

論文プラクティス講義

<予備試験過去問編>

令和元年

TACW セミナー 司法試験講座

※無断複製・無断転載禁止

目次

受講に関するお願い・注意点	1
憲法	2
出題の趣旨・ポイント	4
講師作成答案例	10
行政法	12
出題の趣旨・ポイント	16
講師作成答案例	20
民法	22
出題の趣旨・ポイント	24
講師作成答案例	28
商法	30
出題の趣旨・ポイント	32
講師作成答案例	38
民事訴訟法	40
出題の趣旨・ポイント	42
講師作成答案例	46
刑法	48
出題の趣旨・ポイント	50
講師作成答案例	54
刑事訴訟法	56
出題の趣旨・ポイント	58
講師作成答案例	62
法律実務基礎科目（民事）	64
出題の趣旨・ポイント	68
講師作成答案例	72
法律実務基礎科目（刑事）	74
出題の趣旨・ポイント	78
講師作成答案例	82

《受講に関するお願い・注意点》

- 1 受講に際しては、事前に問題文を読んだ上で、簡単な答案構成メモ等を作成することをおすすめします。
- 2 令和元年の予備試験の問題については、令和元年7月を解答の基準時として下さい。もっとも、解答の際に適用する法令は、現在において施行されているものとします。そのため、例えば、令和元年当時に締結された売買契約に関して買主に錯誤がある事案では、本来であれば、民法旧95条の錯誤無効を検討するのですが、そうではなくて、改正後の民法95条の錯誤取消しを検討することになります。
- 3 近年の法改正により、条文や法概念が消滅したために、現行法との関係で維持することが困難な表現や内容が問題文に含まれている場合があります。そのような問題については、該当箇所付近に「※」を付した上、問題文余白において、変更点等に関する注釈を掲載していますから、それにしたがって解答してください。

[憲 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産物加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この両名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるように要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えたとすると、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えたとすれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持っており、法的措置をとろうと考えている。

〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

MEMO

出題の趣旨

本問では、主として①信教の自由に基づく一般的な義務の免除の可否、②代替措置を講じることの政教分離原則との関係など具体的な検討が問題となるほか、③教育を受ける権利、④外国人の人権享有主体性や未成年者の人権等の論点が含まれる。判例としては、剣道受講拒否事件（最高裁判所第二小法廷平成8年3月8日判決，民集50巻3号469頁）を意識することが求められる。もっとも、事案には異なるところが少なくないので、直接参考になるとは限らず、同事件との異同を意識しつつ、事案に即した検討が必要である。

①については、水泳実技への参加とB教の教義との関係、代替措置が認められないことによる結果の重大性などを事案に即して把握し、信教の自由への影響の大きさを的確に把握して、判断枠組みを設定することが求められる。

②は、①で設定した判断枠組みに基づく具体的検討に当たるものである。政教分離原則との関係の点も含め、代替措置をとらないことについて校長が示した理由が詳しく述べられているので、それに即して分析を進めることが必要である。

以上が必ず論じてもらいたい内容であり、③④はそれに比較すると優先度は落ちるが、詳しく検討するためには必要な点である。特に、本件は、正面からその侵害を問題とするかどうかはともかく、社会権である教育を受ける権利が関わってくる事案である。社会権は外国人には保障されないという一般論が、学習権を背景とする教育を受ける権利との関係でも妥当するかという問題意識を感じてもらいたいところである。

基本ポイント

- 1 本問では、公立中学校である乙が、代替措置をとることなく、水泳授業に参加しなかったXの内申書における3年間の保健体育の評定を5段階中の2としたこと（以下「本件措置」という。）が、Xの信教の自由（憲法（以下略）20条1項前段）を侵害し、違憲となるかが問題となる。そして、本問では、下記の判例（剣道受講拒否事件）を踏まえて憲法上の問題について論じる必要がある。

判例（最判平8.3.8）

「高等専門学校校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合限り、違法であると判断すべきものである…。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する

重大な措置であり、学校教育法施行規則 13 条 3 項も 4 個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限り退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである…。また、原級留置処分も、学生にその意に反して 1 年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、D 高専においては、原級留置処分が二回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。…公教育の教育課程において、学年に応じた一定の重要な知識、能力等を学生に共通に修得させることが必要であることは、教育水準の確保等の要請から、否定することができず、保健体育科目の履修もその例外ではない。しかし、高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能というべきである。…他方、前記事実関係によれば、被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。被上告人は、他の体育種目の履修は拒否しておらず、特に不熱心でもなかったが、剣道種目の点数として 35 点中のわずか 2.5 点しか与えられなかったため、他の種目の履修のみで体育科目の合格点を取ることは著しく困難であったと認められる。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいことも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である。上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相応の考慮を払う必要があったというべきである。また、被上告人が、自らの自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著しい不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない。…被上告人は、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨繰り返し申し入れていたのであって、剣道実技を履修しないまま直ちに履修したと同様の評価を受けることを求めていたものではない。これに対

し、D高専においては、被上告人ら「E」である学生が、信仰上の理由から格技の授業を拒否する旨の申出をするや否や、剣道実技の履修拒否は認めず、代替措置は採らないことを明言し、被上告人及び保護者からの代替措置を採って欲しいとの要求も一切拒否し、剣道実技の補講を受けることのみを説得したというのである。本件各処分の前示の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮するべきであったといえることができるが、本件においてそれがされていたとは到底いうことができない。所論は、D高専においては代替措置を採るにつき実際的な障害があったという。しかし、信仰上の理由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校も現にあるというのであり、他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能であると考えられる。また、履修拒否が信仰上の理由に基づくものかどうかは外形的事情の調査によって容易に明らかになるであろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上るとも考え難いところである。さらに、代替措置を採ることによって、D高専における教育秩序を維持することができないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定判断も是認することができる。そうすると、代替措置を採ることが實際上不可能であったということとはできない。所論は、代替措置を採ることは憲法 20 条 3 項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法 20 条 3 項に違反するということができないことは明らかである。また、公立学校において、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されないものであるが、学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。…以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、2年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法

なものといわざるを得ない。」

2 まず、Xが水泳授業に参加しないことが信教の自由により保障されるかどうかを検討する必要がある。この点については、信教の自由は、信仰の自由、宗教的行為の自由及び宗教的結社の自由を保障すると解されるどころ、B教の戒律を踏まえると、Xが水着の着用が必要となる水泳授業に参加しないことは、Xの信仰の外部的現れといえるから、宗教的行為の自由として保障される等と説明することになる。また、宗教的行為の自由は、権利の性質上、外国人であるXにも保障されることに言及する必要がある。

次に、本件措置がXの宗教的行為の自由を制約することを確認する。

その上で、本件措置による制約が正当化されるかどうかを検討しなければならない。そして、審査基準を定立する際には、権利の重要性及び制約の強度を考慮する必要があるところ、信教の自由は、宗教を信じるかどうか、どの宗教を信じるかということに関する自由であり、全ての精神活動の根幹であるから、重要な権利であり、また、確かに、本件措置は、Xの信仰の自由に対する直接的制約ではなく、宗教的行為の自由を制約することによる間接的制約であるが、B教における重要な戒律に反する行為をXに強制するものであり、Xの信仰の核心に反する行為の強制といえるから、強度の制約といえる。したがって、厳格な基準を採用すべきであるから、例えば、本件措置は、目的が重要であり、手段が必要最小限度である場合に限り、合憲になるという基準が採用されるべきである。

そして、当てはめにおいては、乙の校長が代替措置をとらないこととした理由である①教育の中立性の確保、②代替措置の要望が真に信仰を理由とするものかどうかの判断が困難であること、③Xに対して代替措置をとることは他のB教徒の生徒との関係で公平性を欠くこと、④Xの代替措置の要望に応えることで、水泳授業の実施や成績評価について支障が生じるおそれがあること、について検討することが必要である。なお、①の検討に際しては、政教分離原則違反の有無が問題となるから、目的効果基準を踏まえる必要がある。

応用ポイント

1	<p>本件措置につき、信教の自由に対する制約の有無ないし乙の校長の裁量行為であるかどうかを丁寧に検討していること</p> <p>→本件措置に関しては、学習指導要領上、中学校で必修とされている水泳実技をXに対して免除するかどうかの問題となっている。そうすると、免除をしないことは自由権としての信教の自由の制約とはいえず、乙の校長の裁量の逸脱濫用の有無が問題となるにとどまるともいえる。そして、乙の校長の裁量行為であると判断した場合には、上記判例と同様、裁量権の逸脱濫用の有無を検討することになる。</p>
---	---

2	教育を受ける権利(26条1項)や外国人の人権享有主体性及び未成年者の人権に関する憲法上の問題についても言及していること →確かに、社会権である教育を受ける権利は外国人に保障されないと思える。しかし、教育を受ける権利の背後には、未成年者が教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利(学習権)が存在する。そうすると、外国人であっても未成年者には、教育を受ける権利が保障されると解し得る。
3	代替措置をとることが「特権」の付与(20条1項後段)に当たり得るため、政教分離原則に反するおそれがあることを指摘していること
4	乙の校長が代替措置をとらないこととした各理由について、事案に即して全て検討していること

MEMO

講師作成答案例

1 1 公立中学校である乙が、代替措置をとることなく、水泳授業に参加し
2 なかったXの内申書における3年間の保健体育の評定を5段階中の2と
3 したこと(以下「本件措置」)は、Xの信教の自由(憲法(以下略)20
4 条1項前段)を侵害し、違憲となるか。

5 2(1) 信教の自由は、信仰の自由、宗教的行為の自由及び宗教的結社の自
6 由を保障すると解する。

7 Xは宗教であるB教を信仰しているところ、B教の戒律では女性は
8 家庭内以外において顔や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるい
9 は体型がはっきり分かるような服装をしてはならないとされている。
10 そうすると、Xが水着の着用が必要となる水泳授業に参加しないこと
11 は、Xの信仰の外部的現れといえるから、宗教的行為の自由として保
12 障される。そして、宗教的行為の自由は、権利の性質上、外国人であ
13 るXにも保障される。

14 (2) もっとも、本件措置に関しては、学習指導要領上、中学校で必修と
15 されている水泳実技をXに対して免除するかどうか問題となってい
16 る。そうすると、免除をしないことは自由権としての信教の自由の制
17 約とはいえ、乙の校長の裁量の逸脱濫用の有無が問題となるにとど
18 まるとも思える。しかし、乙の校長が免除をしないこととXに水泳授
19 業への参加を強制することとは表裏の関係にある。したがって、免除
20 をしないことはXの宗教的行為の自由を制約する。

21 (3)ア 宗教を信じるかどうか、どの宗教を信じるかということは全ての
22 精神活動の根幹であるから、信教の自由は重要な権利である。

23 他方、確かに、本件措置は、Xの信仰の自由に対する直接的制約
24 ではなく、宗教的行為の自由を制約することによる間接的制約であ
25 る。しかし、本件措置は、B教における重要な戒律に反する行為を
26 Xに強制するものであり、Xの信仰の核心に反する行為の強制とい
27 えるから、強度の制約である。また、Xは、代替措置がとられなか
28 ったことにより、内申書の評定が低いものとなったため、高校進学
29 を断念している。確かに、社会権である教育を受ける権利(26条1
30 項)は外国人に保障されないと思えるが、教育を受ける権利の背後
31 には、未成年者が教育を自己に施すことを大人一般に対して要求す
32 る権利(学習権)が存在するから、外国人であっても未成年者には
33 教育を受ける権利が保障されると解すべきである。そうすると、乙
34 が代替措置をとることなく本件措置を行うことは、Xの教育を受け
35 る権利の侵害という重大な結果を生じさせるものであり、Xは、こ
36 れを回避するために水泳授業への参加を余儀なくされたから、強制
37 の程度も高い。そこで、本件措置は、目的が重要であり、手段が必
38 要最小限度である場合に限り、合憲になると解する。

