

- 1 第1 設問1について 以下、アガルート答案例 民法 問題①
- 2 1 小問(1)について
- 3 (1) Eは未成年者Cを代理するAとの間で甲土地について売買契約を締結している。
- 4 そこで、A及びD（以下「Aら」という。）がCの売主たる地位を相続したとし
- 5 て売買契約に基づく、又は甲土地の所有権を取得したとして所有権に基づく所有
- 6 権移転登記請求をする。
- 7 (2) 本問では、未成年者であるCの親権者であるAが、Cを代理して、Eに対して
- 8 甲土地を売却しているところ、Aは、Cとの関係で包括的な代理権限を有する（8
- 9 18条1項、824条）から、AE間の売買契約はCに効果帰属し、所有権はE
- 10 に移転する。そして、Cの死亡によって、A及びDが所有権移転登記手続義務を
- 11 包括承継している（896条、898条）。なお、この債務は不可分債務となっ
- 12 て、A及びDに帰属する（264条ただし書、430条）。
- 13 (3) この点について、Aは自身の利益のために行っていることから利益相反行為（8
- 14 26条1項）として無効とならないかが問題となるも、否定すべきである。子の
- 15 利益と取引の安全との調和の見地から、利益相反行為に当たるかどうかは、専ら
- 16 行為自体又は行為の外形のみから判断すべきであって、行為の動機や結果などを
- 17 考慮すべきでないと解すべきところ、本問では、外形的にはCの土地を第三者で
- 18 あるEに売却したにすぎず、親Aと子Cの利益が相反していないからである。
- 19 (4) しかし、Aは、自らの遊興を原因とする借金の返済資金に充てることを目的と
- 20 しているため、代理権の濫用（107条）とならないか。
- 21 親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たら
- 22 ない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸
- 23 般の事情を考慮してする広範な裁量に委ねられているものとみるべきである。そ

のため、親権者が子を代理してする法律行為が代理権の濫用に当たる場合は、限定的に解すべきである。具体的には、それが子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たる。すなわち、「自己又は第三者の利益を図る目的」があると解することはできない。

本問では、自らの遊興を原因とする借金の返済資金に充てることを目的として甲土地を売却しており、子の利益を無視して自己の利益を図ることのみを目的としてされたと言わざるを得ないため、上記特段の事情が認められ、「自己又は第三者の利益を図る目的」がある。

(5) そして、Eは代理権濫用の事実について悪意であったため、無権代理として、A E間の売買契約はCに効果帰属することはない（107条）、したがって、A及びDが所有権移転登記手続義務を包括承継することもないのが原則である。

(6) もっとも、Aは、Dと共に本人たるCの地位を包括承継するから、その相続分については追認が強制されるのではないか。この点について、上記のように、代理権濫用について相手方が悪意の場合には無権代理とみなされるから、無権代理人が本人を共同相続した場合の法律関係と同様に考えるべきである。そして、追認権（116条）は、その性質上共同相続人全員に不可分に帰属しており、その一部を分割して行使できるものではないから、無権代理人たる相続人は、その相続分について当然に追認強制をさせられるわけではない。

本問でも、Dが追認を拒絶するときは、Aは自己の相続分についても、なお追認拒絶権を行使できるところ、Dは、甲土地の所有権移転登記手続を拒絶しているから、追認を拒絶しているといえる。

したがって、Aの相続分についても、追認強制が生じることはない。

(7) 以上より、Eの請求は認められない。

2 小問(2)について

(1) Dは、3分の2の共有持分権（900条2号）に基づき、又は保存行為（252条ただし書）として、乙建物収去甲土地明渡請求及び抹消登記手続請求をすることが考えられる。前小問について論じたところと同様、Eが乙土地について所有権を取得することはないから、Fも無権利であり、この請求は認められるのが原則である。

(2) これに対して、Fは、E名義の虚偽の登記を信頼して取引関係に入った者であるから、94条2項の類推適用によって、Fが乙土地の所有権を取得するとの反論をすることが考えられる。94条2項は虚偽表示をした本人と虚偽の外観を信頼した第三者の利益衡量のための規定である。そうだとすれば、本人に帰責性があり、一方で第三者に保護すべき信頼がある場合には同条項を類推適用することが可能である。具体的には、(a)虚偽の外観の存在、(b)本人の帰責性、(c)相手方の信頼の3つの要件を満たせばよい。本問では、Aが未成年の子であるCの代わりに土地を管理しているのは当然であるから、虚偽の外観が作出された点について、本人Cの帰責性があるとはいえないし、これを長期間放置したというような事情もない。さらに、Cを相続したDについても、そのような事情は認められない。

