 決議要件は、甲社定款において、出席した議決権の過半数をも  
12 って行うこととされている (341 条、定款(d))。

13 22 年総会では、出席株主の議決権数は 77 万個であるから、39  
14 万個を獲得した者が選任され得ることになる。そうすると、BC  
15 DPQRの 6 名がその資格を有する。

16 2 では、取締役 4 名を選任する会社提案がなされた場合において、  
17 それ以上の人数が決議要件を満たしたとき、どのように解すべきか、  
18 明文なく問題となる。

19 (1) まず、取締役の員数内で決議要件を満たした者すべてを選任す  
20 ることも考えられる。しかし、株主総会の目的事項を招集通知に  
21 記載することが義務付けられた趣旨は (299 条 4 項、298 条 1 項  
22 2 号)、株主に決議事項について準備させ、適切な議決権行使を  
23 図るためである。そうであれば、取締役 4 名の選任決議という目  
24 的事項以上の選任をすることは当該趣旨に反する。また、会社側  
25 の合理的意思にも反する。したがって、4 名を選任すべきである。

26 (2) そして、決議要件を定めた 341 条の趣旨は、株主の意思を適切  
27 に反映させ、候補者間の公平を図るためである。そうであれば、  
28 もっとも得票数が多い者から順に当選させることがその趣旨に  
29 合致する。

30 (3) 本件では、もっとも得票数が多いのは、CDPQの 4 名である。  
31 したがって、HがBCDPを当選させた行為は 341 条に反し不当  
32 である。

33 3 本件では、決議取消の訴え (831 条 1 項) が提起されておらず、  
34 出訴期間も溶かしているから、決議は無効となっていない。また、  
35 無効確認の訴え (830 条 2 項) を提起することも考えられるが、「決  
36 議内容」の法令違反ではないから、当該訴えも提起できない。以上  
37 より、決議は無効とはならない。

38 第 2 設問 2

39 1 小問(1)

40 (1) Aについて

41 ア 違法行為差止請求 (360 条 1 項、4 項) 及び仮処分の申立て  
42 (民事保全法 23 条 2 項) をすることが考えられる。

43 イ 6 箇月前から株式を有する株主

44 Aは、平成 20 年の時点で株式を有しており、6 箇月前から  
45 株式を有する株主である。  
46

設問 1 は、規則まで探した  
が条文がなかったの  
で、皆そんなにできない  
だろうと思い、簡単に終  
わらせてかったが、結局  
書いているうちに長く  
なってしまった。

問題文に当否と書かれ  
ていたもので、有効無効ま  
で聞かれているのか分  
からなかった。有効無効  
について何も書かず、不  
当であると終わらせる  
のも怖かったので、少し  
触れた。

重要な財産についての  
手続への言及も思いつ  
いたが、役会決議も経て  
いて、手続の違法が思い  
当らなかったもので、時間  
との関係もあり、言及し  
なかった。

要件検討までしたかった  
が、時間がなくてできな  
かった。

ウ 取締役が法令に違反する行為をするおそれ

(ア) 乙社は、株主も取締役もPだけの会社であるから、乙社への本件貸付は、Pへの貸付と同視でき、利益相反取引に当たる(356条1項1号、365条)。そして、本件においては、取締役会決議による承認を経ているが、無担保による貸付が善管注意義務違反(330条、民法644条)に当たるのではないかが問題となる。

(イ) 取締役は、会社の財産が不当に流出しないように注意すべきである。そして、実祭の活動をほとんど行っていない乙社に対し、15億という資本金の半分を占める多額の貸し付けを、しかも無担保で行うと、乙社が倒産すれば、15億がそのまま返ってこないことになる。これは、会社財産の不当な流出といってよく、善管注意義務違反がある。

(ウ) したがって、「法令」に違反するおそれがある。

エ 回復することができない損害(360条4項)

甲社は、監査役設置会社であり、「回復することができない損害」が要件となる。

そして、15億円という多額の貸付を無担保で行い、乙社の倒産等により返済がなされなかった場合、経営環境の悪化している甲社は、倒産のおそれがある。これは、回復することができない損害である。

オ 以上より、Aは、Hに対し、本件貸付の差止請求をすることができる。

(2) Fについて

ア Fは監査役であるから、監査役による違法行為差止請求(385条1項)及び仮処分の申立て(民事保全法23条2項)をすることが考えられる。

イ 取締役が法令に違反する行為をするおそれ

前述のように、善管注意義務違反のおそれがある。

ウ 著しい損害

甲社倒産のおそれは、著しい損害である。

エ 以上より、Fは、Hに対し、本件貸付の差止請求をすることができる。

2 小問(2)

(1) Aは、「6箇月前から引き続き株式を有する株主」であるから、HDPに対し、423条の責任を追及するため、株主代表訴訟(847条1項、3項)を提起することが考えられる。また、Fは監査役であるから、上記株主提訴請求された場合に会社を代表する(386条2項1号)。そこで、HDPに423条の責任を追及することができるか検討する。

(2) Pに対して

ア Pは、取締役である。

イ 「任務を怠った」

前述のように、本件貸付は、利益相反取引である。そして、Pは、356条1項における利益が相反する取締役であるから、任務を怠ったものと推定される(423条3項1号)。

この辺りは、時間がなくて焦って書いた記憶がある。書いた内容についての記憶が曖昧。

- 93 ウ 責めに帰すべき事由 (428 条)  
94 Pは、自己のために取引を行っていることから無過失責任を  
95 負う。  
96 エ 損害  
97 甲社が返済を受けられなくなった損害は、15 億円である。  
98 オ 因果関係  
99 Pの利益相反取引と損害との間に相当因果関係がある。  
100 カ 以上より、Pは、423 条 1 項の責任を負う。

101 (3) Hに対して

- 102 ア Hは取締役である。  
103 イ 「任務を怠った」  
104 Hは、本件貸付についての取締役会決議において賛成した取  
105 締役であるから、任務を怠ったものと推定される (423 条 3 項  
106 3 号)。

107 ウ 責めに帰すべき事由

- 108 責めに帰すべき事由とは、故意過失をいい、過失とは、注意  
109 義務の存在とその懈怠をいう。Hは、取締役として会社財産の  
110 不当な流出を防ぐ注意義務を有しているところ、15 億という多  
111 額の貸付を無担保で行うことは、当該注意義務の懈怠がある。  
112 エ 損害及び因果関係は、前述のとおり存在する。  
113 オ 以上より、Hは、423 条 1 項の責任を負う。

114 (4) Dに対して

- 115 ア Dは取締役である。  
116 イ 「任務を怠った」  
117 Dは、本件貸付についての取締役会決議において賛成した取  
118 締役であるから、任務を怠ったものと推定される (423 条 3 項  
119 3 号)。

120 ウ 責めに帰すべき事由

- 121 Dは、Hと同様に注意義務の懈怠がある。  
122 エ 損害及び因果関係は、前述のとおり存在する。  
123 オ 以上より、Hは、423 条 1 項の責任を負う。

124 (5) A及びFは、HPDに対して、上記請求をすることができる。

125 第3 設問3

- 126 1 A及びFは、決議の方法が法令に違反しているとして決議取消の  
127 訴え (831 条 1 項 1 号) を提起することが考えられる。  
128 2 Aは、株主であり、Fは監査役であるから、「株主等」にあたり (831  
129 条 1 項、828 条 2 項 1 号)、原告適格がある。  
130 3 決議方法の法令違反  
131 監査役の選任を総会に提出するまでの手続は、343 条 1 項、3 項  
132 等に沿ったものであり、有効である。  
133 しかし、監査役であるFが監査役の選任について意見を述べよう  
134 とHに発言の機会を求めたにもかかわらず、Hが制止している。当  
135 該行為は、著しく不当な事項について株主総会に対して調査結果を  
136 報告することを求めた 384 条に違反する。  
137 したがって、報告なしに決議しているため決議方法に法令違反が  
138 ある。