39 イ(ア) まず、乙の校長は、Xの信仰に配慮して代替措置を採ること
40 は教育の中立性に反するおそれがあると述べるから、その目的
41 は、公教育における宗教的中立性を確保する点にあるといえる。
42 そして、公の機関が宗教的に中立であること(政教分離原則・
43 20条1項後段、20条3項等)は個人の信教の自由の間接的な保
44 障につながるから、重要である。

45 他方、代替措置をとらなかったことが宗教的中立性の確保の
46 ための必要最小限度の手段であったかどうかは、代替措置をと
47 ることが「特権」の付与(20条1項後段)に当たり、政教分離
48 原則に反するかどうかにより判断される。

49 政教分離原則の趣旨は、国家と宗教との分離を制度として保
50 障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようと
51 する点にある。そうすると、国家と宗教とのかかわり合いが、
52 社会的・文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保との
53 関係で相当とされる限度を超える場合、政教分離原則違反にな
54 ると解する。そこで、「特権」の付与は、当該行為の目的が宗教
55 的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は
56 圧迫、干渉等になるような行為をいうと解する(目的効果基準)。

57 代替措置は、学校教育における成績評価のための一つの手段
58 にすぎず、宗教的意義を持たない。また、代替措置は、Xに対
59 して無条件で水泳授業への参加を免除するものではなく、レポ
60 ートの提出等を義務付けるものであるから、B教を援助、助長
61 等する効果を持たない。したがって、代替措置をとることは、
62 「特権」の付与に当たらず、政教分離原則にも反しないから、
63 代替措置をとらなかったことは、必要最小限度の手段ではない。

64 (イ) 次に、乙の校長は、代替措置の要望が真に信仰を理由とする
65 ものかどうかの判断が困難であると述べるから、本件措置の目
66 的は、怠学を防止する点にあるといえ、重要である。しかし、
67 代替措置を望む者に対し、これに応えるために信仰と水泳授業
68 の不参加との合理的関連性を調査することは、宗教的中立性に
69 反さず、信仰の告白を強制されない自由に対する不当な制約に
70 もならないといえる。したがって、上記調査をすることなく代
71 替措置をとらなかったことは、必要最小限度の手段ではない。

72 (ウ) また、乙の校長は、Xに対して代替措置をとることは他のB教
73 徒の生徒との関係で公平性を欠くと述べるから、本件措置の目
74 的は、Xと代替措置をとられていない他のB教徒の生徒との間
75 の平等(14条1項)を確保する点にあるといえる。しかし、乙
76 は、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している
77 他の生徒に対しても、Xに対するのと同様、代替措置をとる必
78 要がある。したがって、代替措置をとらないことで平等を確保
79 しようとすることは正当でなく、本件措置の目的は重要でない。

80 (エ) さらに、乙の校長は、Xの代替措置の要望に応えることで、
81 水泳授業の実施や成績評価について支障が生じるおそれがある
82 と述べるから、本件措置の目的は、公教育の円滑な実施という
83 点にあり、重要である。しかし、少なくとも、A国民でない4
84 分の3の生徒は水泳授業に参加できるから、その実施が困難と
85 はいえないし、レポート提出により成績評価は行うことは可能
86 である。したがって、代替措置をとらなかったことは、必要最
87 小限度の手段ではない。

88 4 以上より、本件措置は、Xの信教の自由を侵害し、違憲となる。以上

[行政法]

屋外広告物法は、都道府県が条例により「屋外広告物」(常時又は一定の期間継続して屋外で公衆に表示されるものであって、看板、立看板、はり紙及びはり札並びに広告塔、広告板、建物その他の工作物等に掲出され、又は表示されたもの並びにこれらに類するもの)を規制することを認めており、これを受けて、A県は、屋外広告物(以下「広告物」という。)を規制するため、A県屋外広告物条例(以下「条例」という。)を制定している。条例は、一定の地域、区域又は場所について、広告物又は広告物を掲出する物件(以下「広告物等」という。)の表示又は設置が禁止されている禁止地域等としているが、それ以外の条例第6条第1項各号所定の地域、区域又は場所(以下「許可地域等」という。)についても、広告物等の表示又は設置には、同項により、知事の許可を要するものとしている。そして、同項及び第9条の委任を受けて定められたA県屋外広告物条例施行規則(以下「規則」という。)第10条第1項及び別表第4は、各広告物等に共通する許可基準を定め、規則第10条第2項及び別表第5二は、建築物等から独立した広告物等の許可基準を定めている。

広告事業者であるBは、A県内の土地を賃借し、依頼主の広告を表示するため、建築物等から独立した広告物等である広告用電光掲示板(大型ディスプレイを使い、店舗や商品の商業映像を放映するもの。以下「本件広告物」という。)の設置を計画した。そして、当該土地が都市計画区域内であり、条例第6条第1項第1号所定の許可地域等に含まれているため、Bは、A県知事に対し、同項による許可の申請(以下「本件申請」という。)をした。

本件広告物の設置が申請された地点(以下「本件申請地点」という。)の付近には鉄道の線路があり、その一部区間の線路と本件申請地点との距離は100メートル未満である。もっとも、当該区間の線路は地下にあるため、設置予定の本件広告物を電車内から見通すことはできない。また、本件申請地点は商業地域ではなく、本件広告物は「自己の事務所等に自己の名称等を表示する広告物等」には該当しない。これらのことから、A県の担当課は、本件申請について、規則別表第5二(ハ)の基準(以下「基準1」という。)に適合しない旨の判断をした。他方、規則別表第4及び第5のその他の基準については適合するとの判断がされたことから、担当課は、Bに対し、本件広告物の設置場所の変更を指導したものの、Bは、これに納得せず、設置場所の変更には応じていない。

一方、本件申請がされたことは、本件申請地点の隣地に居住するCの知るところとなった。そして、Cは、本件広告物について、派手な色彩や動きの速い動画が表示されることにより、落ちついた住宅地である周辺の景観を害し、また、明るすぎる映像が深夜まで表示されることにより、本件広告物に面した寝室を用いるCの安眠を害するおそれがあり、規則別表第4二の基準(以下「基準2」という。)に適合しないとして、これを許可しないよう、A県の担当課に強く申し入れている。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、条例及び規則の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

A県知事が本件申請に対して許可処分(以下「本件許可処分」という。)をした場合、Cは、これが基準2に適合しないとして、本件許可処分の取消訴訟(以下「本件取消訴訟1」という。)の提起を予定している。Cは、本件取消訴訟1における自己の原告適格について、どのような主張をすべきか。想定されるA県の反論を踏まえながら、検討しなさい。

[設問2]

A県知事が本件広告物の基準1への違反を理由として本件申請に対して不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）をした場合、Bは、本件不許可処分の取消訴訟（以下「本件取消訴訟2」という。）の提起を予定している。Bは、本件取消訴訟2において、本件不許可処分の違法事由として、基準1が条例に反して無効である旨を主張したい。この点につき、Bがすべき主張を検討しなさい。

【資料】

○ A県屋外広告物条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、屋外広告物法に基づき、屋外広告物（以下「広告物」という。）及び屋外広告業について必要な規制を行い、もって良好な景観を形成し、及び風致を維持し、並びに公衆に対する危害を防止することを目的とする。

（広告物の在り方）

第2条 広告物又は広告物を掲出する物件（以下「広告物等」という。）は、良好な景観の形成を阻害し、及び風致を害し、並びに公衆に対し危害を及ぼすおそれのないものでなければならない。

（許可地域等）

第6条 次の各号に掲げる地域、区域又は場所（禁止地域等を除く。以下「許可地域等」という。）において、広告物等を表示し、又は設置しようとする者は、規則で定めるところにより、知事の許可を受けなければならない。

一 都市計画区域

二 道路及び鉄道等に接続し、かつ、当該道路及び鉄道等から展望できる地域のうち、知事が交通の安全を妨げるおそれがあり、又は自然の景観を害するおそれがあると認めて指定する区域（第1号の区域を除く。）

三、四 略

五 前各号に掲げるもののほか、知事が良好な景観を形成し、若しくは風致を維持し、又は公衆に対する危害を防止するため必要と認めて指定する地域又は場所

2 略

（許可の基準）

第9条 第6条第1項の規定による許可の基準は、規則で定める。

○ A県屋外広告物条例施行規則（抜粋）

（趣旨）

第1条 この規則は、A県屋外広告物条例（以下「条例」という。）に基づき、条例の施行に関し必要な事項を定めるものとする。

（許可の基準）

第10条 条例第6条第1項の規定による許可の基準のうち、各広告物等に共通する基準は、別表第4のとおりとする。

2 前項に規定するもののほか、条例第6条第1項の規定による許可の基準は別表第5のとおりとする。

別表第4（第10条第1項関係）

一 地色に黒色又は原色（赤、青及び黄の色をいう。）を使用したことにより、良好な景観の形成を阻害し、若しくは風致を害し、又は交通の安全を妨げるものでないこと。

二 蛍光塗料、発光塗料又は反射の著しい材料等を使用したこと等により、良好な景観の形成を阻害し、若しくは風致を害し、又は交通の安全を妨げるものでないこと。

別表第5（第10条第2項関係）

一 略

二 建築物等から独立した広告物等

- (イ) 一表示面積は、30平方メートル以下であること。
- (ロ) 上端の高さは、15メートル以下であること。
- (ハ) 自己の事務所等に自己の名称等を表示する広告物等以外の広告物等について、鉄道等までの距離は、100メートル（商業地域にあっては、20メートル）以上であること。

三～九 略

出題の趣旨

設問1においては、A県屋外広告物条例（以下「条例」という。）に基づく広告物設置等の許可処分（以下「本件許可処分」という。）について、それにより景観や生活・健康が害されることを主張する隣地居住者の原告適格を、当該原告の立場から検討することが求められる。

まず、行政事件訴訟法第9条第1項所定の「法律上の利益を有する者」に関する最高裁判例で示されてきた判断基準について、第三者の原告適格の判断に即して、正しく説明されなければならない。

その上で、原告が主張する景観と生活・健康（安眠）に関する利益について、それぞれ、本件許可処分の根拠法規である条例やA県屋外広告物条例施行規則（以下「規則」という。）によって保護されているものであることが、許可の要件や目的などに即して、具体的に説明されなければならない。

さらに、これらの利益について、それらが一般的な公益に解消しきれない個別的利益といえることが、その利益の内容や範囲等の具体的な検討を通じて、説明されなければならない。

設問2においては、許可地域等において広告物等と鉄道等との距離を要件とする規則所定の許可基準について、条例がこれを委任した趣旨に適合し委任の範囲内にあるかを、その無効を主張する原告の立場から検討することが求められる。

まず、この規則が定める許可基準が条例の委任に基づいて定められた委任命令であり、条例の委任の趣旨に反すれば無効となることが明確にされなければならない。

つぎに、条例の委任の趣旨、言い換えれば条例が許可制度を設けた趣旨について、目的規定、許可地域等の定め方など、条例の規定に照らして、具体的に検討されなければならない。

最後に、こうした目的に照らして、鉄道から広告物等が見通せるか否かを問題にすることなく、それとの距離を要件とする許可基準の定め方につき、これが条例の委任の趣旨と矛盾することから、これを定める規則が無効であるとの結論が導かれるべきこととなる。

基本ポイント

- 1 本問は、本件許可処分がされた場合（設問1）と本件不許可処分がされた場合（設問2）という表裏の状況において、それぞれ不服のある者が生じることを前提に、設問1では「Cは…どのような主張をすべきか」、設問2は「Bがすべき主張を検討しなさい」という形式で党派的な主張の検討を求めるものである。したがって、解答に際しては、中立的な立場からの論述ではなく、C又はBの立場から、多少無理筋でも、C又はBに