したがって、(b)帰責性が認められないから、94条2項の類推適用は否定される。これに対して、親権者であるAの包括的な代理権によって私的自治が補充されCが継続的に利益を受けているとして、代理権濫用の危険はCが負担すべきであるとする考え方もあり得るが、(b)帰責性はあくまでも(a)虚偽の外観の存在について認められる必要があるから、このような見解は失当である。

1 (3) 以上より、Fの反論には理由がなく、Dの請求は認められる。

以上

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15
- 16
- 17
- 18
- 19
- 20
- 21
- 22
- 23

1 第1 設問1について 以下、アガルート答案例 民法 問題②

2 1 Bの代金支払請求は本件売買契約に基づくものであるところ、目的物たる松茸5
3 キログラムが特定した後に滅失していることで、松茸の引渡請求が履行不能となっ
4 た（412条の2第1項）ことにより、Aは反対給付である代金の支払を拒むこと
5 ができるのではないか。

6 (1) まず、401条2項が定める「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了
7 し」たこととは、債務者が、給付の完了のために債権者がする必要のあることを
8 除き、自らすることができることを全てした状態をいうところ、Bの債務は取立
9 債務であることから、目的物を分離して引渡準備を完了し、その旨を通知するこ
10 とにより目的物の特定が認められる。

11 (2) 本問では、Bは、本件売買契約の約定に合う松茸5キログラムの箱詰めを終
12 え、直ちに、引渡準備が整った旨をAに電話で連絡しているから、目的物の特定
13 が認められる（以下、当該松茸を「本件松茸」という。）。その後、本件松茸
14 は、盗難により滅失しているから、松茸の引渡請求は履行不能となっている。

15 (3) そこで、Aは、原則として、反対給付である代金の支払を拒むことができる
16 （536条1項）。

17 2 もっとも、Aの「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することがで
18 きなくなった」（同条2項）と言える場合には、反対給付である代金の支払を拒む
19 ことができない。そして、本件松茸の滅失は、Bによる弁済の提供（493条ただ
20 し書）があった後、Aが「債務の履行を……受けることができない」（413条1
21 項）ことに起因する。このように受領遅滞がある場合において、債務者の責めに帰
22 することができない事由による履行不能が生じた場合には、その履行不能は「債権
23 者の責めに帰すべき事由によるもの」とみなされる（413の2第2項）。

3 では、本件松茸の滅失による履行不能は、債務者の責めに帰することができない事由によるものと言えるのか。

特定物の引渡しの場合の注意義務は原則として善管注意義務であるとされる（400条）。もっとも、上記のような受領遅滞の効果として、目的物の保管義務は、「自己の財産に対するのと同じの注意」に軽減される（413条1項）。そこで、Bが、「自己の財産に対するのと同じの注意」をもって、本件松茸を保管したといえるか検討する。

Bは保管のためにCを使用しているところ、Cは、秋の収穫期にBが毎年雇っている者であるから、（狭義の）履行補助者に当たる。そのため、Bの注意義務違反の有無を判断するためには、Cの行為の態様を考慮しなければならない。

そこで検討すると、確かに、Cは、近隣において盗難事件が頻発し警察が注意喚起しているとの状況下において、Bの指示に従わずに簡易な錠による施錠しかせず乙倉庫を離れている。しかし、これは「普段どおり」の施錠の方法である。

「自己の財産に対するのと同じの注意」とは、行為者自身の職業・性別・年齢など個々の具体的注意能力に応じた注意をいうところ、「普段どおり」の施錠の方法であれば、B（C）の具体的な注意能力に応じた注意は果たされているといえる。

そうだとすれば、B（C）は、「自己の財産に対するのと同じの注意」は尽くしたとみるべきである。

したがって、本件松茸の滅失は、Bの責めに帰することができない事由によるものである。

4 以上から、本件松茸の滅失による履行不能は、「債権者の責めに帰すべき事由によるもの」とみなされる。したがって、Aは代金支払債務の履行を拒絶できない。よって、Bの本件売買契約に基づく代金支払請求は認められる。以上

1 第1 設問1について 以下，アガルート答案例 民法 問題③

2 1 前段について

3 (1) 前提として，土地の定着物は土地の一部であるとみなされる（86条1項）
4 が，建物は例外として，独立の不動産と取り扱われている（370条参照）。そ
5 のため，建物は，その敷地とは別個独立に所有権の客体となる。