HとDの差がなくておか  
しいなと思いながらも、  
時間がなく、止まって考  
える余裕がなかった。

法令違反行為がなかな  
か見つからず、また、条  
文も探せず、時間だけ過  
ぎて薄い答案になって  
しまった。

択一で、385 条 4 項の条  
文があるのは知ってい  
たが、見つからなかつ  
た。試験中は、時間の許  
す限り探したが、タイム  
リミットとなった。た  
だ、できるだけ、事案に  
近い条文を出さなけれ  
ばと、384 条を書いた。

4 裁量棄却 (831条2項)

Fの意見があれば、決議に影響を及ぼしたと考えられる上、適正な議決権行使にとって重大な違反といえる。したがって、裁量棄却は許されない。

以上

総合コメント

見たことがない設問1や条文を探すのに時間をとられ、全体的に時間が足りなく、物足りない答案になってしまった。

＜時間配分＞

答案構成：35分

答案作成：85分

＜使用した参考書・問題集＞

行政法：事例研究，事案解析の作法

民法：事例演習教材

会社法：事例演習教材

民訴：解析

刑法：事例演習教材

刑訴：ロースクール刑訴，事例演習刑事訴訟法

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 2 問 不合格者 C さんの再現答案 (民事系 119.8 点)

第 1 設問 1

1 本件決議に際して、各取締役候補者ごとに選任の可否につき採決を行い、その結果過半数の賛成を得たものを取締役とする方法により選任がされている。この方法に問題はなかったか。甲社定款には累積投票の方法を排除する定めがおかれていることから、342 条の適用はない。そこで、累積投票制度を採用しない会社における取締役選任決議の方法が問題となる。

そもそも決議取消の訴えが提起されていないから、何が問題になるのかすらわからなかった。

たしかに、会社法 341 条は役員の選任を多数決による事を定めているから、本件のような方法によるべきとも考えられる。しかし、この方法によった場合、審議の順序によって結論が変わりうることになり、実際本件でもより多数の支持を得ていた Q、R が取締役に選任されないという結果となっている。これは、議長となるものの裁量次第で取締役の選任を左右しうることになるため、妥当でない。

資料からするとこの結論がおかしいだろうということはすぐに思いついた。適否だけでなくここで切ってしまうてもよかったのか？

2 そもそも法が累積投票制度の採用を会社に義務づけることなく定款による排除を許容している趣旨は、累積投票には、少数株主であっても自己の議決権を一人の候補者に集中させることにより自らの代表として取締役に選任して経営に一定の影響を持つことができるため、少数株主の保護に資するという美点はある。しかし、その反面で株主間の対立がそのまま取締役会にも持ち込まれる恐れがあるため、経営が不安定となる危険もまた有している。そこで、いずれを採用するかは会社の自由な判断にゆだねるべきとの考慮に基づくものである。

累積投票を排除しているという事情はここで使うべきと考えた。

となると、これを採用していない会社においては、そもそも個人別に取締役に選任すること自体が想定されておらず、取締役選任議案を一括して審理する事により多数派が全取締役に選任する事が想定されていると考えるべきである。

3 よって、本件では甲社提案の ABCD の選任議案と、乙社提案の DPQR の選任議案を審議し、賛成票の多い方を採用するべきであった。にもかかわらず単純多数決によった事は妥当ではなかったと考えられる。

一体その結論としてどうなるのか？妥当性の話か適法性の話かも区別できなかった。

第 2 設問 2

1 小問(1)について

(ア) まず、A は株主である。そこで、H による貸し付けは利益相反であるから、法令違反であるとして 360 条に基づき差し止めを請求する事が考えられる。そこで、この要件につき検討する。まず、本件甲社は公開会社であるから、6 か月前から株式を保有している必要はなく、単に株主であればよい (同条 2 項) ため、この点は問題ない。

もっとも、本件で甲社は監査役設置会社であるから、取締役の行為により回復不可能な損害が生じる恐れがある事が必要となる (同条 3 項)。本件で行われようとしているのは金銭の貸付であり、確かに額は多額であるが事後的にそれを無効とするなどの手段により回復する事は可能であるから、この要件を満たさない。

このあたりは条文通りなのでとにかく六法をめくって条文を指摘する事が心がけた。

(イ) 一方、F は監査役であるから、385 条に基づき差し止め請求をすることが考えられる。

そして、このためには取締役の行為により著しい損害が生じる恐れがある事が要件となるが、前述の通り本件で貸し付けが行われる額は15億円であり、甲社の資本金30億円の半分である。しかも、無担保の貸付であるから、これが回収不能となる恐れが強く、その場合には甲社に著しい損害が生じる恐れがあるというべきである。

よって、Fの差止請求は認められる。

(ウ) 以上のように、監査役は差止請求ができるのに株主は差止請求ができない事になるが、これは監査役を設置している会社においては、取締役の違法行為を監視し、差し止める権限は監査役が担うものであり、株主が行うのは監査役の行動を待つ余裕がない緊急の場合に限られるべきとの立法趣旨に基づく帰結であるから、この結論は妥当である。

条文の帰結だが、理解を示すために書いておいた方がいいかと思った。

## 2 小問(2)について

(ア) AFは、本件取引が利益相反取引である(356条)ことをまず主張すると考えられる。すなわち、本件取引の相手方はPが取締役を務める会社であることから、取締役Pの利益と公社の利益が相反する事を主張する。もっとも、このような取引が直接取引(同条1項2号)にあたるのか、それとも間接取引(同3号)にあたるのかが問題となる。そもそも両者が区別されているのは、2号の場合は相手方が取締役であるからその保護を考慮する必要がないのに対し、3号の場合は相手方は第三者であるからその保護を考慮する必要がある点に基づく。となると、両者は相手方が保護すべきかどうか、すなわち取締役が実質的な利益主体となっているかにより区別するべきである。

この論点の実益がよくわかっていない。

本件では、確かに乙社とPは別人格ゆえ、一見利益主体はPではないように思える。しかし、乙社は事業活動を行っており、かつ株主も取締役もPのみであるから、実質的には乙社の利益とPの利益は同一である。となると、Pが実質的な利益主体と見るべきである。よって、2号の直接取引にあたる。

後で法人格否認の話を  
するならいっそこで  
同一人格と言ってしま  
った方が早かったかも  
しれない。

(イ) 以上を前提に、各取締役の責任について検討する。まずHは甲社を代表して本件貸し付けを行っているから、423条3項2号の取締役にあたり、任務懈怠が推定される。また、Dはこれに賛成しているから、同項3号によりやはり任務懈怠が推定される。一方、Pについては議決に加わっていないため、取締役としての責任を負わない。ただし、前述のように乙社をPは実質的に支配していることから、法人格否認の形骸化事例に該当する。そのため、乙社の債務がPに帰属する事になり、乙社に対する貸付金債権15億円を会社に対し弁済する責任を負うことになる。

反証が可能な事の指摘を  
忘れていた。

(ウ) そこで、次にこれらの債権につきAFがいかなる手段をとるのかにつき検討する。

まず、Aは株主であるから、847条1項に基づき株主代表訴訟を提起する事が考えられる。そして、HDの責任については、取締役としての責任であるから、株主代表訴訟の対象となることに争いはない。では、Pの責任についてはどうか。Pの債務