有利な成り立ち得る主張を行わなければならない。そして、設問1では、Cの立場からの主張は多分に困難であることを念頭に置きつつ、想定されるA県の反論についても言及しながら、主張を組み立てる必要がある。他方、設問2におけるBの立場からの主張は組み立てやすい。

- 2 設問1では、まず、Cの言い分が、本件広告物は「落ち着いた住宅地である周辺の景観を害し」また「本件広告物に面した寝室を用いるCの安眠を害するおそれがある」というものであることを把握する必要がある。そのため、被侵害利益としては、景観と安眠（健康）の2つの利益が想定されることを踏まえて、Cの原告適格の有無を検討しなければならない。なお、この段階で、経験的・直観的にCの立場からの主張は通常苦しいものになるはずであると予想できることが大切である。そして、その検討に際しては、次に、以下の判例を踏まえた判断枠組みを示す必要がある。

判例（最大判平 17. 12. 7）

「行政事件訴訟法9条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条1項にいう当該処分取消しを求めるにつき『法律上の利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。そして、処分の相手方以外の者について上記の法律上保護された利益の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮し、この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案すべきものである（同条2項参照）。」

その上で、下記の認定手順をベースにして、原告適格の有無を判断することになる。

①保護範囲要件の認定

→原告の利益が当該処分に関する個別行政法令により保護される利益に含まれるか
（⑦処分の根拠規定を確認し、①処分の根拠法令の趣旨・目的を（目的を共通にする関係法令の趣旨・目的も参酌して）考慮する）

②個別保護要件の認定

→①で保護されると認定した利益が一般的公益にとどまらず個々人の個別的利益としても保護されているか（一般的公益の中に吸収解消されない個別的利益を切り出す

ために、被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

③保護範囲の画定

→原告適格が認められる者とそうでない者との間の線をどこに引くか（被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

（中原茂樹『基本行政法』（第3版）P327以下を参考にした。）

本問では、本件許可処分 of 根拠規定が条例6条1項であることを特定することが必須であるが、許可基準を定めた規則も、条例の規定の委任を受けたものである（条例9条参照）から、条例と一体となって「根拠となる法令」（行訴法9条2項）を構成している（「関係法令」ではないことに注意する。）ことを理解していることも大切である。

そして、本問では、例えば、景観の利益については、①はクリアするとしても、②はクリアが困難ではないか、また、安眠の利益については、①のクリアさえも困難なのではないかというように、認定手順の各段階に位置付けた主張・議論の展開を行う必要がある。

- 3 設問2では、条例が授權法、基準1が委任された命令という委任立法関係があることを理解した上で、Bの立場から、基準1が条例の趣旨に反し、委任の範囲を逸脱したものであり無効であるとの主張を行う必要がある。

そして、委任命令が委任の範囲内かどうかの判断に際しては、授權法の規定の文言、授權法の趣旨・目的、委任命令により制限される権利・利益の性質等が考慮されることから（最判平14.1.31、最判平25.1.11等参照）、これらの考慮要素を踏まえて、まず、①授權法である条例の趣旨等から委任の趣旨・範囲を特定することになる。その上で、②委任された命令である規則が条例の趣旨に適合するものであるか、その範囲を逸脱するものでないかという点を検討することになる。

本問の検討に際しては、問題文中の「本件広告物の設置が申請された地点（以下「本件申請地点」という。）の付近には鉄道の線路があり、その一部区間の線路と本件申請地点との距離は100メートル未満である。もっとも、当該区間の線路は地下にあるため、設置予定の本件広告物を電車内から見通すことはできない。」という事実に着目し、他方、条例6条1項2号の「道路及び鉄道に接続し、かつ、当該道路及び鉄道等から展望できる地域のうち、知事が交通の安全を妨げるおそれがある」と認めて指定する区域」という文言との関係で、基準1では距離のみが要素とされおり、「道路及び鉄道等から展望できる」かどうかは捨象されている点について指摘しなければならない。

応用ポイント

1	（設問1）安眠の利益を害されることが公衆に対する危害に含まれることを説明していること →条例からは、公衆に対する危害の主なものとして、「交通の安全を妨げる」ことが
---	--

	想定されていることが把握できるため、これを踏まえたA県の反論も念頭に置いてCの主張を組み立てる。
2	(設問1) 景観及び安眠の利益が害されるおそれのある者の範囲を限定することにより、原告適格が肯定されることを説明していること →例えば、周辺住民のうち、本件広告物が設置された場合に景観又は安眠に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者には、「法律上の利益」が認められる。
3	(設問2) 条例6条1項2号が「許可地域等」の要素として、「道路及び鉄道に接続し、かつ、当該道路及び鉄道等から展望できる地域」を挙げている理由を検討していること →例えば、広告物等の動画・映像が発する光等が自動車及び電車の運転者の視界を妨げ、また、注意を引き付けること等により、事故を発生させる危険性がある。

講師作成答案例

1 第1 設問1

2 1 処分の取消訴訟(行訴法3条2項)の原告適格が認められる「法律上
3 の利益を有する者」(同法9条1項)とは、当該処分により自己の権利若
4 しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれ
5 のある者をいうと解する。そして、当該処分を定めた行政法規が、不特
6 定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめ
7 ず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきもの
8 とする趣旨を含むと解される場合、この利益は法律上保護された利益に
9 当たると解する。なお、処分の相手方以外の者について、法律上の利益
10 の有無を判断するに当たっては、同法9条2項所定の事項を考慮する。

11 2(1) そこで、Cは、景観及び安眠の利益が法律上保護された利益に当た
12 ると主張する。具体的には、以下のように主張すべきである。

13 (2)ア 本件許可処分の根拠規定である条例6条1項は、良好な景観の形
14 成及び公衆に対する危害の防止を定めている(5号)。そして、条例
15 は、目的規定(1条)及び広告物の在り方の規定(2条)において
16 も、広告物等が良好な景観の形成を阻害し、また、公衆に対する危
17 害を及ぼすことを防止することを定めている。そうすると、法の目
18 的規定及びその他の規定からも、条例6条1項は、景観及び安眠の
19 利益を保護する趣旨を含むと解される。

20 イ 他方、安眠の利益に関し、A県からは、以下の反論が想定される。
21 すなわち、条例9条の委任を受けた規則10条1項の別表4一及び二
22 は、条例中の公衆に対する危害を「交通の安全を妨げるもの」と具
23 体化しているから、安眠妨害は公衆に対する危害に当たらないため、
24 条例6条1項は、安眠の利益を保護する趣旨を含まない。

25 ウ これに対し、Xは、以下のように主張すべきである。すなわち、
26 規則10条1項の別表4一及び二は広告物等の色・光度、規則10条
27 2項の別表5二は広告物等の一表示面積(イ)及び上端の高さ(ロ)
28 に関する基準を定めているところ、これらの目的は、広告物等の発
29 する光等が周辺住民の生活に悪影響を及ぼすことを防止する点にあ
30 るから、周辺住民の安眠の妨害をも防止する点にあるといえる。し
31 たがって、条例6条1項は、安眠の利益を保護する趣旨を含む。

32 (3)ア 他方、A県からは、以下の反論が想定される。すなわち、条例は
33 景観利益の帰属主体を規定していないし、安眠も感覚に左右される
34 性質のものであるから、条例6条1項は、景観及び安眠の利益を個々
35 人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含んでい
36 とは解されない。

37 イ これに対し、Xは、以下のように主張すべきである。すなわち、
38 規則10条2項の別表5二(ハ)は、広告物等との間の最低限の間隔
39 距離を規定しているところ、このことは、広告物等があることによ
40 り周辺地域の住民が直接的に受ける景観又は安眠に関する被害の程
41 度が居住地と広告物等との近接度合いによっては、著しいものとな
42 り得ることの現れといえる。そうすると、条例6条1項は、広告物
43 等があることにより景観又は安眠に係る著しい被害を直接的に受け
44 るおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないと

45 いう利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨
46 を含むと解される。

47 したがって、周辺住民のうち、本件広告物が設置された場合に景
48 観又は安眠に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者には、
49 「法律上の利益」が認められるから、当該施設の設置許可の取消訴
50 訟における原告適格がある。

51 (4) Cは、本件申請地点の隣地に居住しており、また、その寝室は本件
52 広告物に面しているから、本件広告物が設置された場合に景観又は安
53 眠に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者である。したが
54 って、Cには、「法律上の利益」が認められるから、原告適格がある。

55 第2 設問2

56 1 基準1は、条例9条が条例6条1項の許可の基準について規則に委任
57 したことで定められた委任命令である。そのため、委任命令である基準
58 1は、授権法である条例の委任の範囲を逸脱したとき、違法・無効とな
59 る。そして、委任命令が委任の範囲内かどうかの判断に際しては、授権
60 法の規定の文言、授権法の趣旨・目的、委任命令により制限される権利・
61 利益の性質等を考慮する。

62 2 条例1条は、「公衆に対する危害を防止すること」を条例の目的とし、
63 また、条例2条は、広告物の在り方として、「公衆に対し危害を及ぼすお
64 それのないものでなければならない」と規定している。そして、条例6
65 条1項2号は、「許可地域等」として、「道路及び鉄道に接続し、かつ、
66 当該道路及び鉄道等から展望できる地域のうち、知事が交通の安全を妨
67 げるおそれがある」と認めて指定する区域」を挙げている。そうすると、
68 これらの規定を受けた条例9条の趣旨は、道路及び鉄道から広告物等が
69 展望できる場合、広告物等の動画・映像が発する光等が自動車及び電車
70 の運転者の視界を妨げ、また、注意を引き付けること等により、事故を
71 発生させる危険性があることから、これを防止するための基準の定立を
72 規則に委任する点にあるといえる。そして、許可制は、広告事業者の営
73 業の自由（憲法22条1項）に対する事前規制であり、その権利を相当程
74 度制約するものであるから、明確かつ限定的な基準の定立が委任されて
75 いたといえる。

76 しかし、基準1は、広告物等と「鉄道等までの距離が100メートル以
77 上…であること」と規定するにとどまり、鉄道等から広告物等が展望で
78 きるかどうかを区別していない。そのため、基準1は、条例9条の趣旨
79 である広告物等の動画・映像が発する光等が自動車及び電車の運転者の
80 視界を妨げ、また、注意を引き付けること等により、事故が発生するこ
81 とを防止することを超えて、広く広告事業者の営業の自由を制約し得る
82 ものといえるから、委任の趣旨に適合しない。

83 したがって、基準1は、条例9条の委任の範囲を逸脱するものである
84 から、条例に反して無効である。

85 以上

86
87
88

[民 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは早くに妻と死別したが、成人した一人息子のBはAのもとから離れ、音信がなくなっていた。Aは、いとこのCに家業の手伝いをしてもらっていたが、平成20年4月1日、長年のCの支援に対する感謝として、ほとんど利用していなかったA所有の更地（時価2000万円。以下「本件土地」という。）をCに贈与した。同日、本件土地はAからCに引き渡されたが、本件土地の所有権の移転の登記はされなかった。
2. Cは、平成20年8月21日までに本件土地上に居住用建物（以下「本件建物」という。）を建築して居住を開始し、同月31日には、本件建物についてCを所有者とする所有権の保存の登記がされた。
3. 平成28年3月15日、Aが遺言なしに死亡し、唯一の相続人であるBがAを相続した。Bは、Aの財産を調べたところ、Aが居住していた土地建物のほかに、A所有名義の本件土地があること、また、本件土地上にはCが居住するC所有名義の本件建物があることを知った。
4. Bは、多くの借金を抱えており、更なる借入れのための担保を確保しなければならなかった。そこで、Bは、平成28年4月1日、本件土地について相続を原因とするAからBへの所有権の移転の登記をした。さらに、同年6月1日、Bは、知人であるDとの間で、1000万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約を締結し、1000万円を受領するとともに、これによってDに対して負う債務（以下「本件債務」という。）の担保のために本件土地に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約を締結し、同日、Dを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされた。
5. BD間で【事実】4の金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約が締結された際、Bは、Dに対し、本件建物を所有するCは本件土地を無償で借りているに過ぎないと説明した。しかし、Dは、Cが本件土地の贈与を受けていたことは知らなかったものの、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定した。

