

問題 1

【出題意図】

取消と登記の典型問題である。取消前と取消後では法律構成が大きく異なるので、それらを原理的構造的に正確に理解しているかを問うことを目的とする。

【採点講評】(〔設問 1〕〔設問 2〕とも)

96 条 3 項の趣旨を理解できていない答案が予想外に目立った。他方よく書けている答案も多く、二極分解していたというのが、問題 1 の特徴である。なお、96 条 3 項の趣旨は、〔設問 1〕〔設問 2〕のいずれかに書いてあれば評価している。

〔設問 1〕については、なぜ二重譲渡になるのかの説明が欲しい(「復歸的物権変動」等)。また、94 条 2 項類推適用で構成した起案もあったが、検討や構成がしっかりしていれば 177 条構成と同様に加点している。

〔設問 2〕については、C の登記や無過失の要否についても触れておくことが望ましい。

問題 2

【出題意図】

債務不履行責任の基本的理解、並びに、要件としての責に帰すべき事由の意味について正確に理解しているかを問う。

【採点講評】

・設問が損害賠償を請求できるかを問うているのに、危険負担の問題のみ書いている答案がかなり多数あった。

・本件は持参債務であるにもかかわらず、牛肉を B が分離した時点で特定とする答案がかなり多数あった。持参債務の場合には現実の提供がなければ特定はしない。

・本件の場合、B に債務不履行があるとして、履行遅滞か履行不能かについては争いのあるところである。確かに、特定はしていない以上、履行は可能であるが、9 月 1 日付けの注文に関しては、結局、A はメニューを書き換えざるをえない事態に陥ったことも考えると、社会通念上、履行不能と解しても差し支えないとも考えられ、結論はどちらでもかまわない。

・帰責事由に関して、冷蔵車の故障について、C を履行補助者と解する答案も相当数あったが、運転まで C の社員が行ったならまだしも、単なるレンタカーの貸し出しだけでは、C を B の履行補助者と解するのは難しいのではないか。

問題 3

〔設問 1〕

【出題意図】

成年の養子縁組における配偶者の同意と必要的共同縁組との差異を問うもの。

【採点講評】

配偶者ある者の養子縁組を巡る基本的構造の理解を見る問題であり、期間制限、取消の効果も合わせ、概ねよく書けていた。

〔設問 2〕

【出題意図】

本遺言は相続させる旨の遺言である。同遺言の性質の理解度をはかり、遺産分割方式を問うもの。

【採点講評】

「相続させる旨の遺言」については、条文に明文規定のないところに判例法理が形成されてきたことから、学習の進捗状況が如実に表れており、満点に近いものもある一方で、単に遺言が存在していることのみを記載しかないまま、遺言内容たる不動産は遺言の名宛相続人に、残りの預金は養子にと記載した答案まで、大差があった。

遺言の法的性質を論じながら、遺産分割の結果、不動産は遺言に従い、預金は D にとする答案も少なからずあり、判例法理の実践的理解に欠けているものは減点とした。

預金が判例法理では可分債権とされながら、実務では異なる処理がなされる点を記載したものは、遺産分割の是非等につき、論理一貫していれば、加点とした。

総じて多くの答案で、基本的理解不足から、明らかな誤りが散見され、全体的には得点率は低かった。

〔設問 3〕

【出題意図】

内縁死別配偶者の財産上の権利関係についての判例法理(最決平成 12・3・10)の理解と、具体的事案への応用力を見る。

【採点講評】

内縁配偶者死別についての判例に言及のない答案が多かった。その結果、理論的分析の場が見つからず、事実婚配偶者への相続権の準用、寄与分の類推適用、特別縁故者規定の類推適用等が散見した。本件事実関係から救済の必要性を思わせる事案ではあるが、相続権は対第三者との関係から公示性を要し、寄与分は相続人に限定され、特別受益は相続人がいない場合であることから、これら拡大解釈のみの答案では満点にはしえない。