は取締役として負うものではなく取引の相手方として負う債務にすぎないから、株主代表訴訟の対象とはならないのでは  
ないか。株主代表訴訟の対象となる責任の範囲が問題となる。

これについては直前に判例を見ていた。

たしかに、株主代表訴訟は取締役の責任追及のためのものであるから、取引債務は対象とならないとも考えられる。しかし、このように解すると利益相反行為によって負う責任が含まれない事になるが、これは妥当でない。そもそも株主代表訴訟の趣旨は、取締役同士では責任追及が十分にされない可能性がある点に求められるが、このおそれは取締役の責任以外の取引債務の場合も同様に妥当する。となると、取引債務も株主代表訴訟の対象となるから、Pに対する責任追及も可能である。

そもそもPが通常の債務不履行責任を負う可能性は残っているのだから、そちらも検討すべきだったかもしれない。

以上より、Aは株主代表訴訟の方法によりHDPに対する責任追及を行うことが可能である。

本当に同じと考えたよかったのかはわからないが、時間の事を考えて短く収めた。

一方、Fについては監査役であるから、386 条 1 項により責任追及の訴えについて会社を代表する権限を有する。そして、この対象にPの取引債務が含まれることはAの場合と同様である。

### 第3 設問3について

- 1 AFは、①Pが取締役であるにもかかわらず株主提案権を利用して監査役を選任議案を提出した事は343 条 1 項の潜脱であって著しく不公正な方法にあたる、②Fが監査役を選任につき意見を述べようとした際に議長Hに制止されてそれができなかったことから決議方法が345 条 1 項、4 項に違反すると主張する事が考えられる。
- 2 まず①については、確かにPは取締役として取締役会を通じて監査役の選任議案を提出するべきであり、その場合に必要な監査役会の同意がない事は、著しく不公正であるとも考えられる。しかし、343 条 1 項の趣旨は、監査役の選任議案の提出権限を背景に監査役の職務の独立性に対する圧力が加えられることを防止する点にある。しかし、この監査役の独立性も、総会で監査役を選任する以上、究極的には株主の利益のためのものであり、そのために株主の提案権を制限する事は法が予定していないと考えられる。よって、この主張は失当であると考ええる。

ここは時間が足りず十分に書けなかった。

この問題意識が正しかったかはわからないが、監査役会が選任議案を出した後でPが提出、という事情が気になった。

一方、②については、これが違法である事は明らかであるが、裁量棄却(831 条 2 項)が認められないか。しかし、そもそも上記のように総会の機能を重視する前提としては、株主が十分な情報を与えられた上で判断する事が必要である。となると、そのための情報提供を定めた345 条 1 項、4 項への違反は重大でないということとはできない。よって、裁量棄却は認められない。

①と関連して一貫するように心がけた。

- 3 以上より、決議取消の訴えは認められる。

以上

### 総合コメント

問1からいきなり出題意図がつかめなかった。現場で考える問題が多かったから、何とか使えそうな条文を指摘して守ろうと思ったが、結果的に全体的に浅い論述となったのが悔やまれる。

#### <時間配分>

構成 40分 答案作成 80分

#### <使用した参考書、問題集>

憲法 芦部憲法，憲法上の権利の作法，事例研究憲法  
行政法 櫻井橋本，行政法判例ノート，事案解析の作法  
民法 内田民法，民法総合事例演習  
商法 神田，江頭，事例で考える会社法  
民訴法 重点講義，ロースクール民事訴訟法，事例演習  
民事訴訟法  
刑法 高橋（総論），西田（各論），刑法事例演習教材  
刑訴法 安富刑訴法，事例演習刑事訴訟法

平成24年司法試験論文式試験問題 民事系第3問（民事訴訟法）

〔民事系科目〕

〔第3問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3.5：4：2.5）  
次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

【事例】

Xは、Aに対し、300万円を貸し渡したが、返済がされないまま、Aについて破産手続が開始された。Xは、BがAの上記貸金返還債務を連帯保証したとして、Bに対し、連帯保証債務の履行を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟1」という。）。

第1回口頭弁論期日において、被告Bは、保証契約の締結の事実を否認した。

原告Xは、書証として、連帯保証人欄にBの記名及び印影のある金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書（資料参照。以下「本件連帯保証契約書」という。なお、その作成者は証拠説明書においてX、A及びBとされている。）を提出した。

Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の印影は自分の印章により顕出されたものであるが、この印章は、日頃から自分の所有するアパートの賃貸借契約の締結等その管理全般を任せている娘婿Cに預けているものであり、押印の経緯は分からないと述べた。Xが主張の補充を検討したいと述べたことから、裁判所は、口頭弁論の続行の期日を指定した。

以下は、第1回口頭弁論期日の後にXの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会話である。

弁護士L：証拠として本件連帯保証契約書がありますから、立証が比較的容易な事件だと思っていましたが、予想していなかった主張が被告から出てきました。被告の主張は、現在のところ裏付けもなく、そのまま鵜呑みにすることはできませんから、当初の請求原因を維持し、本件連帯保証契約書を立証の柱としていく方針には変わりはありません。もっとも、Xによれば、本件連帯保証契約書の作成の経緯は「主債務者AがCとともにX方を訪れた上、連帯保証人欄にあらかじめBの記名がされ、Bの押印のみがない状態の契約書を一旦持ち帰り、後日、AとCがBの押印のある本件連帯保証契約書を持参した」ということのようなので、こちら側から本件連帯保証契約書の作成状況を明らかにしていくことはなかなか難しいと思います。

修習生P：二段の推定を使えば、本件連帯保証契約書の成立の真正を立証できますから、それで十分ではないでしょうか。

弁護士L：確かに、保証契約を締結した者がB本人であるとの前提に立てば、二段の推定を考えていけば足りるでしょう。他方で、仮にCがBから印章を預かっていたとすると、CがBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したということも十分考えられます。

修習生P：しかし、本件連帯保証契約書には「B代理人C」と表示されていないので、代理人Cが作成した文書には見えないのですが。

弁護士L：代理人が本人に代わって文書を作成する場合に、代理人自身の署名や押印をせず、直接本人の氏名を記載したり、本人の印章で押印したりする場合があります。

このような場合を署名代理と呼んでいます。その法律構成については、考え方が分かれるところですが、ここでは取りあえず通常の代理と同じであると考え、かつ、代理人の作成した文書の場合、その文書に現れているのは代理人の意思であると考え、本件連帯保証契約書の作成者は代理人Cとなります。

そこで、私は、念のため、第2の請求原因として、Bではなくその代理人Cが署名代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加し、敗訴したときには無権代理人Cに対し民法第117条の責任を追及する訴えを提起することを想定して、Cに対し、訴訟告知をしようと考えています。

修習生P：訴訟告知ですか。余り勉強しない分野ですのでよく調べておきます。

しかし、本件連帯保証契約書を誰が作成したかが明らかでないからといって、第2の請求原因を追加する必要まであります。裁判所が審理の結果を踏まえてCがBの代理人として保証契約を締結したと認定すれば足りるのではないのでしょうか。最高裁判所の判決にも、傍論ながら、契約の締結が当事者本人によってされたか、代理人によってされたかは、その法律効果に変わりがないからとして、当事者の主張がないにもかかわらず契約の締結が代理人によってされたものと認定した原判決が弁論主義に反しないと判示したもの（最高裁判所昭和33年7月8日第三小法廷判決・民集12巻11号1740頁）があるようですが。

