

問題 1

【出題意図】

民法 94 条 2 項類推適用についての理解を問う基本的問題である。その前提として当然に 94 条 1 項と 2 項の正確な理解がなされていることが必要である。

【採点講評】

まずは A が本件土地・建物の所有権を取得していること、いわゆる無権利の法理によって D は本件土地・建物の所有権を取得できないこと、それにもかかわらず D の信頼を保護する必要がある場合があること、そのためいかなる法律構成が適切であるか、という順序で論理を展開してほしい。7 割程度の答案は、この構成をとっていたが、二重譲渡構成をとった答案もあった。両者の構成のどこが分れ目になるのか、理論的には基礎的ではあるが極めて重要な問題である。本問では 94 条 2 項類推構成が妥当であろう。94 条 2 項を直接適用した答案もあったがそれも誤りである。

問題 2

【出題意図】

瑕疵担保責任の基本的知識を問う問題である。問題文にもあるとおり、昭和 36 年の塩釜声の新聞社事件については最低限理解している必要がある。さらに、瑕疵担保の損害賠償の範囲について、信頼利益、履行利益の区別から問題文の事案に対して適切な判断が出来るかを問うものである。

【採点講評】

瑕疵担保の成否について検討している答案が少なかったのは残念であった。そもそも、解除、損害賠償の根拠すら検討していないものもあった。

本件は種類物売買であるが、目的物の性能が十分ではないため、瑕疵担保責任も当然に問題となってくる。また、種類物売買における瑕疵担保責任の成否についてのリーディングケースである。最判昭和 36 年 12 月 15 日に言及した答案がほとんどなかったのは意外であった。

また、瑕疵担保責任ではなく、債務不履行責任を追及するという可能性も有り得るが、その場合には、債務者の帰責性をどのように考えるのかについて、検討する必要がある。債務不履行責任における損害賠償の範囲については、ほとんどの答案が検討していた。

問題 3

【出題意図】

親権者とこれに服する子との財産関係、中でも特に利益相反行為に関する知識と考察力を確認することが出題の意図である。

親権者もまた共同相続人である場合の、親権者のした相続放棄の代理行為が利益相反行為か否かが主たる論点であり、これを肯定すれば、特別代理人を立てずになした本件行為は無効となり、否定すれば有効となる。この点については、後見についての最判(配点基準中に掲載)があるものの、判例法理が確定しているとは言い難く、また諸説あることから、両見解の相違点の理解を、相対立する当事者の立場として展開し得るかにより判断するものである。

### 【採点講評】

本件が相続放棄に係る親権者と子との利益相反事例である点は、問題文に明らかであるから、論点の所在を把握しえない答案は存在しなかった。

しかし放棄の際に利益相反が問題となるかの点については、所与の事実かのように全く論じないまま、親権者と子との間の利益相反に該当するか否かをのみ記載したものが多かった。

放棄について、古い判例は相手方のない単独行為だから利益相反は問題とならないとしていたが、現時では放棄に利益相反が問題となる点には争いが無い。この点自体の記載は要さないが(記載あれば加点)、相続放棄が利益相反となるのは、親権に服する子と親権者が共同相続人だからであり、仮に親権者のみが放棄をすれば、放棄の効果は相続開始に遡及することから、共同相続人ではなくなり、利益相反は発生しない点の記述は必須である。

本件では同時に放棄をするにいたった事例であることから、これが利益相反となるか否かの検討が必要である。結論として判例は同時に放棄した場合も、利益相反とはならないとするが、同判例法理を知らずとも、親権者のために利益となり、未成年子の不利益になることが 826 条のいう利益相反であるとする制度の趣旨から、結果的に共同相続関係が発生していないことから利益相反に該当しないとする検討が必要であった。この点の記載がない答案については大幅減点とした。

なお判例の外観法理を記述するものは多かったが、そのことのみで、上述の放棄の性質論を前提としないものは、減点である。

### 問題 3

#### 【出題意図】

新株予約権の発行は、潜在的な株式の発行であるから、既存株主に与える影響も募集株式の発行と類似する場面が多い。他方、新株予約権の発行は、直接的には資金調達を目的をもたないことから、募集株式の発行についての規制とは異なる側面を有する。本問は、そうした新株予約権の発行前後において会社法がどのように既存株主の保護を図っているかを問う基本問題である。具体的には、新株予約権発行前の差止請求の可否、新株予約権発行後の新株予約権の無効事由をどのように考えるか問うている。

#### 【採点講評】

設問 1 については、新株予約権の差止請求の可否を問うている。新株予約権を無償で第三者に割り当てる場合、ストック・オプション目的などの特段の事情がない限り、有利発行となる。その場合には、株主総会の特別決議が必要であるが、本件ではまずその決議がなされていないことが、差止事由として挙げられなければならないが、そのような答案は極めて少なかった。「著しく不公正な発行」にあたるかどうかは、法令・定款違反がない場合に検討する事項であるので、まずは、株主総会決議の欠缺の点が最初に検討されていなければならない。

設問 2 については、新株予約権無効確認の訴えに関する無効事由の検討のうち、通知・公告のない新株予約権の発行は、差止機会を奪うことになるため、無効事由にあたる点の指摘は比較的多くの答案でできていた。なお、差止事由や無効事由についての一般論についても両者を比較しながら、その範囲について論じてほしかったが、そのような答案はほとんどなかった。

## 問題 5

### 【出題意図】

否認と抗弁は民事訴訟上の重要な概念であるが、混同しやすいため、両者の異同を知っていることは、民事訴訟法を学ぶ上で必要である。また、否認には単純否認と積極否認があること、抗弁には事実抗弁と権利抗弁があるということも、基本的な事項であるが、法学部で民事訴訟法を履修した者でも、必ずしもそれらを正確に理解していない。そこで、これらの諸点についてどこまで正確に説明できるかは、受験生を既修者と認定するための基準となると考えられる。また、出題の形式は、事例問題ではなく、逆に受験者に、単純否認、積極否認等の事例を挙げることを要求しているが、それは、このような形式の出題によっても受験者の応用力を測ることができる、考えたからである。

なお、権利抗弁については、いかなる抗弁が権利抗弁であるかについて、議論がある。とくに、取消権等の形成権に基づく抗弁（たとえば、契約に基づく請求に対して、契約に取消原因があるとの抗弁）は、一般に権利抗弁と考えられているが（法律学小辞典〔第4版補訂版〕322頁）、そうでないとする見解もあり、しかも学生が使っていると思われる概説書中にもそのような見解を採用しているものがある（山本弘ほか・民事訴訟法〔有斐閣アルマ〕213頁〔山本弘〕）。本問題は解答者に、権利抗弁の意義に関する各種の見解を網羅的に列挙することは要求しておらず、一つの解答として必要なことを理論的一貫性をもって記述することを要求している。

### 【採点講評】

民事訴訟法学における否認と抗弁は基本的で重要な概念であるにもかかわらず、両概念を正確に理解し、その異同を明確に認識し、かつそれらの事例を正しく提示している受験者は少数であった。とくに、積極否認と権利抗弁については、理解が不正確で、それゆえ、誤った事例を掲げている受験生が多かった。