6 (2) その上で，甲建物の所有者は誰か，検討する。

7 目的物の所有権の帰属について特段の合意がない場合には物権法の原則が妥
8 当するところ，材料の所有権が積み上げられて完成した建物となることからす
9 れば，材料の全部又は主要部分の提供者が誰かによって所有権の帰属が決めら
10 れるべきである。また，一般的にみて，請負人が材料を供給した場合，報酬債
11 権を担保させる必要性が高い。さらに，当事者の合理的意思としては，材料の
12 供給者が所有権を原始的に取得すると考えるはずである。したがって，特約が
13 ない場合には，材料の供給者が原始的に所有権を取得すると考えるべきであ
14 る。

15 本問では，材料の供給者は請負人であるBであるから，Bが甲建物の所有者
16 となるのが原則である。

17 (3) もっとも，本問では，請負代金の8割がすでに支払われている。このように，
18 請負代金の大半が支払済みである場合には，注文者は所有権を取得することがで
19 きると考え，請負人も，報酬確保について懸念がなければ所有権を保持する利益
20 がなく，所有権を注文者に取得させることに異存はないのが通常である。そこ
21 で，上記のような場合には，両当事者間に黙示的に所有権移転に関する合意があ
22 ったものと考えられるべきである。このような合意があれば，契約自由の原則（52
23 1条）から，その合意に従って所有権の帰属が決定されることとなる。本問で

1 も，A B 間に所有権移転の黙示の合意があるとして，甲建物の所有者は A である
2 とみるべきである。

3 2 後段について

4 C の A に対する損害賠償請求の根拠は，717 条に基づく工作物責任である。所有
5 者である A に対する損害賠償請求の要件は，「土地の工作物の設置又は保存に瑕疵が
6 あることによって他人に損害を生じた」こと，「占有者が損害の発生を防止するのに
7 必要な注意をした」ことである（同条1項）。

8 前者について検討すると，まず，建物は「土地の工作物」に当たる。また，「設置
9 又は保存に瑕疵があること」とは，土地工作物が通常備えるべき安全性を欠くことを
10 意味するところ，甲建物は，震度5弱の地震に対する強度を備えておらず一部の損傷
11 を生じており，このような建物は，通常備えるべき安全性を備えていたとはいえず，
12 設置の瑕疵があったといえる。さらに，設置の瑕疵によって C を負傷させ，治療費の
13 支出を余儀なくさせているから，上記瑕疵「によって他人に損害を生じた」といえ
14 る。

15 後者について検討すると，甲建物は，引渡し前であり，請負人 B の管理・支配下に
16 あるから，B が占有者である。そのため，B が「損害の発生を防止するのに必要な注
17 意をした」といえるのか，が問題となる。占有者の必要な注意とは，その種の占有者
18 として通常尽くすべき注意を意味する。

19 本問では，甲建物の「瑕疵」は甲建物に用いられた建築資材の欠陥によるものであ
20 るが，この資材は定評があり，多くの新築建物に用いられていた。欠陥品が甲建物に
21 用いられることになったのは，製造業者において検査漏れがあり，流通経路を経て，
22 たまたま甲建物に用いられたという事情による。しかも，この事情は，本件事故を契
23 機とした調査が行われて初めて明らかになっている。

これらの事情からすれば、Bとして、逐一建築資材の強度を個別に検査することまでは要求されず、その種の占有者として通常尽くすべき注意をしたというべきである。したがって、「占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をした」と言える。

以上から、CのAに対する上記損害賠償請求が認められる。

第2 設問2について

1 下線部㉔を根拠付けるための主張（Hの主張）

下線部㉔は、賃貸借の目的不動産の譲渡の効力が優先するとするものである。下線部㉔が正当とされるためには、Hが乙建物の所有者となったことによりEに対する賃貸人となったことが必要である。

乙建物はEに引き渡されていることから、Eの賃借権は対抗要件を備えている（借地借家法31条）ところ、対抗要件が備わった賃貸借における目的物が譲渡された場合には、当然に賃貸人たる地位の移転が起きる（605条の2第1項）。

なお、賃借人に対する対抗要件は所有権移転登記であるが（同条3項）、Hはすでにこれを備えている。

2 下線部㉕を根拠付けるための主張（Fの主張）

下線部㉕は、将来賃料債権譲渡の効力が優先するとするものである。下線部㉕が正当とされるためには、本件譲渡契約が有効であり、かつ、Fがその契約による将来賃料債権の取得を第三者に対抗することができる必要がある。