弁護士L：その判例の読み方にはやや難しいところがありますから、もう少し慎重に考えてください。先にも言ったとおり、本件連帯保証契約書の作成者が代理人Cであるという前提に立つと、本件連帯保証契約書において保証意思を表示したのは代理人Cであると考えられ、その効果がBに帰属するためには、BからCに対し代理権が授与されていたことが必要となります。そうだとすると、第2の請求原因との関係では、BからCへの代理権授与の有無が主要な争点になるものと予想され、本件連帯保証契約書が証拠として持つ意味も当初の請求原因とは違ってきますね。なぜだか分かりますか。

修習生P：二段の推定が使えるかどうかといったことでしょうか。

弁護士L：良い機会ですから、当初の請求原因（請求を基礎付ける事実）が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②XB間における保証契約の締結、③②の保証契約が書面によること及び④①の貸金返還債務の弁済期の到来であり、第2の請求原因（請求を基礎付ける事実）が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②代理人Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び法律行為）、③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結についての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）、④②の保証契約が書面によること及び⑤①の貸金返還債務の弁済期の到来であるとして、処分証書とは何か、それによって何がどのように証明できるかといった基本に立ち返って考えてみましょう。

### 〔設問1〕

- (1) Xが当初の請求原因②の事実を立証する場合と第2の請求原因③の事実を立証する場合とで、本件連帯保証契約書が持つ意味や、同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが持つ意味にどのような違いがあるか。弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえて説明せよ。

- (2) Xが第2の請求原因を追加しない場合においても、裁判所がCはBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したとの心証を持つに至ったときは、裁判所は、審理の結果を踏まえて、CがBの代理人として保証契約を締結したと認定して判決の基礎とすることができるというPの見解の問題点を説明せよ。

【事例（続き）】

第2回口頭弁論期日において、原告Xは、第2の請求原因として、被告Bではなくその代理人Cが署名代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加した。Bは、第2の請求原因に係る請求原因事実のうち、保証契約の締結に先立ちBがCに対し同契約の締結についての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）を否認し、代理人Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び法律行為）は知らないと述べた。

第3回口頭弁論期日において、Xは、第3の請求原因として、Xは、Cには保証契約を締結することについての代理権があるものと信じ、そのように信じたことについて正当な理由があるから、民法第110条の表見代理が成立する旨の主張を追加した。Bは、表見代理の成立の要件となる事実のうち、基本代理権の授与として主張されている事実は認め、その余の事実を否認した。

同期日の後、Xは、Cに対し、訴訟告知をし、その後、BもCに対して訴訟告知をしたが、Cは、X及びBのいずれの側にも参加しなかった。

裁判所は、審理の結果、表見代理が成立することを理由として、XのBに対する請求を認容する判決を言い渡し、同判決は確定した。

Bは、CがBから代理権を与えられていないにもかかわらず、Xとの間で保証契約を締結したことによって訴訟1の確定判決において支払を命じられた金員を支払い、損害を被ったとして、Cに対し、不法行為に基づき損害賠償を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟2」という。）。

〔設問2〕

訴訟2においてBが、①CがBのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと、②①の保証契約の締結に先立って、Cが同契約の締結についての代理権をBから授与されたことはなかったこと、を主張した場合において、Cは、上記①又は②の各事実を否認することができるか。Bが訴訟1においてした訴訟告知に基づく判決の効力を援用した場合において、Cの立場から考えられる法律上の主張とその可否を検討せよ。

【事例（続き）】

以下は、訴訟1の判決が確定した後に原告Xの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会話である。

弁護士L：今回は幸いにして勝訴することができましたが、私たちの依頼者Xとしては、仮にBに敗訴することがあったとしても、少なくともCの責任は問いたいところでした。そこで、B及びCに対する各請求がいずれも棄却されるといういわゆる「両負け」を避けるため、今回は訴訟告知をしました。民事訴訟法にはほかに「両負け」を避けるための制度があることを知っていますか。

修習生P：同時審判の申出がある共同訴訟でしょうか。

弁護士L：そうですね。良い機会ですから、今回の事件の事実関係の下で同時審判の申出がある共同訴訟によったとすれば、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告が「両負け」を避けることができたのか、整理してみてください。例えば、以下の事案ではどうなるでしょうか。

（事案）XがB及びCを共同被告として訴えを提起し、Bに対しては有権代理を前提として保証債務の履行を求め、Cに対しては民法第117条に基づく責任を追及する請求をし、同時審判の申出をした。第一審においては、Cに対する代理権授与が認められないという理由で、Bに対する請求を棄却し、Cに対する請求を認容する判決がされた。

### 〔設問3〕

同時審判の申出がある共同訴訟において、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告の「両負け」を避けることができるか。上記（事案）の第一審の判決に対し、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲との関係で論じなさい。

【資料】

金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書

平成〇〇年〇月〇日

住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)  
貸 主 X 印

住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)  
借 主 A 印

住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)  
連帯保証人 B 印

- 1 本日、借主は、貸主から金三百萬円を次の約定で借入れ、受領した。  
弁済期 平成〇〇年〇月〇日  
利 息 年 3 パーセント (各月末払)  
損害金 年 1 0 パーセント
- 2 借主が次の各号の一にでも該当したときは、借主は何らの催告を要しないで期限の利益を失い、元利金を一時に支払わなければならない。
  - (1) 第三者から仮差押え、仮処分又は強制執行を受けたとき  
・・・・(略)
- 3 連帯保証人は、借主がこの契約によって負担する一切の債務について、借主と連帯して保証債務を負う。

平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨 民事系第3問

本問は、原告Xが被告Bに対し連帯保証債務の履行を求める訴えを提起したが、Bの陳述から、その保証契約の締結の際、代理人としてCが関与していた可能性があることが明らかになったため、XがXC間での保証契約の締結という第2の請求原因を追加することを検討しているという事案を基に、書証による証明（設問1・小問（1））、当事者からの主張の要否（同・小問（2））、訴訟告知の効力（設問2）及び同時審判申出共同訴訟の機能（設問3）について論じることを求めている。

〔設問1〕の小問（1）は、連帯保証債務の履行を求める訴えである訴訟1において、原告Xが当初の請求原因②の事実（XB間における連帯保証契約の締結）を立証する場合と第2の請求原因③の事実（BのCに対する代理権授与）を立証する場合のそれぞれについて、書証である本件連帯保証契約書、特に同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが持つ意味を説明することを求める問題である。説明をする際には、問題文にあるとおり、弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえることが求められており、具体的には、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成者とされるのが誰であるのかと関連付けつつ、処分証書や二段の推定の意義及び訴訟上の機能を明確にして論じることが期待されている。

本件連帯保証契約書が持つ意味を簡潔に述べるとすれば、『本件連帯保証契約書は、当初の請求原因②の事実（XB間における連帯保証契約の締結）の存在を直接証明するための証拠となるが、第2の請求原因③の事実（BのCに対する代理権授与）を直接的に証明する証拠となることはない。』ということである。

『XB間における連帯保証契約の締結』という要証事実を立証する場合には、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄には連帯保証をする旨のBの意思が表現されていることになるから、その成立の真正が認められれば、直ちに『XB間における連帯保証契約の締結』の事実が証明されることになる。文書の成立の真正を認定する際には、いわゆる二段の推定が働く。以上のことを、二段の推定の意味内容も含めて丁寧に説明していけば、処分証書や二段の推定の意義や訴訟上の機能を正確に理解し表現するという課題に応えたことになり、また、二段の推定の意味内容を説明すれば、その中でBを作成者とする趣旨との関連がおのずから明確にされることになる。

これに対し、『BのCに対する代理権授与』という要証事実を立証する場合には、問題文にあるとおり、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成者をCと見る前提に立つ以上、そこにBのCに対する代理権授与の意思が表現されていることはなく、本件連帯保証契約書が『BのCに対する代理権授与』の事実を直接的に証明する証拠となることもない。