〔設問1〕

Bが本件債務の履行を怠ったため、平成29年3月1日、Dは、本件土地について抵当権の実行としての競売の申立てをした。競売手続の結果、本件土地は、D自らが950万円（本件債務の残額とほぼ同額）で買い受けることとなり、同年12月1日、本件土地についてDへの所有権の移転の登記がされた。同月15日、Dが、Cに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すよう請求する訴訟を提起したところ、Cは、Dの抵当権が設定される前に、Aから本件土地を贈与されたのであるから、自分こそが本件土地の所有者である、仮に、Dが本件土地の所有者であるとしても、自分には本件建物を存続させるための法律上の占有権原が認められるはずであると主張した。

この場合において、DのCに対する請求は認められるか。なお、民事執行法上の問題については論じなくてよい。

【事実（続き）】（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

6. 平成30年10月1日、Cは、本件土地の所有権の移転の登記をしようと考え、本件土地の登記事項証明書を入手したところ、AからBへの所有権の移転の登記及びDを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされていることを知った。

〔設問2〕

平成30年11月1日、Cは、Bに対し、本件土地の所有権移転登記手続を請求する訴訟を、Dに対し、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求する訴訟を、それぞれ提起した。このうち、CのDに対する請求は認められるか。

出題の趣旨

設問1は、同一不動産をめぐって多重の取引がされた事案を題材として、不動産物権変動の優劣に関する基本的な知識・理解を問うとともに、事案に即した分析能力や法的思考力を試すものである。

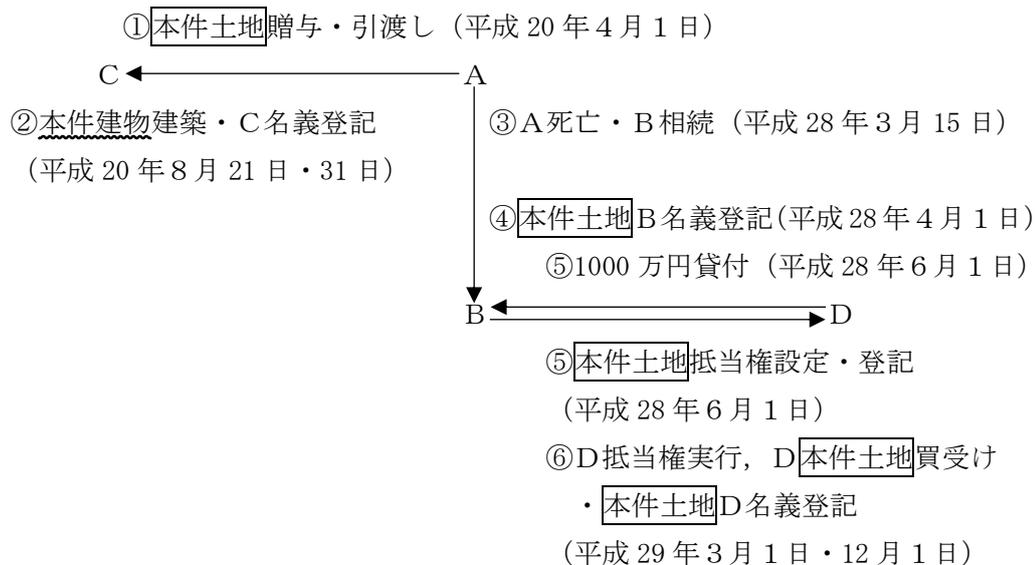
解答に当たっては、所有権に基づく物権的返還請求権の各要件を検討する必要があるが、特に、抵当権設定と贈与による所有権移転との対抗関係を丁寧に説明することが求められる。また、Cの占有権原の有無については、法定地上権の成否が特に問われるが、その制度趣旨や事案に現れている諸事情を踏まえて検討することが求められる。

設問2は、不動産が10年間以上占有された事案を題材として、取得時効の要件に関する基本的な知識・理解を問うとともに、取得時効の効果等について、事案に即した分析能力を試すものである。

解答に当たっては、所有権に基づく妨害排除請求権の各要件を検討する必要があるが、短期取得時効の各要件について当てはめを行った上で、取得時効の効果は抵当権の消滅を伴うものであるのか、仮に消滅を伴う場合にはこれを主張するために登記が必要となるのかなどについて論じることが求められる。

基本ポイント

1 設問1の事案及び設問の概要は、以下の通りである。

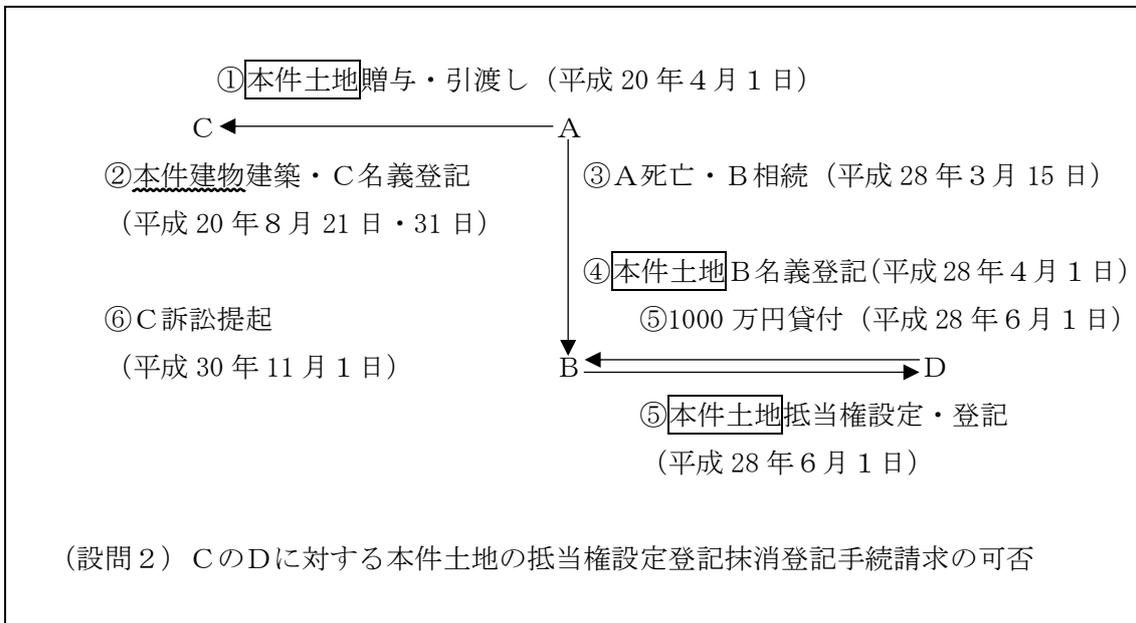


(設問1) DのCに対する本件建物収去本件土地明渡請求の可否

設問1の解答に際しては、まず、DのCに対する請求が所有権に基づく返還請求としての土地明渡請求であることを踏まえて、その要件である①請求者の所有、②相手方の占有について検討しなければならない。そして、①については、Cの主張する通り、A・C間の贈与契約の成立により本件土地の所有権が受贈者Cに移転する(民法(以下「法」という。)176条)が、Cが本件土地について所有権移転登記を具備する前の時点で、Dが、Aと一体と捉えられる包括承継人Bから本件土地について抵当権の設定を受けた上でその旨の登記も具備していることから、仮に、その後Dが抵当権を実行する前に、CがBから本件土地につき所有権移転登記を具備した場合でも、Dは、抵当権が設定されていることをCに対抗できる(法177条)ため、その抵当権の実行により本件土地を買い受けたDに本件土地の所有権が認められることになる。この検討においては、対抗関係が生じているか、生じているとすると誰を起点とした誰と誰との間の対抗関係かという点について、「第三者」(法177条)の意義を踏まえながら整理することが大切である。なお、②については、Cは、本件土地上に本件建物を所有することにより本件土地を現に占有している等と簡潔に記載すべきである。

次に、Cの主張する「法律上の占有権原」としては、法定地上権(法388条前段)を挙げた上で、その成否に関し、各要件(①抵当権設定当時、土地の上に建物が存在すること、②土地と建物が同一の所有者に属すること、③土地・建物の一方に抵当権が設定されたこと、④抵当権実行により土地・建物の所有者が異なったこと)の充足性を検討する必要がある。

2 設問2の事案及び設問の概要は、以下の通りである。



設問2の解答に際しては、まず、CのDに対する請求が所有権に基づく妨害排除請求としての抵当権設定登記抹消登記手続請求であることを踏まえて、その要件である①請求者の所有、②相手方名義の登記について検討しなければならない。そして、①につい

ては、本件土地の所有権に関する短期取得時効（法 162 条 2 項）の成否を検討しなければならない。この点については、同条項が規定する成立要件のうちの多くが推定される（法 186 条 1 項，2 項参照）が、各要件について簡潔に当てはめを行う必要がある。また、判例（最判昭 42.7.21 等）は、自己物の時効取得を肯定しているため、この点を踏まえた論述をする必要がある。そして、取得時効の効果は、原始取得と解されており、土地の占有開始後に抵当権が設定された場合において、占有者が当該土地の所有権を時効取得した場合、抵当権は消滅し（法 397 条参照）、抵当権の負担のない土地の所有権を取得することになる。なお、②については、簡潔に指摘することで足りる。

次に、Cは、本件土地の所有権移転登記を具備していないため、登記を具備していなくてもDに対して時効取得を対抗できるかどうかを検討する必要がある。そして、Cとの関係で、Dが時効完成前の第三者である場合、Cは、登記を具備していなくてもDに対して時効取得を対抗できると解されるため、Cの時効完成時点を特定しなければならない。本問では、時効の起算点としては、平成 20 年 4 月 1 日や同年 8 月 21 日が考えられ、Cの時効完成時点は平成 30 年 4 月 1 日や同年 8 月 21 日経過時となるが、いずれにしても、平成 28 年 6 月 1 日に抵当権の設定を受けたDは時効完成前の第三者に当たるため、Cは、登記を具備していなくてもDに対して時効取得を対抗できる。したがって、Cは、抵当権の負担のない土地の所有権を有するとして、Dに対し、抵当権設定登記抹消登記手続請求をすることができる。

応用ポイント

1	（設問 1）法定地上権の成否の検討において、抵当権設定当時、Cは、確定的ではないが、本件土地の所有者であり、土地と建物が同一の所有者に属していたことを説明していること →AC間の贈与契約の成立により本件土地の所有権はCに移転する。
2	（設問 1）法定地上権が成立した場合におけるDの不利益について配慮していること →抵当権設定当時、Dは、本件土地上に本件建物が存在することを認識しており、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価してBに対する貸付額 1000 万円を決定し、その後、本件債務の残額とほぼ同額である 950 万円で本件土地を買い受けている。なお、Dは、Cから地代を得ることができる（法 388 条後段参照）。
3	（設問 2）取得時効の起算点を事案に即して丁寧に検討していること →平成 20 年 4 月 1 日の引渡時を起算点とすることができるが、おそくとも公然性が認められるのは同年 8 月 21 日の本件建物建築・居住開始時であるとして、この時点を起算点とすることも考えられる。