判例法理の不合理性を述べたうえで、夫婦財産制の潜在的共有性の処理の問題の指摘があるものは可点とした。全体的得点率は低かった。

問題 4

【出題意図】

新株発行における無効原因を問う基本的な問題である。新株発行の無効原因については、従来、新株発行に関する取引の安全を図るため、無効事由を極めて狭く解する考え方が一般的であり、株主総会の特別決議を欠いた新株発行の効力についても無効原因とはされていなかった。この点、従来の判例では、公開会社であれ非公開会社であれ、違いはないとされていた。しかし、この考え方には批判が強く、特に新会社法下においては、株式譲渡制限会社における株主総会特別決議の瑕疵は無効原因とすべきであるという考えが有力に主張されている。このような状況において、全株式譲渡制限会社においては株主総会特別決議を欠いた新株発行の効力を無効とする高裁判例(東京高判平成 22・6・29)が登場した。そこで、株主総会特別決議の瑕疵が、新株発行の無効原因となるかについて、どのように考えるかをあらためて問う出題である。

【採点講評】

・株主総会における一部の株主に対する招集通知漏れが、株主総会取消事由になる点については、比較的多くの答案で指摘されていたが、B社に対する第三者割当てが有利発行であるために、株主総会の特別決議が必要である点について指摘がなされている答案は少なかった。

・上記株主総会特別決議の取消事由が、新株発行の無効事由となるかについては、まず、総会決議取消の訴えが形成訴訟であるため、確定判決が出ていない時点で、そもそも無効事由となるかについては問題であり、また新株発行無効の訴えも形成訴訟である以上、その訴えを提起しなければ、当該新株発行の効力は論じられない。この両者の関係についてどのように考えるのかは、難しい問題であるが、その点の指摘があったものは極めて少なかった。

・新株発行無効事由をきわめて狭く解すべき一般論の説明は、比較的多くの答案でみられたが、本件のような閉鎖会社での新株発行は株主総会決議が必要となることから、公開会社の場合のような株主への通知・公告がなされないため、閉鎖会社では、株主総会の招集通知がなされなければ、新株発行の差止めの機会を欠くことになり、その瑕疵は重大である。こうした閉鎖会社の特段の事情を適切に考慮して、新株発行の効力を論じられた答案は極めて少なかった。

問題 5

【出題意図】

処分権主義と弁論主義は、ともに基本的で重要な原理であり、その理解は民事訴訟法上の問題を処理する上で不可欠である。ところが、法曹実務専攻（法科大学院）学生の中にも、両原理の内容を混同している者がいる。両原理を正確に理解しているか否かは、既習者として認定できるか否かの判定の基準になるものと、思料される。

【採点講評】

処分権主義は訴訟の開始および終了ならびに請求の対象（訴訟物）の特定を当事者の自由に委ねるたてまえであり、弁論主義は判決の基礎になる事実関係を確定するための資料の収集を当事者の権能と責任に委ねるたてまえである。このことは、多くの答案において記述されていた。しかし本問においては、より具体的な両者の内容を記述し、それを定める明文規定を示すことが、要求されている。すなわち、処分権主義に関しては、訴訟の開始がもっぱら当事者の意思によること（明文規定はないが、「訴えなければ裁判なし」という法諺の存在からも明らかなように、当然のこととされている）、訴えの取下げ（民訴 261 条）、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解といった（同 266 条・267 条。なお同 89 条参照）、当事者の意思により訴訟を終了させる方法が認められていること、判決事項が申立て事項に限定されていること（同 246 条）を、また、弁論主義に関しては、いわゆる 3 つのテーゼ（明文規定で定められているのは、自白の拘束力のみである。民訴 179 条）を提示することが、要求されている。これらの提示は多くの答案においてなされていたが、完璧に提示している答案は少なく、多くの答案において提示すべき事項の一部が欠落し、あるいは、記述に正確さを欠く部分があった。

つぎに、一般に処分権主義と弁論主義の共通点は、その根拠がともに、民事訴訟が、当事者の処分可能な私法上の権利の実現・保護のための制度であることにあると言われている。すなわち、両者は実体私法上の私的自治の原理が手続面に現れたものであると解されているのである。この点も多くの答案で言及されていた。ただし、弁論主義の根拠については、上記のような本質説ないし私的自治説といわれる見解のほかに、手段説や多元説も主張されており、これらにも言及することが望ましい。実際に言及している答案もあったが、少数であった。

なお、本問では、適用場面の説明も求められているが、弁論主義について、間接事実や補助事実への適用の有無も問題になっている。この点は、処分権主義との対比という観点からは、必ずしも容易に想起される問題ではないが、やはり言及しておくことが望まれるところ、少数の答案のみが言及していた。