本件連帯保証契約書ではなく、そこにBの印章による印影が顕出されていることをもって、『BのCに対する代理権授与』という要証事実との関係で間接証拠となることを論じることは考えられるが、その場合には、それがどのような意味で間接証拠になり得るのか、すなわち、どのような過程をたどって要証事実を推認させるのかを、丁寧に説明する必要がある。例えば、一般に印章の管理は厳格に行われ、それにもかかわらず本件連帯保証契約書の連帯保証人欄にBの印章による印影が顕出されていることからすれば、Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成に先立って、自分の印章をCに交付しており、その際、Cに対し本件連帯保証契約の締結についての代理権も授与していたことが推認され得るといった説明である。

〔設問1〕の小問（2）は、司法修習生Pの見解を批判的に検討することを求める問題である。この見解は、最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁〔百選第4版・47〕の説示する内容に沿うものであるが、裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の資料としては

ならないという弁論主義の命題との関係で検討すべき点がある。上記命題が主要事実について働くものであることや、代理権の発生原因事実等は主要事実であることを確認しつつ、論じることが期待されている。

〔設問2〕は、訴訟1において表見代理が成立することを理由としてXのBに対する請求を認容する判決が言い渡され、同判決が確定したことを受けて、BがCに対し提起した不法行為に基づき損害賠償を求める訴え（訴訟2）において、原告Bが、請求原因として主張した、①Cの顕名及び法律行為、②Cの無権代理の各事実をCが否認することの可否を検討することを求める問題である。

問題文からも明らかなように、訴訟1においてBがした訴訟告知に基づく判決の効力を受けることを回避するための理論構成を、まずは被告Cの立場から検討することが求められており、具体的には、訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性を示した上で、被告者であるCが受けることとなる効力の性質、効力を制限するための論拠と本件事案への当てはめといったことを明確に論じることが期待されている。

訴訟告知を、専ら告知者の利益保護のための制度であり、第三者に判決効を及ぼすための手段であると見る考え方もあるものの、このような考え方に対しては異論が強く、本間においても、被告者Cに対する効力が全く制限されないという結論を採りつつ説得力のある論述をすることは容易でない（以上につき、仙台高判昭和55年1月28日高裁民集33巻1号1頁〔百選第2版・111〕、最判平成14年1月22日集民205号93頁〔百選第4版・105〕参照）。

なお、被告者Cに参加的効力が及ぶか否かを検討する際に、Cに補助参加の利益があったといえるか否かという観点から論じることが可能ではあるが、一般に補助参加の利益が広く解されていることからすると、Cにとって望ましい結論を得るのは難しく、本間においてそのような観点から論じることの実益は乏しいと思われる。

被告者が受けることとなる参加的効力を制限する論拠としては、大きくとらえれば、被告者と告知者との利害対立の可能性に着目することと、参加的効力の及ぶ客観的範囲に着目することの二つが考えられる。

前者の観点からは、参加的効力の趣旨は、補助参加人と被参加人との間で被参加人敗訴の責任の分担を図ることにある以上、被告者が参加的効力を受ける場合とは、被告者が告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害の一致があり、そうすることを期待できる立場にあるときに限られる、そして、BC間にそのような利害の一致はない（BからCに対する代理権授与は、Bにとっては不利であるが、Cにとっては有利である）ことからすれば、①②の事実ともにCには参加的効力が及ばない、と論じることが考えられる。

また、後者の観点からは、次のように論じることができる。すなわち、参加的効力が及ぶ客観的範囲は、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断のほか、その前提として判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶが、判決理由中の判断については、いわゆる傍論が拘束力を持つ理由は乏しく、判決主文中の判断を導き出すために必要かつ十分なものに限られる。これを本件について見ると、訴訟1においては、B敗訴の判決で表見代理の成立が認定されているものの、そのためにCの無権代理の判断が必要であるわけではない。このような論拠からは、参加的効力の客観的範囲に含まれるのは①の事実（Cの顕名及び法律行為）だけであり、②の事実（Cの無権代理）はこれに含まれないことになる。

〔設問3〕は、同時審判の申出がある共同訴訟において、上訴があった場合の審判の統一がどのように、また、どの程度まで図られるかを検討することを求める問題である。検討をする

際には、問題文において与えられた事案において、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲を明確にしつつ、「両負け防止」の趣旨が実現される仕組みやその程度を論じることが求められている。

同時審判申出共同訴訟は、民法第117条の無権代理人の責任と本人の責任のように実体法上併存し得ない請求について、実体法上あり得ないはずの両負けを避けるために設けられたものであり、弁論及び裁判の分離が禁止され（民事訴訟法第41条第1項）、同一手続で審理及び判決がされることによって事実上裁判の統一が図られることが期待できる。もっとも、同時審判共同訴訟の性質はあくまでも通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が妥当する（同法第39条）ことから、共同被告の一方の上訴又は一方に対する上訴の提起があっても、その余の部分は確定してしまい、移審もしないと解されている。

このように、上訴のあった当事者間の請求についてしか確定遮断と移審の効果が生じず、上訴審の審判対象となるのもその範囲のみである（敗訴当事者が上訴しなかった請求については附帯上訴の余地もない）ことから、移審する部分と移審しない部分とで審判の統一が図られない可能性があり、①Cのみが控訴した場合には、控訴審での両負けがあり得る。これに対し、②双方が控訴した場合には、弁論及び裁判の併合が要求され（同法第41条第3項）、第一審段階と同様に事実上裁判の統一が図られることが期待できる。

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 3 問 合格者 A さんの再現答案（民事系 190.25 点）

第 1 設問 1

1 小問(1)について

(1) まず、当初の請求原因②の事実を立証する場合、本件連帯保証契約書は処分文書、すなわち、それによって証明しようとする法律上の行為がその文書によってなされた文書に当たり、形式的証拠力が認められた場合には、請求原因②の事実が立証できることになる。

そして、同契約書中に B の印章による印影が顕出されている場合、そこから本件連帯保証契約書の B の印章は B の意思に基づいてされたものと事実上推定され、その結果 228 条 4 項により、同契約書は真正に成立したものと法律上推定されることになる（二重の推定）。

したがって、当初の請求原因②の事実を立証しようとする場合には、B の印章による印影が顕出されていることから、二重の推定の効果として形式的証拠力が認められることになり、そして本件連帯契約書は処分文書に当たるため、実質的証拠力も認められることになる、という意味を持つ。

(2) 次に、第 2 の請求原因③の事実を立証しようとする場合、ここで立証しようとしていることは代理権の発生原因事実であるため、本件連帯契約書が真正なものと認められたとしても代理権発生の事実を直接立証できるものではなく、処分文書としての機能は有しない。

また、この場合は上記のような二重の推定が働く場面ともいえない。

しかしながら、本件連帯契約書が存在すること、及び B の印章による印影が顕出されているような場合には、C が B から印鑑を渡されて、B の代わりに契約書に印を押したのではないかという推認が働くことになり、その結果として C が B に対して事前に代理権を授与していたのではないかという間接事実として機能することになるというべきである。

したがって、第 2 の請求原因③の事実を立証しようとする場合、当初の請求原因②の場合と異なって、処分文書や二重の推定が働く場面とは異なるものの、B が C に対して代理権を授与したのではないかという間接事実として意味を持つ事実であるというべきである。

2 小問(2)について

(1) 最判昭和 33 年 7 月 8 日判決（以下、「昭和 33 年判決」という）では、傍論において当事者の主張がなくとも契約の締結が代理人によってされたと認定することは弁論主義に反しないとしているが、本件事情のもとではなお弁論主義に反するおそれがある、という問題点があるというべきである。