将来債権を譲渡する契約は、譲渡の目的とされる債権が特定されている場合には原則として有効であるが（466条の6第1項及び第2項）、譲渡人の営業活動等に対して過度の制限を加え又は他の債権者に不当な利益を加えるものであると見られるなどの特段の事情があるときは、公序良俗に反し（90条）、全部又は一部が無効にな

1 ることができる。

2 本件譲渡契約は、「本件賃貸借契約による平成28年9月分から平成40年8月分
3 までの賃料債権」と譲渡の対象が特定されており、譲渡期間は12年と比較的長期で
4 あるものの、この一事をもって公序良俗に反するとまではいえないから、有効である
5 と認められる。また、本件譲渡契約による将来賃料債権譲渡について、DからEに対
6 する内容証明郵便による通知をもって、第三者対抗要件が具備されている（467条
7 1項、2項。なお、1項カッコ書き）。したがって、Fは、本件譲渡契約による将来
8 賃料債権の取得を第三者に対抗することができる。

9 3 下線部㊸と下線部㊹のいずれが正当であるか

10 下線部㊸を正当とする理論的な理由としては、本件譲渡契約における譲渡の対象は
11 将来「債権」であり、譲渡人Dは、自己が取得すべき債権を処分することはできる
12 が、他人が取得すべき債権を処分することはできないから、本件譲渡契約の効力は、
13 Hが取得する賃料債権に及ばないということなどが考えられる。

14 しかし、本問における将来賃料債権の譲渡は、本件賃貸借契約から将来生ずる賃料
15 債権を譲渡の目的とするところ、Hは本件賃貸借契約における賃貸人の地位を承継す
16 るのであり、Hの下で生ずる賃料債権も本件賃貸借契約から生ずるものであるため、
17 本件譲渡契約の効力がなお及ぶと考えられる。

18 また、賃貸借の目的不動産を譲り受けようとする者は、賃借人への照会その他の調
19 査により、将来賃料債権譲渡がされた事実を知ることが通常可能であり、実際、本問
20 においてHは本件譲渡契約がされたことを知りつつ本件売買契約を締結しているか
21 ら、目的不動産（乙建物）の譲受人（H）が不測の不利益を受けることにはならな
22 い。さらに、下線部㊹を正当とすると将来賃料債権譲渡の効力が賃貸借の目的不動
23 産の譲渡により容易に失われるため、将来賃料債権譲渡の有用性が著しく損なわれ

1 てしまう。したがって、下線部①の結論を採ることで、具体的な事案の解決とし

2 ても、妥当であるといえる。

3 以上から、下線部①を正当とすべきである。

4 第3 設問3について

5 1 無効主張の根拠

6 本件債務引受契約の無効の原因となるのは、Hの錯誤による意思表示（95条）で

7 ある。錯誤による意思表示は取り消され得るものであり、取り消された場合には、遡

8 及的に無効になる（121条）。以下、95条の要件を検討する。

9 2 要件検討

10 本問では、Hは、本件売買契約によって乙建物の所有権を取得することによりEか

11 ら本件賃貸借契約に係る賃料を収受することができるという認識（以下「下線部㉔の

12 認識」という。）の下で本件債務引受契約を締結している。下線部㉔の認識が誤りで

13 あるという本問の前提に立つと、Hが「法律行為の基礎とした事情についてのその認

14 識が真実に反する」（95条1項2号）といえる。

15 また、「法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」（同条2項）と

16 は、取引の安全保護の観点から、単に法律行為の基礎とした事情（事実）が表示され

17 ていたという意味ではなく、法律行為の基礎とした事情（事実）に関する表意者の

18 「認識」が相手方に示され、相手方に了解されて「法律行為の内容」となっていたと

19 の意味であると解すべきである。

20 本問では、確かに、Hの下線部㉔の認識がGに明示されているとまではいえない。

21 しかし、Gは、DとHに対し、乙建物の買主は本件賃貸借契約に係る賃料を収受する

22 ことができるという、下線部㉔に相当する認識を述べている。そして、D、G及びH

23 は、Gのこの発言を受けて本件売買契約の代金額を乙建物の収益性を勘案した額とす

ること，Hが本件売買契約によって負う代金債務の代物弁済として本件債務の弁済を引き受けることを合意していることから，Hが下線部㉔の認識の下に本件債務を引き受けることが，Gに対し表示されていたと認められる。また，Gは，何らの見返りもなく単なる友人の多額の債務を引き受けることは通常考えられず，下線部㉔の認識に相当することを自らD及びHに述べた上で【事実】10の三者間合意に加わったことから，Hが下線部㉔の認識を前提として本件債務引受契約を締結することを了解していたと認められる。