4	<p>(設問1及び設問2) 本問全体を貫く視点・事情を意識すること</p> <p>→本件土地の所有権がCに移転している(法176条)ため、設問1では、自己借地権が設定できないことから法定地上権の成否が問題となり、また、設問2では、自己物の時効取得の可否及び登記具備の機会があったといえるのに時効完成前の第三者に対して登記を具備していなくても時効取得を主張できるかどうか問題となる。したがって、「本件土地はCの自己物である」という視点から、本問の事実関係を分析すると、検討すべき論点が整理される。</p>
---	---

講師作成答案例

1 第1 設問1

2 1(1) DのCに対する建物収去土地明渡請求は、本件土地の所有権に基づく返還請求で
3 あるところ、所有権に基づく返還請求権の発生要件は、①請求者の物の所有と②相
4 手方の物の占有である。

5 (2) ①について

6 ア Dは、本件土地の所有者であったAを相続した息子B(民法(以下「法」)896
7 条、887条1項)から、本件土地につき抵当権の設定(法369条1項)を受けた上
8 で、その実行の結果、本件土地を買い受けている。他方、Cは、Aから本件土地を
9 贈与(法549条)されているところ、AC間の贈与契約の成立により、本件土地
10 の所有権はCに移転している(法176条)。もっとも、Cは、登記を具備しなけれ
11 ば、本件土地の所有権の取得を第三者に対抗できない(法177条)から、Cは、
12 登記を具備するまでは、本件土地の所有権を確定的に取得していない。そのため、
13 BD間の抵当権設定契約時点でCは登記を具備していなかったから、Dの抵当権
14 は有効に成立する。

15 イ そして、「第三者」(法177条)とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、
16 登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうと解するところ、CとDは相
17 互に「第三者」に当たるため、登記を具備しなければ、自己の権利取得等を相手
18 方に対抗できない。

19 本件で、Cは、登記を具備していないため、Dに対し、本件土地の所有権取得
20 を対抗できないが、Dは、登記を具備しているため、Cに対し、本件土地につき抵
21 当権が設定されたことを対抗できる。

22 ウ そうすると、Dは、Cに対抗できる抵当権の実行の結果、本件土地を買い受け
23 ているから、Cに対抗できる所有権を取得する。したがって、①が認められる。

24 (3) ②について

25 Cは、本件土地上に本件建物を所有することにより本件土地を現に占有している。
26 したがって、②が認められる。

27 (4) 以上より、所有権に基づく返還請求権の発生要件は満たす。

28 2(1) これに対し、③相手方がその物に対する正当な占有権原を有していることが発生
29 障害要件となる。そして、Cが主張する法律上の占有権原としては、法定地上権(法
30 388条前段)が想定されることから、その成否を検討する。

31 (2)ア まず、本件土地に抵当権が設定された当時、本件土地の上にCが所有して登記
32 を具備する本件建物が存在していた。

33 イ もっとも、Cは、本件土地について登記を具備していないため、本件建物と本
34 件土地につき「同一の所有者」であるかが問題となる。

35 法定地上権の趣旨は、土地及び建物が同一所有者に属する場合には自己借地権
36 が設定できないため、抵当権の実行により土地と建物の所有者が異なったとき、
37 建物の収去を強いられることから、このような社会経済上の不利益を防止する点
38 にある。そうすると、「同一の所有者」であるかどうかは、登記具備の有無ではな
39 く、借地権の設定ができない関係にあったかどうかを考慮して判断すべきである
40 と解する。

41 確かに、Cは、本件土地について登記を具備していないため、本件土地の所有
42 権を確定的に取得していない。しかし、AC間の贈与契約の成立により、本件土
43 地の所有権はCに移転している。そうすると、Cが本件建物のために本件土地に
44 借地権を設定することはできない。したがって、Cは、本件建物と本件土地につ

45 き「同一の所有者」である。

46 ウ そして、抵当権の実行としての競売の結果、本件土地の所有者はDとなったが、
47 本件建物の所有者はCのままであるから、「所有者を異にする」こととなった。

48 (3) したがって、③法定地上権が成立する。なお、抵当権設定当時、Dは、本件土地上
49 に本件建物が存在することを認識しており、念のため、対抗力のある借地権の負担
50 があるものとして本件土地の担保価値を評価してBに対する貸付額 1000 万円を決
51 定し、その後、本件債務の残額とほぼ同額である 950 万円で本件土地を買い受けて
52 いるから、法定地上権の成立を認めたとしても、Dの合理的意思に反しないと見え
53 る。

54 3 以上より、DのCに対する請求は、認められない。

55 第2 設問2

56 1(1) CのDに対する抵当権設定登記抹消登記手続請求は、本件土地の所有権に基づく
57 妨害排除請求であるところ、所有権に基づく妨害排除請求権の発生要件は、①請求
58 者の物の所有と②相手方の占有以外の方法による物の侵害である。

59 (2) ①について

60 ア Cは、平成20年4月1日、Aから本件土地を贈与されて引渡しを受けた後、10
61 年間以上、本件建物を建築して居住する等、所有の意思をもって、平穩に、かつ、
62 公然と本件土地を占有している(法162条2項)。また、占有開始時、Cは、本件
63 土地を自己の物であると過失なく信じているといえるから、善意無過失である。

64 イ もっとも、AC間の贈与契約の成立により、本件土地の所有権はCに移転する
65 から、Cは、「他人の物」ではなく自己の物を占有していたことになる。しかし、
66 二重譲渡の場合、自己の物であっても登記を具備するまで所有権の取得は不確定
67 であるから時効取得を認める必要があるし、永続した事実状態の尊重及び立証の
68 困難の救済等の時効制度の趣旨からは、「他人の物」であることは要件とならな
69 いと解する。

70 ウ したがって、Cは、時効援用の意思表示(法145条)をすることで、本件土地
71 の所有権を短期取得時効により原始取得する。よって、①が認められる。

72 (3) ②について

73 本件土地には、Dを抵当権者とする抵当権設定登記があるから、②が認められる。

74 (4) 以上より、所有権に基づく妨害排除請求権の発生要件は満たす。

75 2(1) これに対し、③相手方がその物に対する正当な登記保持権原を有していることが
76 発生障害要件となる。そこで、Dからは、抵当権設定登記は、本件債務の担保のため
77 に締結されたBD間の抵当権設定契約に基づくものであるとの反論が想定される。

78 (2) しかし、Cの取得時効は平成30年4月1日経過時に完成している(法140条本
79 文)から、平成28年6月1日に抵当権の設定を受けたDは、Cとの関係で時効完成
80 前の第三者となる。そうすると、確かに、受贈者Cは、Dが抵当権の設定を受ける前
81 に数年間、所有権移転登記を具備する機会を有していたが、取得時効の完成により
82 Cが抵当権の負担のない本件土地の所有権を取得し、その反射として抵当権を喪失
83 するのはDであり、CD間は当事者類似の関係にある。したがって、Cは、Dに対
84 し、登記を具備することなく、取得時効を対抗できるから、Dの抵当権の負担のない
85 本件土地の所有権の取得を対抗できる。よって、抵当権設定登記は、Dの抵当権
86 に基づかないものとなるから、Dの反論は認められない。

87 3 以上より、CのDに対する請求は、認められる。

88

以上

[商 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、加工食品の輸入販売業を営む取締役会設置会社であり、かつ、監査役設置会社である。甲社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがあるが、株主総会の定足数及び決議要件について、別段の定めはない。
2. 甲社の発行済株式の総数は200株であり、平成28年12月1日に創業者Aが急死するまでは、Aが100株を、Aの妻Bが全株式を有し代表取締役を務める乙株式会社（以下「乙社」という。）が40株を、Aの長男Cが30株を、Aの長女Dが20株を、Aの二女Eが10株を、それぞれ有していた。
3. 甲社の定款には、取締役は3人以上、監査役は1人以上とする旨の定めがあり、また、取締役及び監査役の任期をいずれも選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする旨の定めがある。Aが死亡する直前では、A及びCが甲社の代表取締役を、D及びEが取締役を、甲社の従業員出身Fが監査役を、それぞれ務めていた。甲社の役員構成については、Aの死亡後も、Aが死亡により取締役を退任したこと以外に変更はない。
4. Aの死亡後、Aの全相続人であるB、C、D及びEが出席した遺産分割協議の場において、Cは、Aが有していた甲社株式100株を全てCが相続する案を提示した。しかし、Dが強く反対したため遺産分割協議が調わず、当該株式については株主名簿の名義書換や共有株式についての権利を行使すべき者の指定がされないままであった。
5. この頃から甲社の経営方針をめぐるCとDの対立が激しくなった。Cは、何かにつけてDを疎んじ、甲社の経営を独断で行うようになった。Cは、甲社の経営の多角化を積極的に進めるために、知人の経営コンサルタントに多額の報酬を支払って雑貨の輸入販売業にも進出した。しかし、その業績は思うように伸びず、ついには多額の損失が生ずるようになった。Dは、このままでは甲社の経営が破綻するのではないかと恐れ、平成31年3月頃、Cの経営手腕の未熟さについてBに訴えた。Bは、CとDが協力して甲社を経営していくことを望んでいたが、他方では、Cの経営手腕に不安を抱いていたので、この際、DがCに代わって甲社の経営を担うのもやむを得ないとの考えに至り、Dを支援することとした。
6. 平成31年4月22日、乙社は、Dが全株式を有し代表取締役を務める丙株式会社（以下「丙社」という。）との間で、乙社を分割会社、丙社を承継会社とする吸収分割（以下「本件会社分割」という。）を行い、これにより、乙社が有する甲社株式40株を全て丙社に承継させた。丙社は甲社に対して株主名簿の名義書換請求をしたが、Cは甲社を代表して本件会社分割による甲社株式の取得が甲社の取締役会の承認を得ていないことを理由にこれを拒絶した。このことがあってから、Cは、Dを強く警戒するようになり、Dを甲社の経営から排除することを考え始めた。
7. 令和元年5月9日にCの招集により開催された甲社の取締役会には、C、D、E及びFが出席した。定例の報告が終わった後、Cは、決議事項として予定されていなかったDの取締役からの解任を目的とする臨時株主総会の開催を提案した。驚いたDは激しく抵抗したが、Cは決議について特別の利害関係を有するという理由でDを議決に参加させることなく、C及びEの賛成をもって、Dの取締役からの解任を目的とする臨時株主総会を同月20日午前10時に甲社本店会議室で開催することを決議した（以下「本件取締役会決議」という。）。)

[設問1]

上記1から7までを前提として、本件取締役会決議の効力を争うためにDの立場において考えら

れる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

8. Cは、令和元年5月10日、本件取締役会決議に基づき、乙社、C、D及びEに対し、臨時株主総会の招集通知を発した。同月20日午前10時に甲社本店会議室で開催された臨時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、C、D及びEが出席したが、乙社を代表するBは病気と称して出席しなかった。本件株主総会では、定款の定めに基づき、Cが議長となり、Dを取締役から解任する旨の議案につき、C及びEは賛成し、Dは反対した。Dは、丙社を代表して丙社が本件会社分割により取得した甲社株式40株についても議決権を行使して当該議案につき反対する旨主張した。しかし、議長であるCは、これを認めず、行使された議決権60個のうち40個の賛成があったとして、Dを取締役から解任する旨の決議の成立を宣言した（以下「本件株主総会決議」という。）。

〔設問2〕

本件株主総会決議の効力を否定するためにDの立場において考えられる主張（〔設問1〕の本件取締役会決議の効力に関する事項を除く。）及びその主張の当否について、論じなさい。