(2) 弁論主義は判決の基礎をなす事実の画定に必要な資料の提出を当事者の権能及び責任とする建前をいい、紛争解決内容における当事者の意思の尊重が根拠である。

そして、その内容の一つとして、裁判所は当事者の主張しない事実について判決の基礎とすることが出来ない、というものがあ

弁護士 L の指示も答案にかかかなければならないということで、書く順番に悩みました。

33 年判決の事案を詳しく覚えていなかったもので、本件とどこが違うのか説明できず、抽象的な議論となってしまうしました。

る。

これは、当事者から主張させることによって、当事者の意思を尊重し、また相手方の不意打ちを防止するために必要となる。

- (3) 本件において有権代理の認定をしようとする場合、代理権授与の事実・顕名の事実というのは、主要事実となるため当事者の主張が必要な事実である。

そして、当初の請求原因では、BがCに対して代理権を授与した事実について全く争点とされておらず、昭和33年判決に従って第2の請求原因を追加していないにも関わらず有権代理の認定をしてしまうと、まさにBにとって不意打ちとなってしまう。

- (4) したがって、本件の事情の下では、33年判決とは事案が異なるため射程は及ばないとして、なお弁論主義に反する恐れがあるという問題点がある。

## 第2 設問2

- 1 Bが訴訟1においてした訴訟告知による判決の効力を援用した場合に、Cとしては、本件では53条4項、46条の効力は自己には生じないと反論することが考えられる。

- 2 まず、53条4項が準用する46条の効力というのは既判力とは異なるいわゆる参加的効力というもので、この趣旨は補助参加が被参加者を勝訴させるために参加するもので、それにも関わらず敗訴した場合にはその責任を分担すべきである、という点にある。

その結果、この効力というのは被参加者が敗訴の場合に理由中の判断についても生じる拘束力である。

したがって、本件でも53条4項、46条によってBC間にこの参加的効力が生じている場合には、訴訟2においてCは①、②の各事実を否認することが出来ないことになる。

- 3 53条4項自体は、訴訟告知を受けた者が参加することが出来たときに参加したものとみなしており、その結果実際に参加しなかったとしても46条の効力が及ぶとされている。そして、本件ではCに補助参加の利益は認められると考えられるので、46条の効力が及ぶとも思える。

しかし、訴訟告知という紙切れ1枚で46条のような強い拘束力を認めることにはそもそも慎重となる必要があること、46条の趣旨は上記の通り敗訴責任の分担という点にあることを考えれば、この責任を分担させてもよいだけの状況であったことが必要であり、具体的には参加することによって共同戦線関係にあることが前提であると考えべきである。

本件でCが責任を免れるためにはB自身が本件連帯保証契約を締結したか、若しくは有権代理が成立することが必要である。一方でBとしては、自己に本件連帯保証契約の効果が帰属しないことを主張しているのであるから、BとCとは対立関係に立ち、むしろCとしてはB本人の契約の成立及び有権代理の主張ではXと共同戦線関係にあるというべきである。

したがって、本件のBとCとの関係は共同戦線関係になく、CはBに参加することが期待できない状況にあったといえるため、本件では46条の効力が及ぶ前提を欠くものというべきである。

①、②の事実が挙がっていたので、分けるべきなんだと思いましたが、一緒にしてしまいました。争点ごとの補助参加についても言及すればよかったです。

- 4 よって、CはBが訴訟1においてした訴訟告知に基づく判決の効力を援用したとしても、訴訟2においてCは①、②の各事実を否認することが出来る。

### 第3 設問3

- 1 まず、同時審判申出共同訴訟は、法律上両立しない請求について、審理及び判断の統一を図るために認められた制度である（41 条）。しかし、41 条は必要的共同訴訟の規定（40 条）を準用していないため、弁論及び裁判の分離が認められない以外の規律については、通常共同訴訟と同じ規律が適用されることになる。

- 2 そして、同時審判申出共同訴訟において、（事案）のようにBに対する請求を棄却し、Cに対する請求が認容された場合で、①Cのみが控訴し、Xが控訴しなかった場合、上記の通り通常共同訴訟の規律が適用される結果、共同訴訟人独立の原則（39 条）から、控訴していないXB間の訴訟の部分については移審せず確定することになる。

その結果、控訴審においてXはCに対しても敗訴する可能性があり、この場合には両負けとなってしまう。

- 3 次に、②C及びXが控訴した場合には、控訴審においても審理及び判断の統一を図るために、併合が強制されている（41 条3項）。

その結果、この場合には通常共同訴訟の規律に従うものであるものの、審判の統一が図られることになる。

- 4 このように、同時審判申出共同訴訟はあくまで通常共同訴訟の規律に従うものであるから、弁論及び裁判の分離が禁止されているため審判の統一は一応図られているものの、これは事実上の統一が図られているに過ぎない。

Xの立場から、確実に審判の統一を図ろうとするためには、第1審で敗訴し勝ち目がないと思っていたとしても必ず控訴をしなければならず、そのためにXとしては余計な印紙代を支払う必要がある。

- 5 したがって、判例上否定されている主観的予備的併合の場合と比べると、その審判の統一というのは事実上のものに過ぎず、また確実に審判の統一を図ろうと考えるならば、原告に必ず控訴させるといふ負担を負わせなければ実現できない、という程度のものであるといえる。

以 上

139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184

#### 総合コメント

補助参加，訴訟告知は怪しいと思っていたので，ついに  
来たか，という感じでした。

ただ，もうすこし丁寧に検討して書けばよかったなと思  
います。

設問3も授業で扱った箇所だったので，特に焦ったりは  
しませんでした。

#### <構成・作成の時間配分>

構成：35分

作成：85分

#### <使用した参考書等>

高橋宏・重点講義

ロースクール民事訴訟法

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 3 問 合格者 B さんの再現答案 (民事系 195.59 点)

第 1 設問 1

1 小問(1)

(1) 請求原因②を立証する場合

ア 連帯保証契約書が持つ意味

処分証書とは、法律行為の効果の発生を直接証明する文書という。

定義は覚えていなかった  
ので、でっち上げた。

そうすると、本件連帯保証契約書は、XB間の連帯保証契約の締結を直接証明するものであるから、処分証書としての意味を持つことになる。

イ Bの印章による印影が顕出されていることが持つ意味

文書はその成立が真正であることを証明する必要がある(民事訴訟法(以下略)228条1項)。もっとも、私文書は、本人の押印があるときは、真正に成立したものと推定される(同条4項)。そして、わが国では、印鑑が重視され、その保管は厳重になされているとの経験則から、印影が本人の印章である場合、本人の意思に基づく「押印」があったと事実上推定され(一段目の推定)、真正に成立したものと推定される(同条4項、二段目の推定)。

したがって、Bの印章による印影が顕出されている場合、Bの意思に基づく「押印」があったと推定され、本件連帯保証契約書は真正に成立したと推定されるという意味を持つ。

よくわからない問題だったので、深入りせず、違いをあっさり書くようにした。

(2) 請求原因③を立証する場合

ア 連帯保証契約書が持つ意味

連帯保証契約書は、前述のように、XB間の連帯保証契約の締結を直接証明するものであるが、BがCに対し代理権を授与した事実を直接証明するものではない。したがって、処分証書の意味を有しない。

イ Bの印章による印影が顕出されていることが持つ意味

Bの印章による印影が顕出されたとしても、③の場合、Cが押印したと考えられるから、Bの意思に基づく「押印」があったとは推定されず、二段の推定の前提としての意味を有しない。