したがって，上記Hの「認識」が表示され，Gに了解されて「法律行為の内容」になっていたと認められ，「法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」の要件も満たす。続いて，下線部㉔の認識が誤りである場合，Hは，Dの債務を引き受けることの「見返り」である利益を取得することができず，しかもその額は4500万円近くになることから，錯誤がなければ，Hのみならず一般人も，このような内容の意思表示をしなかったであろうと認められ，「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」（同条1項柱書）の要件を満たす。もっとも，Hに重大な過失があったときは，表意者は，錯誤による意思表示の無効を主張することができない（同条3項）。この点について，下線部㉔と下線部㉕のいずれが正当であるかは，法の解釈の問題であり，法を正しく解釈しないことは「法の不知」の一種といえなくもない。仮にそうであれば，「法の不知は保護しない」という法原則に従い，Hの重大な過失が認められることにもなり得る。しかしながら，下線部㉔と下線部㉕のいずれが正当であるかについて，判例も一般的といえる解釈も存在せず，取引社会の構成員として当然に知っているべきであるとはいえない。

したがって，下線部㉔のように法の解釈を誤ったことをもってHに重過失が認められるとすることは，適当でないと解すべきである。なお，仮に，Hに重大な過失があ

1 ったとしても，Gも下線部㊟の認識の下に本件債務引受契約を締結したといえること
2 から，GはHと同一の錯誤に陥っていたと認められ，Hによる意思表示の無効の主張
3 は妨げられない（同項2号）。

4 以上から，Hは本件債務引受契約の無効を主張することができる。 以 上

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

1 第 1 設問 1

商法 問題①

2 1 B は、甲社に対して任務懈怠に基づく損害賠償責任（会社法（以下、略）423 条
3 1 項）を負うか。

4 (1) B は「取締役」にあたる。

5 (2) では、B は「任務を怠った」といえるか。B の行為が 356 条 1 項 1 号に反す
6 るか否かが問題となる

7 ア まず、「取締役が…取引をしようとするとき」といえるか。

8 形式的には 356 条 1 項 1 号の取締役にあたらないとしても、株式保有比
9 率やその役割から見て事実上の主宰者と評価できる場合は、実質的にみて会
10 社が行った取引も「取締役が…取引をしようとするとき」にあたると考え
11 る。

12 確かに、B は乙社の代表取締役ではない。しかし、B は乙社の株式を 90%
13 保有しているので経済的な一体性を肯定できる。また、B は顧問として陣頭
14 指揮を執り、月 100 万円の顧問料を受け、Q 商標の設定を乙社に受けさせて
15 いるので、乙社において主要な役割を担っていたと言える。したがって、B
16 は乙社の事実上の主催者であるというべきである。

17 したがって乙社が行った取引は「取締役が…取引をしようとするとき」に
18 あたる。

19 イ 次に、「自己又は第三者のために」の意義が問題となる。

20 「自己又は第三者のために」とは、自己又は第三者の計算という意味と考え
21 る。

22 B が事実上の主催者であることからすれば、乙社取引の利益は B に帰属して
23 いると評価できる。

1 したがって、「自己…のために」といえる。

2 ウ では、上記取引は「会社の事業の部類に属する取引」にあたるか、その意義
3 が問題となる。

4 そもそも、356 条 1 項 1 号の趣旨は、事業上の秘密や企業のノウハウを取
5 締役が流出させると会社に損害を生じるため、そのような危険を未然に防ぐ点
6 にある。かかる趣旨に鑑み、「会社の事業の部類に属する取引」とは、会社の
7 事業と市場において競合し、会社との間で利益衝突をきたすおそれのある取引
8 を意味し、すでに準備に着手して将来において衝突をきたすおそれのある
9 事業も含まれると解する。

10 甲社の洋菓子事業で扱っている主力商品は P 商標の設定を受けたチョコレート
11 であるのに対し、乙社の洋菓子事業は Q 商標の設定を受けたチョコレート
12 を扱っており、ともに著名ブランドのチョコレートを販売しているといえる。
13 そして、甲社はかかるチョコレートをデパートに販売しているのに対し、乙社
14 も同様にデパートに販路を拡大している。また、甲社は首都圏で販売し、乙社
15 は関西地方で販売しているが、甲社は既にマーケティング調査会社に関西地方
16 の調査を委託し、500 万円を支払っており、進出の準備に着手している以上、
17 将来において市場が競合するおそれがあるといえる。