出題の趣旨

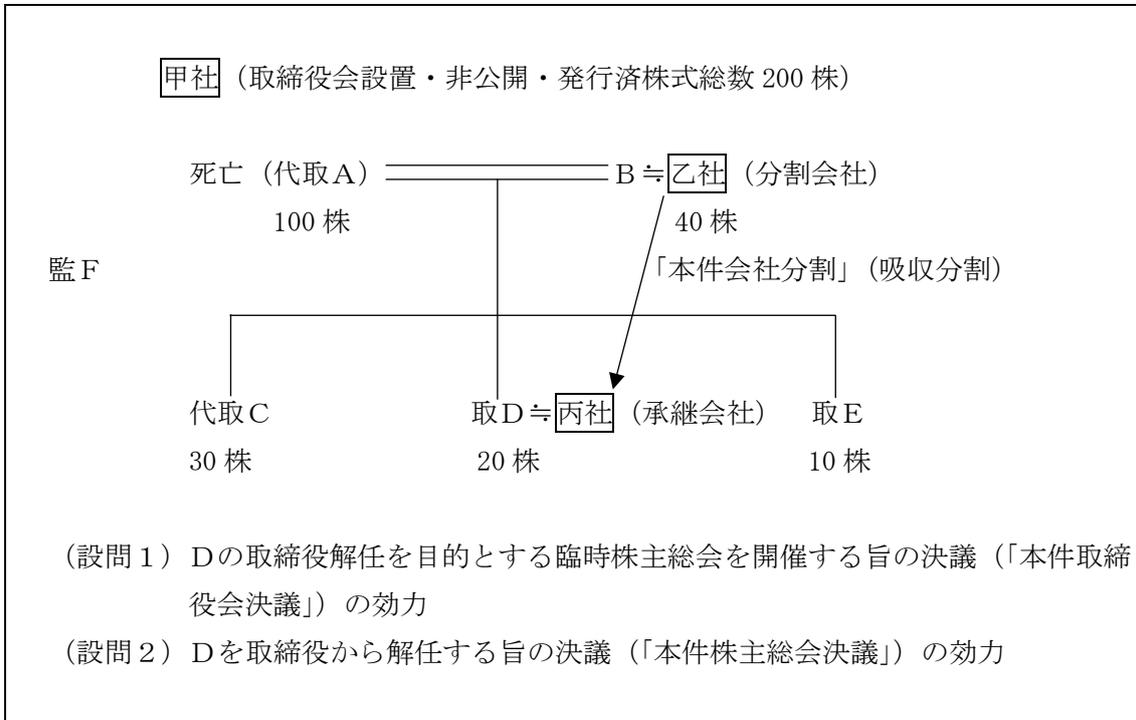
本問は、取締役の解任を目的とする株主総会の招集を決定する取締役会決議の効力（〔設問1〕）及び取締役を解任する株主総会決議の効力（〔設問2〕）を、それぞれその効力を否定する立場からの主張とその当否という形で問うものである。

設問1では、Dは、まず、本件取締役会決議が予定されていなかった事項に関する決議であった点が違法であると主張することが考えられるが、会社業務に関し臨機応変に対応すべき取締役会では、決議事項として予定されていなかった事項であっても必要に応じ決議することができるかと解される。次に、Dは、Dを特別利害関係人（会社法第369条第2項）に当たるとして議決に参加させなかった点が違法であると主張することが考えられる。代表取締役を解職する取締役会決議については、当該決議の対象となる代表取締役は特別利害関係人に当たるとする判例（最判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）があり、これとの距離感を踏まえて検討することが求められる。そして、Dが特別利害関係人に当たるとする場合には、本件取締役会決議が成立要件（同条第1項）を満たしているか、当たらないとする場合には、瑕疵のある取締役会決議の効力が問題となる。

設問2では、Dは、株主総会決議の取消しの訴え（会社法第831条第1項）を提起するため、取消事由として、まず、Aが保有していた甲社株式100株を定足数要件の分母に算入すれば定足数（同法第341条）を満たさないため、決議の方法の法令違反に当たる（同法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。当該100株については、遺産分割未了のまま相続人B、C、D及びEの共有状態にあり、権利行使者の指定・通知がないので、甲社の同意がない限り議決権を行使することができない（同法第106条）ため、「議決権を行使することができる株主の議決権」（定足数要件の分母。同法第341条）には含まれないと文言上は考えられるが、他方、共有株式は権利行使者の指定・通知があるまで暫定的に議決権を行使できないだけで、定足数要件の分母には含まれるという解釈があり、このような解釈も踏まえつつ検討することが求められる。次に、Dは、取消事由として、本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を要しない「一般承継」（同法第134条第4号）に該当するから、株主名簿の名義書換の不当拒絶があり、丙社は名義書換がなくとも自己が株主であることを甲社に対抗できるため、丙社に招集通知を発しなかった点は招集の手続の法令違反に、丙社の議決権を認めなかった点は決議の方法の法令違反に、それぞれ当たる（同法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。会社分割は、合併と同じく組織再編の一形態とされているが、他方、合併と異なり分割会社は依然として存続し、承継される権利義務の範囲は当事会社の裁量に委ねられており、このような異同も踏まえつつ検討することが求められる。

基本ポイント

1 本問の事案及び設問の概要は、以下の通りである。



2 設問 1 では、本件取締役会決議の効力を争いたい D の立場からの主張を挙げた上で、その当否を検討する必要がある。この点について、考えられる主張は、① D の取締役解任を目的とする臨時株主総会を開催するかどうかの決議は、本件取締役会の決議事項として予定されていなかったから、本件取締役会決議は違法である、② 本件取締役会決議に関して特別利害関係取締役 (会社法 (以下「法」という。) 369 条 2 項) に当たらない D を議決に参加させなかったから、本件取締役会決議は違法である、というものである。

まず、①については、経営の専門家である取締役で組織される取締役会は、株式会社の業務執行に関する意思決定を機動的に行う必要があるため、取締役会の招集通知には議題を定めることが必要とされていない (法 368 条 1 項参照) から、妥当でないということになる。なお、この点については、経営の専門家ではないが会社の実質的所有者である株主が自己の意思を会社経営に反映させるため、株主総会の招集通知には議題を定めることが必要とされている (法 299 条 4 項, 298 条 1 項 2 号) ことと区別する必要がある。

次に、②については、特別利害関係取締役 (法 369 条 2 項) の意義を解釈した上で、判例 (最判昭 44. 3. 28) が代表取締役を解職する取締役会決議 (法 362 条 2 項 3 号) については、当該決議の対象となる代表取締役は特別利害関係取締役に当たるとしていることを踏まえて当てはめを行うことになる。なお、結論はいずれでも良い。

3(1) 設問 2 では、本件株主総会決議の効力を否定したい D の立場からの主張を挙げた上

で、その当否を検討する必要がある。なお、Dは、本件株主総会決議の効力を争う場合には、本件取締役会決議の効力を争う場合と異なり、株主総会決議取消の訴え（法 831 条）を提起する必要があり、法令・定款に違反する事実等を取消事由として主張することになる。

- (2) まず、Dは、取消事由として、①本件株主総会決議につき、Aが保有していた甲社株式 100 株（以下「本件株式」という。）を定足数要件の分母に参入すると、定足数（法 341 条）を満たさないため、決議方法の法令違反（法 831 条 1 項 1 号）に当たると主張することが考えられる。

法 341 条は、取締役を含む役員を「解任する株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数…を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数…をもって行わなければならない。」と規定しているところ、本件株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれると解した場合、発行済株式総数 200 株の過半数という定足数を満たさないことになる。

他方、本件株式は、Aの相続人であるB、C、D及びE（民法 896 条、887 条 1 項、890 条）の遺産分割協議が調っておらず、準共有状態である（民法 898 条、264 条）ところ、共有株式についての権利行使者の指定もされていないから、「当該株式についての権利を行使することができない」（法 106 条本文）ことになる。

そうすると、条文の文言からは、本件株式は「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれないと解されるため、主張①は妥当でないということなる。

- (3) 次に、Dは、取消事由として、②本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を必要としない「一般承継」（法 134 条 4 号）に当たり、丙社は甲社との関係で甲社の株主であるから、株主名簿の名義書換（法 133 条）の不当拒絶があり、丙社は名義書換を行わなくとも自己が株主であることを甲社に対して対抗できるため、株主である丙社に招集通知（法 299 条 1 項）を発しなかったことは招集手続の法令違反に当たり、また、丙社の議決権を認めなかったことは決議方法の法令違反に当たる（法 831 条 1 項 1 号）と主張することが考えられる。

甲社は非公開会社であるから、甲社（取締役会）の承認がない場合、株式譲渡は、譲渡の当事者間では有効であるが、甲社との関係では有効でないことになる。しかし、相続・合併等の「一般承継」の場合、甲社（取締役会）の承認は不要であり、株式譲渡は、甲社との関係でも有効となる（法 134 条 4 号参照）。そのため、主張②の当否は、本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を有しない「一般承継」に当たるかどうかで決定される。そして、会社分割の際、吸収分割契約又は新設分割計画で承継の対象とされた権利義務は、会社分割の効力の発生により、個別の権利義務の移転行為をすることなく承継会社等に承継される（法 759 条 1 項、764 条 1 項）ことから、会社分割による権利義務の承継は一般承継と呼ばれることがあるため、この点を踏まえると、会社分割も「一般承継」に当たると解されるから、主張②は妥当であるとい

うことなる。

応用ポイント

1	<p>(設問1) 特別利害関係取締役の該当性判断に際し、判例(最判昭44.3.28)の事案と本問の事案の差異を意識していること</p> <p>→判例の事案は、当該代表取締役が取締役会の解職決議により平取締役となるものであったのに対し、本問の事案は、取締役会の決議により当該取締役の解任(取締役でなくなることを)を目的とする株主総会が開催されることになるというものである。なお、本問類似の事案において、判例(東京地決平29.9.26)は、特別利害関係取締役に当たるとしている。</p>
2	<p>(設問1) Dが特別利害関係取締役に該当するかどうかの結論を踏まえて、本件取締役会決議の有効性を検討していること</p> <p>→Dが特別利害関係取締役に当たるとする場合には、本件取締役会決議が成立要件(法369条1項)を満たしているかどうかを検討し、他方、当たらないとする場合には、瑕疵ある取締役会決議の効力を検討する。</p>
3	<p>(設問2) Dの株主総会決議取消しの訴えに係る原告適格の根拠に言及していること</p> <p>→Dは、甲社の「株主」(法831条1項柱書前段)であり、かつ、本件株主総会決議の取消しにより「取締役…となる者」(同項柱書後段)であるから、株主総会決議取消しの訴えを提起することができる。なお、甲社が丙社に招集通知を発しなかったこと及び丙社の議決権を認めなかったことは、株主Dとの関係では、他の株主丙社に関する手続的瑕疵となり、Dがこの瑕疵を取消事由として主張できるかどうかは問題となり得る(判例・通説は肯定する。)が、Dは、「取締役…となる者」としても原告適格を有するから、いずれにしても、この瑕疵を取消事由として主張できる。</p>
4	<p>(設問2) 本件株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれるかどうかにつき、実際上の弊害を踏まえた検討をしていること</p> <p>→共有株式についての権利行使者の指定がない場合において、当該株式を定足数要件の分母に参入しないとすると、実質的に、定足数を満たさないのに少数の株主の意思のみによって株主総会決議が成立することとなるところ、このような弊害に対応するため、本件株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれると解している。</p>
5	<p>(設問2) 「一般承継」の該当性判断に際し、相続・合併と会社分割の差異を意識していること</p> <p>→会社分割を「一般承継」に含むことを否定する根拠としては、①相続又は合併の</p>