皆がそれなりに書いてくるところなので、定義趣旨から分かりやすく論述しようと心がけた。

2 小問(2)

(1) 契約の締結が代理人によってされたものであると当事者が主張しないにもかかわらず、これを判決の基礎としてCがBの代理人として保証契約を締結したと認定することは、当事者の不意打ち防止を趣旨とする弁論主義第1テーゼに反し、問題があると考ええる。以下検討する。

(2) 弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の収集・提出を当事者の権能、責任とする建前をいう。実体法上の私的自治の原則を訴訟法上反映させるためである。そして、その内容として、裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎として採用してはならないとされている(主張責任、第1テーゼ)。これは、当事者の主張しない事実を判決の基礎とすると、当事者の不意打ちとなり、当事者の合理的意思に反し、私的自治の原則に反するからである。

(3) そうすると、確かに、契約の締結が当事者本によってなされた

か、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりなく、当事者に効果が生じる。しかし、代理によって代理行為がなされたとすれば、それまでや、それからの当事者の訴訟行為に影響があり、不意打ちとなる。したがって、効果が同一であっても、当事者の主張していない事実を判決の基礎とすることは第1テーゼの趣旨に反し、許されない。

(4) したがって、Xが主張しないCがBの代理人として保証契約を締結したと認定するというPの主張は、当事者の不意打ち防止を趣旨とする弁論主義第1テーゼに反し、問題がある。

## 第2 設問2

1 Cは、第2訴訟において訴訟告知を受けているため、①、②は、Cに参加的効力が生じれば、否認することができない主張とも考えられる。そこで、Cの立場からは、①Cには、参加的利益がなく訴訟告知は有効ではない、②訴訟告知が有効であるとしても、Cに参加的効力は生じないとの法律上の主張が考えられる。以下その当否について検討する。

### 2 ①について

(1) 訴訟告知を受けた者が参加しなかった場合でも参加的効力は及ぶとされている(53条4項)。もっとも、訴訟告知がなされたすべての者に参加的効力が及ぶとするのは、被告者の手続き保証の見地から妥当でない。補助参加は、訴訟の結果につき利害関係を有する第三者(参加的利益ある第三者)が参加することにより、被参加人の訴訟活動を充実させ、補助参加人の法律上の利益を保全させる制度である。したがって、証拠告知がなされたとしても、参加的利益がなければ参加的効力は生じないと解すべきである。

(2) そこで、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」(42条)の意義が問題となる。42条の趣旨は、第三者に訴訟手続への関与も認めることで法律上の利益を保全する権利を与える点にある。そうであるとすれば、参加の利益は、第三者の公法上、私法上の法的利益が訴訟の結果によって影響を受ける場合に認められると解する。そして、ここでいう訴訟の結果とは、判決主文に限らず、理由中の判断も含むと解する。理由中の判断であっても法的利益に影響を与えるからである。

(3) 本件についてみると、第3請求原因における表見代理が成立した場合、Bは、Cに対して不法行為責任を追及するおそれがあり、Cの私法上の法的利益がX B間の訴訟の結果によって影響を受ける場合であると解される。

(4) したがって、Cには参加の利益があり、訴訟告知は有効である。

### 3 ②について

(1) 訴訟告知が有効であるとしても、53条4項により、告知を受けた者すべてに参加的効力(46条)を及ぼすべきか。

(2) 補助参加の効力は、既判力(114条1項)と異なり、敗訴責任の分担をその趣旨とするから、効力の及ぶ範囲は、被参加者が敗訴した場合に、参加者と被参加者の間でのみ生じ、判決理由中の判断も含まれる。補助参加の効力がこのような趣旨、機能を有するものであるとすれば、訴訟告知され、参加しなかった場合に当

本番はもう少し書いた記憶があるが、思い出せなかった。理論は分かっていたけど、実際のあてはめは難しく、考えるのに戸惑った。

該効力が及ぶのは、参加者と被参加者が協力関係にある場合に限り、利害の対立がある場合は含まれないと解すべきである。利害の対立がある場合、協力の期待がない上、敗訴責任の分担を負わせることは、被告知者の手続保障に反するからである。

法も補助参加人の手続保障の見地から、一定の場合に参加的効力を及ぼさないと規定していることから（46 条各号）当該結論は妥当である。

- (3) 本件についてみると、第 2 請求原因において C の代理権が否定された場合や第 3 請求原因において表見代理が成立した場合、C は、B から不法行為責任を追及される立場にあり、BC 間には利害の対立がある。したがって、C には参加的効力は及ばず、①②を否認することができる。

### 第 3 設問 3

- 1 同時審判申出訴訟（41 条）とは、実体法上認められる関係にある 2 つの請求について、裁判所の事実認定による両負けから原告を保護する趣旨の制度である。そこで、「法律上併存し得ない関係」とは、一方の請求での請求原因が他方の請求の抗弁になる等原告の請求が主張レベルで両立しない関係をいう。

本件事案において、B に対する有権代理を前提とする（民法 99 条 1 項）保証債務の履行請求と C に対する民法 117 条に基づく無権代理人の責任追及は、C に対する請求原因が B に対する請求の抗弁となるから、主張レベルで両立しない。また原告の申し出があるから、同時審判の申出がある共同訴訟の追行ができる。

- 2 ①について

同時審判の申出がある共同訴訟は通常共同訴訟であるから、共同訴訟人独立の原則（39 条）が適用される。したがって、C のみが控訴した場合であっても、控訴不可分とはならず、XB 間の請求は移審せず、審判の範囲とならず、確定する。そうすると、控訴審において、X は、C に負ける可能性がある。したがって、この場合、両負けの可能性はある。

- 3 ②について

C 及び X が控訴した場合、X の両請求は移審するから、両請求が審判の範囲となり、弁論及び裁判は併合してしなければならない（41 条 3 項）。したがって、この場合、両負けを防ぐことができる。

- 4 したがって、両請求が控訴審での審判の対象となるよう控訴しなければ、審判の統一は図れず、両負けを避けることはできない。

以上

①と②の違いを意識した論述ができなかった。本番で気づいたが、同時審判は皆かけるので、時間不足で書けないと書き負けてしまうと思い、あきらめて次の設問に移った。

いきなり、①から論述しようかと思ったが、配点が高かったので、前提から書くようにした。

139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184

### 総合コメント

参加効力は、事前に判例を何度か読んでいたにもかかわらず、深く踏み込めなかったのが残念だった。同時審判については、基礎的なことを聞いていると感じたが、配点が高いため、どこまで書いたらいいのかとまどった。

#### <時間配分>

答案構成：35 分

答案作成：85 分

#### <使用した参考書・問題集>

行政法：事例研究，事案解析の作法

民法：事例演習教材

会社法：事例演習教材

民訴：解析

刑法：事例演習教材

刑訴：ロースクール刑訴，事例演習刑事訴訟法

平成 24 年司法試験論文式試験 民事系第 3 問 不合格者 C さんの再現答案 (民事系 119.8 点)

1 第 1 設問 1

2 1 小問(1)について

3 (ア) ②を立証するために契約書を用いる場合には、その通りの意  
4 思が表示された事が要件となる。契約書を作成したこと  
5 自体によりその意思が表示されたと見ることができる。そのた  
6 め、文書が意思に基づき真正に成立したものであれば処分証書  
7 として用いることになる。そして、この文書に B の印影がある  
8 ことから、まず通常印章を他人にみだりに預けることはない  
9 という経験則から B 自身が押印したことが事実上推定 (第一の推  
10 定) され、その結果として 228 条 4 項により文書全体の成立の  
11 真正が法律上推定される (第二の推定) ことになる。