18 したがって、乙社の取引は会社の事業と市場において競合し、会社との間で
19 利益衝突をきたすおそれのある取引なので「会社の事業の部類に属する取引」
20 にあたる。

21 エ 他方、B は A 及び C に対し、「今後は乙社の事業にも携わる。」と述べ、A
22 及び C は、特段の意義を述べていないので、乙の上記行為につき黙示の「承認」
23 は認められる（356 条 1 項柱書）。もっとも、「重要な事実を開示」したとい

えないのではないか。

そもそも、356 条 1 項柱書の趣旨は、競業取引によって会社に利益衝突をきたすか否かについて判断の資料を取締役に与えることで適切な議決権行使の機会を与える点にある。そこで、競業取引をするに当たっては、会社の事業の種類、規模、取締役の関与の程度を開示しなければ「重要な事実を開示」したとはいえないと考える。

B は A C に対して「今後は乙社の事業にも携わる。」と述べただけであり、乙社の事業の内容、規模、B の関与の程度を説明していない。

したがって、B は「重要な事実を開示」したといえない。

よって、356 条 1 項 1 号違反が認められ、B は「任務を怠った」といえる。

(3) 「損害」については、「取締役…が 356 条 1 項の規定に違反して 356 条 1 項 1 号の取引をした」にあたるので、「取締役…が得た利益の額」が「損害」額と推定される（423 条 2 項）。

したがって、B が得た月 100 万円の顧問料の支払済み分及び乙社が得た利益 800 万円のうち B 保有株式分 90%にあたる 720 万円が甲社の「損害」と推定され、それを覆す事情はない。

(4) そして、かかる損害は任務懈怠「によって」発生しているので因果関係も認められる。また、B は進んで乙社の取引に加担しているため、故意が認められる（428 条 1 項参照）。

(5) 以上より、B は上記責任を負う。

2 マーケティング委託料 500 万円については、B の競業がなくても支払っていたのであるから、B の上記行為「によって」生じていない。故に、因果関係が認められず、B は責任を負わない。

1 3 B は、従業員 E の引き抜きについて損害賠償責任を負うか。

2 (1) B による従業員 E の引き抜きは「任務を怠った」にあたるか。

3 従業員の引き抜きは 356 条 1 項 1 号の「取引」にはあたらないため、356 条
4 1 項 1 号違反を理由に「任務を怠った」ということはできない。他方、会社の利
5 益保護の必要性和従業員の転職の自由保護の必要性の調和の観点から、従業員の
6 引き抜きが社会的相当性を逸脱している場合は忠実義務（355 条）違反となり、
7 「任務を怠った」と言えると考ええる。

8 B は甲社の洋菓子部門の業務執行担当者であり、E は洋菓子工場の工場長で
9 あった。そうだとすれば、B は E を引き抜けば甲社の洋菓子の生産ラインが停
10 滞し、損害を生じさせることを予見できた。したがって、B は甲社の洋菓子部
11 門に損害を生じさせないように代替りの人材を用意してから引き抜くといった
12 配慮・行動する義務を負っていた。そうであるにも拘らず、B は漫然とこれを
13 怠り、E を引き抜いて転職させている。かかる行為は社会的相当性を逸脱した
14 行為と評価できるので、B に忠実義務違反が認められる。

15 したがって、「任務を怠った」といえる。

16 (2) E の突然の退職により、甲社の洋菓子工場は操業停止を余儀なくされ、3 日間
17 受注ができず 300 万円売上げを失っているので「損害」が生じている。かかる
18 損害は引抜き「によって」生じており、因果関係が認められる。加えて、B に故
19 意も認められる。

20 (3) 以上より、B は上記責任を負う。

21 第 3 設問 3

22 1 甲社株式は「無効」（828 条 1 項 2 号）とならないか。

23 2 828 条 1 項 2 号の趣旨は、新株が発行された場合、既存株主の利益を保護する

1 必要がある一方で、株式の流通により多数の利害関係人が生じることに鑑み、無効
2 事由や出訴期間に制限を設けることによって法的安定性を確保する点にある。

3 かかる趣旨に鑑み、「無効」とは、重大な法令定款違反がある場合をいうと考え
4 る。

5 3 まず、新株予約権の行使条件を取締役会に委任している点は有効か。

6 (1) 確かに、新株予約権の内容は株主総会で定めなければならない(238条1項
7 1号・2項, 239条1項1号)ところ、新株予約権の行使条件は236条1項
8 各号に掲げられていないが、行使条件が定められた場合には当該条件は新株予約
9 権の内容になるため、総会決議で決するべきであり、委任は認められないと思
10 える。