	<p>場合、被承継人が死亡又は消滅し、被承継人の権利義務の全部を承継人が当然に引き継ぐのに対し、会社分割の場合、被承継人である分割会社は会社分割後も存続し、分割会社の権利義務のうちで承継会社が引き継ぐものは吸収分割契約等の定めによって決定される（法 759 条 1 項, 762 条 1 項）から、両者の性質は異なること、②会社分割により譲渡制限株式を承継した承継会社等が発行会社の他の株主にとって好ましくない者であるおそれがあることは、譲渡制限株式が売買等によって譲渡された場合と同様であるが、会社分割において、上記おそれから発行会社を保護するための手続は定められていないこと等が挙げられている（田中亘『会社法』（第 2 版）P 629～参照）。</p>
6	<p>（設問 2）本件株主総会決議が有効となる場合、甲社の取締役は C 及び E の 2 人となり、甲社定款上の員数 3 人及び取締役会設置会社における取締役の法定の員数 3 人（法 331 条 5 項）を欠くことになることを指摘していること</p> <p>→この点については、決議内容の定款違反の取消事由（法 831 条 1 項 2 号）及び決議内容の法令違反の無効事由（法 830 条 2 項）を構成するとも思われるが、甲社は、取締役会非設置会社への定款変更（法 466 条）をすることにより対応できるため、D は、取消事由及び無効事由として主張しないと考えられる。</p>

MEMO

講師作成答案例

1 第1 設問1

2 1 主張①

3 (1) Dは、Dの取締役解任を目的とする臨時株主総会を開催するかどうかの決議
4 は、本件取締役会の決議事項として予定されていなかったから、本件取締役会
5 決議は違法であると主張する。

6 (2) 経営の専門家である取締役で組織される取締役会は、株式会社の業務執行に
7 関する意思決定を機動的に行う必要があるため、取締役会の招集通知には、株
8 主総会の招集通知(会社法(以下「法」)299条4項、298条1項2号)と異な
9 り、議題を定めることは必要とされていない(法368条1項参照)。したがっ
10 て、本件取締役会決議は、本件取締役会の決議事項として予定されていなか
11 ったものであるが、違法でない。よって、主張①は妥当でない。

12 2 主張②

13 (1) Dは、本件取締役会決議に関して特別利害関係取締役(法369条2項)に当
14 たらぬDを議決に参加させなかったから、本件取締役会決議は違法であると
15 主張する。

16 (2)ア 特別利害関係取締役とは、法369条2項の趣旨が取締役の会社に対する忠
17 実義務(法355条)違反を事前に防止し、取締役会決議の公正を期する点に
18 あることから、決議につき会社の利益と衝突する個人的な利害関係を有する
19 取締役をいうと解する。

20 イ 判例は、代表取締役の解職に関する取締役会決議(法362条2項3号)に
21 際し、解職対象の代表取締役を特別利害関係取締役に当たるとする。確かに、
22 本件取締役会決議は、取締役Dを直接解任する効力を有するものではないし、
23 取締役の権限は代表取締役に比べて小さい。しかし、本件取締役会決議は、
24 Dの取締役解任に関する議題・議案を株主総会(法339条1項)に提出する
25 ことの決定であるから、Dが取締役としての地位を失うことにつながるもの
26 である。そうすると、Dは、判例の事案の代表取締役の解職決議と同様、本
27 件取締役会決議につき自己の身分に係る重大な利害関係を有し、甲社の利益
28 と衝突しても決議に反対する立場にあるといえる。したがって、Dは、特別
29 利害関係取締役に当たる。よって、Dを議決に参加させなかったことは適法
30 であるから、主張②は妥当でない。

31 なお、本件取締役会決議は、C及びEという「議決に加わることができる
32 取締役」の全てが出席し、その全ての取締役が賛成しているため、有効に成
33 立している(法369条1項)。

34 第2 設問2

35 1 本件株主総会決議の効力を否定するための手段

36 Dは、甲社の「株主」(法831条1項柱書前段)であり、かつ、本件株主総会決
37 議の取消しにより「取締役…となる者」(同項柱書後段)であるから、本件株主
38 総会決議の日である令和元年5月20日から「3箇月以内」に、株主総会決議取消
39 しの訴えを提起することができる。

40 2 主張①

41 (1) Dは、取消事由として、本件株主総会決議につき、Aが保有していた甲社株
42 式100株(以下「本件株式」)を定足数要件の分母に参入すると、定足数(法
43 341条)を満たさないため、決議方法の法令違反(法831条1項1号)に当た
44 ると主張する。

45 (2) 本件株式は、Aの死亡によりB、C、D及びEが相続する(民法896条、887
46 条1項、890条)ところ、遺産分割協議が調っていないため、準共有状態とな
47 る(民法898条、264条)が、共有株式についての権利行使者の指定もされて
48 いないから、「当該株式についての権利を行使することができない」(法106条
49 本文)。そうすると、本件株式は、「議決権を行使することができる株主の議決
50 権」(法341条)には含まれないとも思える。しかし、共有株式についての権
51 利行使者の指定がない場合において、当該株式を定足数要件の分母に参入しな
52 いとすると、実質的に、定足数を満たさないのに少数の株主の意思のみによっ
53 て株主総会決議が成立することとなる。したがって、本件株式は、「議決権を行
54 行使することができる株主の議決権」に含まれる。そうすると、定足数要件の分
55 母は甲社の発行済株式数である200株となると、本件株主総会決議につい
56 ては、本件株式100株に係る出席がないため、「議決権を行使することができ
57 る株主の議決権」の「過半数」が出席していないことになる。したがって、主
58 張①は妥当である。

59 3 主張②

60 (1) Dは、取消事由として、本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認
61 を必要としない「一般承継」(法134条4号)に当たり、丙社は甲社との関係で
62 甲社の株主であるから、株主名簿の名義書換(法133条)の不当拒絶があり、
63 丙社は名義書換を行わなくとも自己が株主であることを甲社に対して対抗で
64 きるため、丙社に招集通知(法299条1項)を発しなかったことは招集手続の
65 法令違反に当たり、また、丙社の議決権を認めなかったことは決議方法の法令
66 違反に当たる(法831条1項1号)と主張する。

67 (2) 甲社は非公開会社(法2条5号参照)であるが、本件会社分割による譲渡制
68 限株式の承継が「一般承継」に当たるとすると、甲社取締役会の譲渡承認がな
69 くても、丙社は甲社との関係で甲社の株主であることになる。しかし、「一般承
70 継」とされる相続又は合併の場合、被承継人が死亡又は消滅し、被承継人の権
71 利義務の全部を承継人が当然に引き継ぐのに対し、会社分割の場合、被承継人
72 である分割会社は会社分割後も存続し、分割会社の権利義務のうちで承継会社
73 が引き継ぐものは吸収分割契約の定めによって決定される(法759条1項)か
74 ら、両者の性質は異なる。また、会社分割により譲渡制限株式を承継した承継
75 会社等が発行会社の他の株主にとって好ましくない者であるおそれがあること
76 は、譲渡制限株式が売買等によって譲渡された場合と同様であるが、会社分
77 割において、上記おそれから発行会社を保護するための手続は定められていな
78 い。したがって、会社分割による譲渡制限株式の承継は「一般承継」に当たら
79 ないと解する。

80 そうすると、甲社取締役会の譲渡承認がないため、丙社は甲社との関係で甲
81 社の株主でなく、株主名簿の名義書換の不当拒絶もないことになる。したがっ
82 て、丙社に招集通知を発しなかったこと及び丙社の議決権を認めなかったこと
83 は違法でないから、主張②は妥当でない。

84 なお、本件株主総会決議が有効となる場合、甲社の取締役はC及びEとなり、
85 甲社定款上の員数3人及び取締役会設置会社における取締役の法定の員数3
86 人(法331条5項)を欠くことになるが、甲社は、取締役会非設置会社への定
87 款変更(法466条)をすることにより対応できるため、Dは、取消事由及び無
88 効事由として主張しない。 以上

【民事訴訟法】〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、1：1)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

Y株式会社(以下「Y」という。)は、甲土地を所有していた。X1は、自宅兼店舗を建築する予定で土地を探し、甲土地が空き地となっていたことから、購入を考えた。X1は、娘Aの夫で事業を引き継がせようと考えていたX2に相談し、共同で購入することとして、甲土地の購入を決めた。X1は、甲土地の購入に当たり、Yの代表取締役Bと交渉し、X1とX2(以下「X1ら」という。)は、Yとの間で甲土地の売買契約を締結した。X1らは、売買代金を支払ったが、Yの方で登記手続を全く進めようとしな。そこで、X1らは、Yを相手取って、甲土地について、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴え(以下「本件訴え」という。)を提起した。

〔設問1〕

X1は、本件訴えの提起に際して、体調が優れなかったこともあり、X2に訴訟への対応を任せることとした。そのため、専らX2がX1らの訴訟代理人である弁護士Lとの打合せを行って本件訴えを提起したが、X1は、Yに訴状が送達される前に急死してしまった。X1の唯一の相続人はAであった。

X2は、X1から自分に訴訟対応を任されたという意識があったため、X1の死亡の事実をLに伝えなかった。訴訟の手続はそのまま進行したが、Yは、争点整理手続終了近くになって、X1の死亡の事実を知った。

Yは、X1の死亡の事実を知って、「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した。

このYの主張に対し、X2側としてどのような対応をすべきであるかについて、論じなさい。

【事例(続き)】〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。

本件訴えに係る訴訟(以下「前訴」という。)においては、唯一の争点として甲土地の売買契約の成否が争われた。裁判所は、X1ら主張の売買契約の成立を認め、X1らの請求を全て認容する判決(以下「前訴判決」という。)を言い渡し、この判決は確定した。

しかし、Bは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地について処分禁止の仮処分がされていないことを奇貨として、強制執行を免れる目的で、Bの息子Zと通謀し、YからZに対する贈与を原因とする所有権移転登記手続をした。X1らは、前訴判決の確定後にその事実を知った。そこで、X1らは、YとZとの間の贈与契約は虚偽表示によりされたものであると主張し、Zに対して甲土地の所有権移転登記手続を求める訴え(以下、この訴えに係る訴訟を「後訴」という。)を提起した。Zは、後訴においてX1らとYとの間の売買契約は成立していないと主張した。

〔設問2〕

X1らは、上記のようなZの主張は前訴判決によって排斥されるべきであると考えている。X1らの立場から、Zの主張を排斥する理論構成を展開しなさい。ただし、「信義則違反」及び「争点効」には触れなくてよい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、当事者に生じた事情変更に関する諸問題についての理解を問うものである。そして、具体的な事実関係を的確に読み込み、一方当事者側（本問では原告側）から問題を処理し得る理論構成ができるかを評価するものである。

設問1では、訴え提起後訴訟係属前に共同原告の一人が死亡してしまった場合に、残った原告側の対応が問題となっている。具体的には、判例の立場では固有必要的共同訴訟とされる本件共同訴訟の性質を踏まえつつ、原告側での死者名義訴訟の処理について検討することが求められている。

設問2は、前訴判決の既判力を第三者に拡張できるかを問うものである。問題文では、原告らが売買を理由とする土地の移転登記手続を求めていた前訴の口頭弁論終結前に登記が被告から第三者に移転しており、その移転を原告らが知り得ないまま、原告ら勝訴判決を得て、それが確定した。その後、原告らが当該第三者への登記移転の事実を知り、当該第三者に対して所有権移転登記請求訴訟を提起した場合に、前訴判決の既判力が当該第三者に及ぶとする（原告ら側からの）理論構成を問うものである。主に、民事訴訟法第115条第1項第4号（目的物の所持者）の類推適用可能性が問われている。

基本ポイント

1 設問1では、Yの主張に対してX2側がすべき対応の内容を論じることが求められている。しかし、問題文には、Yが「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した法的な理由が記載されていない。そこで、X2側が適切な対応をする前提として、まず、訴え却下＝訴訟要件を欠いている、という関係を踏まえて、本件訴えがどのような理由でどの訴訟要件を欠いているのかということを確認する必要がある。