よくわからなかったので  
二段の推定の説明をきち  
んとして守ろうと思っ  
た。

12 この場合には、B としては第一の推定、第二の推定のいづれ  
13 かを覆すことにより文書の成立の申請を争うことができる。

14 (イ) 一方、③を立証する場合には、代理権の授与の事実が直接文  
15 書中に現れているわけではない。しかし、C が作成した文書  
16 中に B の押印があれば、C が B に印章を交付した事実が推認さ  
17 れる。そして、その事実は印章を交付するのは自らの代わりに  
18 契約をする権限を与えるためであることが多いから、その事実  
19 を推認させる間接事実としての働きを有することになる。この  
20 推認過程においては、C が印章を所持していた事実自体が重要  
21 な意義を有するから、228 条 4 項の文書の成立の真正は問題と  
22 ならない。よって、二段の推定はここでは用いられない。

これでよかったのかは  
不明。推認過程の説明と  
して間違っていない  
と思うが、これだと C の  
代理権がこの契約に関  
するものであることの  
証明がないことになっ  
てしまう。

23 2 小問(2)について

24 たしかに、代理による契約成立であっても、法律効果に変わり  
25 はないから、当事者の主張なく代理による契約の成立を認定しても弁  
26 論主義違反の問題はないと判例上考えられている。しかし、たとえ  
27 法律効果に変わりがないとしても、代理による契約の成立を認定す  
28 るのであれば、代理権授与の事実や代理権の範囲などについて被告  
29 としては争う意思があるのに、それを当事者の主張なしに認定する  
30 と、当事者に対する不意打ちとなる恐れがある。

出題意図をとらえ損ね  
た。弁論主義の問題とし  
て論じるべきだった。判  
例があるから弁論主義  
違反ではないと短絡的  
に考えてしまった。

31 そこで、そのような場合に不意打ちを防止するため、裁判所に一  
32 定の場合には釈明義務を負わせ、重要な争点については釈明権を行  
33 使して争点を顕在化させる必要があると考えられる。そして、本件  
34 においても C が保証契約を締結したとすると代理権授与の有無が  
35 重要な争点になるから、これを顕在化しなかった場合には違法とな  
36 る可能性がある。

37 そして、違法と判断された場合、仮に事実審において勝訴しても  
38 一定の場合には上告理由となることがありうるため、勝訴判決を得  
39 たにもかかわらずそれが破棄される恐れがあるため、P の見解は一  
40 方当事者として妥当ではない。

41 第 2 設問 2 について

42 1 C の主張

43 そもそも訴訟告知がされた場合に実際に参加していなくとも参  
44 加的効力を発生させる根拠は、訴訟告知がされた以上補助参加をす  
45 る機会が与えられていたのであり、それにもかかわらず参加しなかつ  
46 ったのは自己責任であるから、参加した場合と同じ責任を負わせて

も酷ではないとの価値判断にある。となると、参加しても十分な訴訟活動を行えなかったと考えられる場合には、46条が準用されて参加的効力が否定される(53条)。

頭の中が整理できず、わかりにくい論証になってしまった。

そして、本件においては、Xは有権代理か表見代理の成立が認定されれば勝訴判決を得るのに対し、Bはそもそも代理行為自体がないか無権代理であるとして請求棄却判決を得ることを目指して立証を行っている。これに対し、Cとしては、実体法上表見代理の成立は無権代理人の責任を否定しないとされることから、有権代理であったか、あるいは代理行為自体をしていないとの判断を目指さなければ、相手方Xから責任追及を受ける立場にあった。

となると、いずれに補助参加したとしても、X側に参加すれば代理行為なしの主張が、B側に参加すれば有権代理の主張が、被参加人の訴訟行為と抵触する場合としてなしえなかったのだから、結局いずれにも補助参加しても十分な立証活動を行うことは出来なかった。よって、46条2号が準用されることになるから、参加的効力は発生しないため、Cは改めて①②の事実を争うことができる。

Cの主張の中で①②の事実の意味をちゃんと確定させておくべきだった。

## 2 主張の適否

そもそも参加的効力は、既判力とは異なり、主文そのものではなく、理由中の判断において示された事実につき生じるものである。となると、参加的効力が発生するかはC主張のように主張のレベルで判断するのではなく、個々の事実について判断すべきである。

そこで本件で問題となっている事実ごとに検討すると、①の事実については、この事実が存在しなければCはX・Bのいずれからも責任追及を受けることはないのであるから、これが認められない事はCにとって有利であるから、Bの側に補助参加する事に問題はない。また、②については、有権代理を否定する主張であるところ、有権代理が否定されることはCにとって不利であるから、やはりBの側に参加する利益を有している。

本来両方で結論がこのように食い違うのであれば、争点ごとの補助参加が認められていないことを指摘するべきだった。

となると、これらの事実についてBの側に参加する事につき問題はないのだから、Cの主張は認められないと考えられる。

## 第3 設問3について

### 1 ①Xが控訴しなかった場合

同時審判申出の共同訴訟において控訴がされた場合においても、不利益変更禁止原則(304条)が妥当するから、Xが控訴をしていない場合においては、Bの不利益に第1審判決を変更する事はできない。そのため、Cへの請求については高裁の心証通りに請求棄却判決をして、Bへの請求については請求棄却の判決を変更する事はできないから、そのまま請求が棄却されることになる。

控訴はかなりあやふやだったが、同時審判申出共同訴訟も通常共同訴訟なのだからこうなるのだらうと考えた。

このように解した場合結局Xにとっては両負けの結果となることになるが、そもそも同時審判申出共同訴訟とは、必要的共同訴訟のように法律上合一確定の要請が働く場合ではない場合に用いられるのだから、あくまで原告の両負けを避けるという、原告の利益のために存在する制度にすぎない。

そして、Bへの請求が棄却されている以上原告Xは控訴の利益を有するから控訴をすることが可能なのにそれをしなかったという落ち度があるのであり、控訴審において弁論に参与していないBの

反対利益も出せたのは良かったと思う。

利益を犠牲にしてまでXを保護すべき利益状況ではないのだから、  
結果としてXに不利になるのはやむを得ない帰結というべきであ  
る。

2 ②Xが控訴をした場合

Xが控訴をした場合には、控訴審においても弁論の併合が義務付  
けられるから、同一の訴訟資料、証拠資料をもとに審判が行われる  
ことになる。そのため、Bに対する訴えとCに対する訴えについて  
の判断が矛盾するということは事実上あり得ない。そのため、判決  
の統一が事実上図られることになる。

3 以上のように、同時審判申出共同訴訟は、原告が控訴などの必要  
な行為を適切に行う限りにおいて判決の統一が事実上図られる制  
度であるということができる。

以 上

総合コメント

主観的には最も失敗した科目。2日目の最後で疲れも  
あったが、全体的に問題文の誘導が少なく、うまく乗れ  
なかったのが痛かった。さらに問2は考えれば考えるほ  
どわからなくなる問題だった。ここで時間を使いすぎて  
第3問は時間が足りなかった。

<時間配分>

構成 50 分 答案作成 70 分

<使用した参考書、問題集>

憲法 芦部憲法、憲法上の権利の作法、事例研究憲法  
行政法 櫻井橋本、行政法判例ノート、事案解析の作法  
民法 内田民法、民法総合事例演習  
商法 神田、江頭、事例で考える会社法  
民訴法 重点講義、ロースクール民事訴訟法、事例演習  
民事訴訟法  
刑法 高橋（総論）、西田（各論）、刑法事例演習教材  
刑訴法 安富刑訴法、事例演習刑事訴訟法

139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184