11 (2) しかし、新株予約権の内容には236条1項各号以外のものも存在し、238
12 条, 239条はあくまで236条1項各号に記載されている新株予約権の内容に
13 ついては総会決議で定めなければならないとしているのであって、それ以外の行
14 使条件等は必ずしも総会で定めなければならないわけではない。また、同条の趣
15 旨は既存株主の保護にあるところ、行使条件は新株予約権者の権利行使を制限す
16 るものなので、既存株主の利益を害するものではない。

17 (3) したがって、取締役会への委任は有効である。

18 4 次に、取締役会が上場条件を廃止した点は有効か。

19 そもそも、甲社は上場した場合の成功報酬として新株予約権を発行しようと考
20 え、総会決議で取締役会に委任している以上、上場しないのであれば成功報酬とし
21 ての新株予約権は発行しないというのが総会決議による委任の趣旨といえる。そう
22 だとすれば、取締役会が上場条件を廃止して新株予約権を発行しようというのは委
23 任の趣旨に反する。

したがって、取締役による上場条件の廃止は違法と考える。

5 以上より、上場条件に反する新株予約権の行使を原因とする新株発行は、株主総会の特別決議を欠く新株発行と同視できる。そのため、199 条 2 項、309 条 2 項 5 号という法令違反が認められる。

6 では、上記法令違反は重大と言えるか。

(1) まず、甲社は非公開会社なので株式が転々流通することは予定されておらず、法的安定性確保の必要性は低い。

(2) 他方、非公開会社においては株式発行の際に株主に対する通知・公告が予定されておらず（201 条 2 項 3 項）、新株予約権の行使に伴う新株発行に関しては他の株主に差止め（210 条）の機会が与えられないため、既存株主保護の必要性は高い。また、非公開会社の場合新株発行の際は特別決議が要求され（199 条 1 項 2 項、201 条 1 項参照）、出訴期間も 1 年と伸長されている（828 条 1 項 2 号カッコ書）ことから、法は非公開会社においては既存株主の持株比率的利益を保護する趣旨である。このことから、既存株主保護の必要性は高い。

(3) よって、上記法令違反は重大というべきである。

7 以上より、甲社株式は「無効」である。

以 上

1 第 1 設問 1(1) 商法 問題②

2 1 取締役会決議は手続的瑕疵が存在すると無効になると解されるため、以下、臨時取
3 締役会における手続の適法性について検討する。

4 2 A を代表取締役から解職する旨の臨時取締役会決議は、臨時取締役会の日 1 週
5 間前に、取締役 B が発した招集通知により開催された臨時取締役会において行われ
6 ている。代表取締役の解職権限は取締役会が有し（会社法（以下、略）362 条 2 項
7 3 号）、招集通知は決議の 1 週間前に発すれば足り（368 条 1 項）、各取締役が招
8 集権限を有している（366 条 1 項本文）ため、この点は手続的瑕疵を構成しない。

9 3 また、招集通知には議題の記載がないが、株主総会の招集通知（299 条 4 項、298
10 条 1 項 2 号）の場合とは異なり、取締役会の招集通知には議題の記載を要求してい
11 ないため、取締役会の招集通知には日時場所の記載があれば足りると解される。そ
12 して、本件招集通知には日時場所についての記載が存在する。したがって、この点
13 も手続的瑕疵を構成しない。

14 4 では、A に招集通知が発せられていない点は手続的瑕疵を構成するか。

15 (1) A は解職対象の代表取締役であり、会社と個人的利害関係を有する者なので「特
16 別の利害関係を有する取締役」（369 条 2 項）にあたる。

17 (2) そこで、そもそも「特別の利害関係を有する取締役」に招集通知を発する必要
18 があるかが問題となるが、「特別の利害関係を有する取締役」も自己が利害関係
19 を有さない事項については議決権を行使できることから、招集通知を発する必要
20 があると考ええる。

21 (3) 故に、「特別の利害関係を有する取締役」に対して招集通知を発していないと
22 いう手続的瑕疵が認められる。この場合、当該取締役会決議は原則無効となるが、
23 その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情が

あるときは有効となると考える。

ア まず、そもそも「特別の利害関係を有する取締役」が審議に加われないか否かが問題となるが、369 条 2 項は「議決」と規定しているに過ぎないことから、審議には加わることが出来ると解される。

他方、審議に参加できると解したとしても、A と B は対立していること、賛成票を入れた B 以外の残り 2 人は B の根回しを受けていること、臨時取締役会後に開催された定時取締役会においても賛成多数となっていることから、B と残りの 2 人の結束は固かったであろうと推認され、A が審議に参加したとしても何ら影響を受けない。