この点について、Yの主張の発端は、「X1の死亡の事実を知つたことにあるが、当事者であるX2は生存しているため、単に当事者が存在しないことを理由とする訴え却下という関係は成立しない。しかし、仮に、本件訴えが固有必要的共同訴訟（民訴法（以下「法」という。）40条）に当たる場合、共同訴訟人となるべき者の全員が共同で訴える（共同原告）又は訴えられる（共同被告）のでなければ、当事者適格を欠き、訴え却下となる。そこで、Yの主張を法的に理由付けて整理すると、「本件訴えは固有必要的共同訴訟に当たるところ、その原告適格が認められるためには、X1及びX2の二人が原告となる必要があるのに、訴訟係属前からX1が原告となっていなかったから、却下されるべきである」ということになる。

これに対し、X2側の対応・反論の骨子としては、①本件訴えが固有必要的共同訴訟に当たるかどうかを検討した上で、固有必要的共同訴訟に当たらないため当事者適格を欠くことにはならないから却下されるべきではない、また、②仮に固有必要的共同訴訟

に当たるとしても、「死亡」したX1の娘であるAが「相続人」として、X1の訴訟上の地位を承継する（法124条1項1号参照）ため当事者適格を欠くことにはならないから却下されるべきではないというものになる。そして、①固有必要的共同訴訟に当たるとどうかの判断は、一般的に、実体法的観点（管理処分権の帰属の態様，訴訟物である権利・法律関係の性質等）及び訴訟法的観点（紛争解決の実効性，訴訟経済等）を考慮してなされるため，これを念頭に置いた検討をする必要がある。また，②当然承継の肯否の検討においては，X1の死亡時期が訴訟係属前（Yに訴状が送達される前）の時点であり，他方，法124条1項が訴訟係属の発生を前提とした「訴訟手続」の中断・受継を規定するものであることから，同条項が直接適用されないことを踏まえて，その類推適用の肯否を検討する必要がある。なお，類推適用の肯否を検討する際には，同条項の趣旨・根拠を踏まえることになる。

- 2 設問2では，後訴において，Zが「X1らとYとの間の売買契約は成立していない」と主張したのに対し，X1らが前訴の確定判決の既判力（法114条1項）により，この主張を排斥するための理論構成を展開することが求められている。

前訴の訴訟物である権利・法律関係は，売買契約に基づく所有権移転登記請求権（民法555条）であるところ，前訴判決は，「X1らの請求を全て認容する判決」であったから，前訴判決の確定により，事実審の口頭弁論終結時点で，売買契約に基づく所有権移転登記請求権が存在するとの判断に既判力が生じる（法114条1項，「主文に包含するもの」）。そのため，前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合，Zは，当該後訴において，事実審の口頭弁論終結時まで存在した事由を主張して前訴判決の既判力ある判断を争うことはできないことになる（既判力の遮断効）。

ただし，既判力の主観的範囲は，原則として，前訴の当事者間とされている（法115条1項1号）が，Zは，前訴の当事者ではない。そこで，既判力が当事者以外にも拡張されるかという観点から，同条項2号以下を検討することになる。そして，まず，同条項2号から4号をZに対して直接適用することができないことを確認しなければならない。その上で，次に，同条項4号を直接適用することができない理由が，Zが登記名義を保有する者で「目的物を所持する者」ではないという点にあるにとどまり，同条項2号及び3号と比較して適用の余地があると判断し，同条項4号の類推適用が肯定されるべきであると論じる必要がある。なお，類推適用が肯定されるべきであると論じる際には，同条項4号の趣旨・根拠を踏まえた論理展開をし，事案に即した当てはめをすることになる。

応用ポイント

1	（設問1）判例（最判昭46.10.7）が共有権（数人が共同して共有物上に成立して有する1個の所有権であり，共有持分権とは区別されるもの）に基づく所有権移転登
---	--

	<p>記手続請求訴訟を固有必要的共同訴訟と判断していることを踏まえた検討をしていること</p> <p>→本件訴えは、売買契約に基づく所有権移転登記手続請求訴訟であり、共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟ではない。そのため、上記判例とは異なる見解を採用できる余地があり、その実体法的根拠としては、共同買主の売主に対する売買契約に基づく所有権移転登記請求権が不可分債権であること（民法 428 条）が考えられる。他方、移転登記が共有持分割合に応じてなされることを念頭に置くと、紛争解決の実効性を確保するため、上記判例と同様の結論を採用すべきことになる。</p>
2	<p>（設問 1）本件訴えの当事者が X 1，X 2 及び Y であることにつき、当事者確定論に触れつつ、説明していること</p> <p>→固有必要的共同訴訟においては、当事者となるべき者の全員が訴訟の当事者となることにより当事者適格が認められるため、また、訴訟承継は「当事者」の死亡により生じるため、X 1 が当事者（原告）であることを確認する。</p>
3	<p>（設問 1）訴訟係属が、訴え提起時ではなく訴状送達時に生じると解されていることを説明していること</p>
4	<p>（設問 1）X 2 が X 1 の訴訟手続を A が受継する旨の申立て（法 126 条）をすべきことを説明していること</p>
5	<p>（設問 1）X 1 らには訴訟代理人 L がいるため訴訟手続の中断はない（法 124 条 2 項）ことに言及していること</p>
6	<p>（設問 2）前訴と後訴の訴訟物の関係（同一、先決又は矛盾関係）についての言及</p> <p>→前訴の訴訟物は売買契約に基づく所有権移転登記請求権であるのに対し、後訴の訴訟物は X 1 らの Z に対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権であるから、前訴と後訴の訴訟物は同一ではない。しかし、共に甲土地に関する所有権移転登記請求権であり、Z は Y から登記名義を承継しているから、訴訟物が同一であるとみなすことができる等と説明することになる。</p>

MEMO

講師作成答案例

1 第1 設問1

2 1 Yの主張の内容は、本件訴えは固有必要的共同訴訟(民訴法(以下「法」)
3 40条)に当たるところ、その原告適格が認められるためには、X1及び
4 X2の二人が原告となる必要があるのに、訴訟係属前からX1が原告と
5 なっていないから、当事者適格を欠き、却下されるべきであるとい
6 うものである。

7 2(1)ア X2側としては、まず、以下の通り、本件訴えが固有必要的共同
8 訴訟に当たらないと反論すべきである。

9 イ 本件訴えの訴訟物は、売買契約に基づく所有権移転登記請求権で
10 あるところ、同請求権は、共同買主X1及びX2と売主Yとの間で
11 締結された一つの売買契約(民法555条)の効果として発生した権
12 利であるから、不可分債権(同法428条)として単独行使し得るも
13 のである。そのため、X2は、個別訴訟を提起して同請求権を行使
14 することができる。したがって、本件訴えは固有必要的共同訴訟に
15 当たらない。

16 (2)ア 他方、Yからは、以下の再反論が想定される。

17 イ 固有必要的共同訴訟とされるのは、合一確定の必要だけでなく訴
18 訟共同の必要も認められる場合であるところ、その該当性は、実体
19 法的観点及び訴訟法的観点から判断すべきであると解される。そし
20 て、X1とX2は共同買主であるから、移転登記は、X1とX2と
21 の間の持分割合に応じてなされるものであり、X2が甲土地全体の
22 移転登記を単独で受領することは実体法上の権利関係を反映しない
23 ものとなり得る。そうすると、紛争解決の実効性を確保するため、
24 共有持分割合に応じた移転登記を行う前提として、共有者全員を訴
25 訟に参加させる必要がある。したがって、本件訴えは固有必要的共
26 同訴訟に当たる。なお、この結論は、共有権に基づく所有権移転登
27 記手続請求訴訟を固有必要的共同訴訟とした判例の立場と整合する。

28 3(1) X2側としては、Yからの上記再反論が認められた場合に備えて、
29 次に、当然承継の規定(法124条1項1号)の適用を前提として、X
30 1の訴訟手続をAが受継する旨の申立て(法126条)をすべきである。

31 (2)ア まず、「当事者の死亡」(法124条1項1号)の場合に当然承継の
32 規定が適用されるところ、本件訴えの原告を誰とすべきか、当事者
33 の確定基準が問題となる。

34 当事者が確定されなければ、訴状の送達、訴訟の開始等ができな
35 いから、当事者の確定は、訴え提起の時点で迅速に行う必要がある。
36 そこで、基準の明確性から、訴状の記載を基準に確定すべきである
37 と解する。

38 本件訴えは、X1らがYを相手取って提起されたものであり、訴
39 状にも原告としてX1及びX2が記載されているはずであるから、
40 原告はX1及びX2となる。

41 イ しかし、法124条1項は、訴訟係属の発生を前提とした「訴訟手
42 続」の中断・受継を規定するものである。そして、二当事者対立構
43 造が生じるのは、訴え提起時ではなく被告への訴状送達時であるか
44 ら、訴訟係属は、訴状送達時に発生すると解されるところ、X1が

45 Yに訴状が送達される前に急死しているため、訴訟係属は発生して
46 いない。そのため、同条項を直接適用することはできない。

47 もっとも、同条項の趣旨は、承継人の手続関与の機会及び相手方
48 の訴訟上の既得の地位を保障する点にある。そして、訴えの提起が
49 あるなど潜在的な訴訟係属状態がある場合にも、上記保障は必要で
50 あるから、その趣旨が妥当する。したがって、潜在的な訴訟係属状
51 態がある場合には、同条項が類推適用されると解する。

52 本件訴えの提起は、X1が生存中にされており、X1らとYとの
53 間に潜在的な訴訟係属状態があるから、同条項が類推適用される。
54 そのため、X1らには訴訟代理人Lがいるから訴訟手続の中断はな
55 い(法124条2項)が、「相続人」Aは、原告としての地位をX1か
56 ら承継する。したがって、X1の訴訟手続をAが受継する旨の申立
57 ては認められる。

58 第2 設問2

59 1 Zは、前訴の「当事者」(法115条1項1号)ではなく、また、Yから
60 前訴の口頭弁論終結前に甲土地について贈与を原因とする所有権移転登
61 記を得ているから「口頭弁論終結後の承継人」(法115条1項3号)にも
62 当たらない。さらに、Zは、甲土地について自己名義の所有権移転登記
63 を有するにとどまり、甲土地を所持していないから「目的物を所持する
64 者」(法115条1項4号)にも当たらない。そのため、前訴の確定判決の
65 既判力はZに及ばないとも思える。

66 2(1) しかし、法115条1項4号の根拠は、他人のために目的物を所持す
67 る者は、保護すべき自己固有の利益を有しないから、独自の手続保障
68 を与えられる必要性がないという点にある。そうすると、保護すべき
69 自己固有の利益を有しない者については、同号の根拠が妥当するため、
70 同号が類推適用されると解する。

71 前訴の被告Yの代表取締役Bは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地
72 について処分禁止の仮処分がされていないことを奇貨として、強制執
73 行を免れる目的で、息子Zと通謀して、YからZに対する贈与を原因
74 とする所有権移転登記手続をした。そうすると、YZ間の贈与契約は
75 通謀虚偽表示(民法94条1項)により無効であり、Zは、甲土地の所
76 有者ではないから、自己名義の所有権移転登記を保有する実質的な利
77 益を有しない。したがって、Zは、保護すべき自己固有の利益を有し
78 ない者であるから、法115条1項4号が類推適用される。

79 (2) そして、確かに、後訴の訴訟物はX1らのZに対する所有権に基づ
80 く妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権であり、他方、前訴
81 の訴訟物は売買契約に基づく所有権移転登記請求権であるから、前訴
82 と後訴の訴訟物は同一ではない。しかし、共に甲土地に関する所有権
83 移転登記請求権であり、ZはYから登記名義を承継しているから、訴
84 訟物が同一であるとみなすことができる。

85 (3) したがって、前訴の確定判決の既判力は、後訴のZに及ぶ。よって、
86 Zは、後訴において、前訴確定判決の既判力のある判断と矛盾する主
87 張をすることができないから、Zの主張は前訴判決によって排斥され
88 るべきである。 以上