ウ したがって、特段の事情が認められる。

(4) もっとも、臨時取締役会決議の招集通知は、B が A の解職に賛成するように他の取締役に根回しをし、A の海外出張中を見計らって発せられている。そこで、招集権者に招集権限の濫用的意図が認められることが決議の手続的瑕疵を構成しないかが問題となる。

ア 368 条 1 項の趣旨は、取締役に取締役会決議の出席と準備の機会を与える点にある。そこで、一部の取締役に専ら排除する濫用的意図で招集された取締役会決議は同趣旨に反し無効となると考える。

イ B は、A の解職に賛成するように他の取締役に根回しをし、A の海外出張中を見計らっているため、一部の取締役に専ら排除するといった濫用的意図が認められる。

ウ したがって、B の濫用的意図が手続的瑕疵を構成する。

5 以上より、臨時取締役会決議は無効となる。

第 2 設問 1(2)

1 1 A は、甲社に対し、月額 150 万円の報酬を請求することが出来るか（330 条、民
2 法 648 条 1 項反対解釈）。同請求が認められるためには、報酬に関する「特約」が
3 存在し、かつ、361 条の要件を満たすことで具体的な報酬請求権が発生しているこ
4 とを要する。

5 2 まず、A には月額 150 万円が従前支払われていたため、「特約」は認められる。

6 3 では、361 条の要件を満たし、具体的請求権は発生しているか。

7 ア まず、甲社では株主総会で報酬の総額を定め、取締役会の決議によって役職ご
8 とに一定額が定められている。この点については、361 条の趣旨が、お手盛りの
9 弊害を防止するために取締役の報酬額の決定を株主の自主的判断に委ねる点にあ
10 り、株主総会で報酬総額を定めればかかる趣旨を達成できることから認められる
11 と解される。

12 イ もっとも、A の報酬を月額 20 万円に減額する取締役会決議がなされている。

13 そこで、A の具体的請求権は月額 20 万円の限度でしか認められないのではない
14 かが問題となる。

15 そもそも、取締役の報酬は一度決定されれば会社・取締役間の任用契約の内容
16 となるため、契約内容が双方を拘束する以上、一方的な変更を認めることはでき
17 ない。そこで、一度決定された取締役の報酬額を会社が変更するためには、取締
18 役の明示又は黙示の同意を要すると考える。

19 前述のように、甲社には運用が存在し、その運用によれば A の報酬の額は月額
20 50 万円となり、A はその旨を了承した上で役職に就いたと考えられる。したがっ
21 て、月額 50 万円の限度で A の黙示の了承が認められる。

22 ウ よって、月額 50 万円の具体的報酬請求権が発生している。

23 4 以上より、A は月額 50 万円の限度で報酬を請求することが出来る。

第 3 設問 2(1)

1 甲社の解任（339 条 1 項）に対し，A は損害賠償請求をすることが出来るか（同
2 条 2 項）。経営判断の失敗が「正当な理由」を構成するかが問題となる。

3 339 条 2 項の趣旨は，株主の解任の自由と役員等の任期に対する期待を保護する
4 ことで両者の調整を図る点にある。かかる趣旨に鑑み，339 条 2 項は，債務不履行
5 や不法行為とは異なる特別の法定責任と解される。したがって，「正当な理由」と
6 は，本人の意思に反してまでも取締役たる資格を剥奪し，かつ任期満了まで取締役
7 としての地位にあることに対する本人の期待をも無視するに足る客観的な事由を意
8 味すると考える。また，経営判断の失敗は取締役の経営判断の委縮につながるため，
9 同事由には当たらず，「正当な理由」を構成しないと考える。

10 3 したがって，A は甲社に損害賠償請求をすることが出来る。そして，同条同項の
11 「損害」は役員等が解任されなければ残存の任期期間及び任期終了時に得られたで
12 であろう利益の額を意味するので，残任期 8 年分の 4800 万円となる。

第 4 設問 2(2) 以下，アガルート答案例

(1) ①について

16 役員解任の訴え（854 条）を提起することになる。具体的には，「100
17 分の 3 以上の議決権」を保有する B が原告となって（同条 1 項 2 項，甲社は閉
18 鎖会社である。），甲社及び A を被告として（855 条），「否決されたと
19 き」から 30 日以内に，甲社の本店所在地を管轄する地方裁判所に（856
20 条）提起する。なお，代表取締役である B が原告となっているため，「取締役
21 が監査役設置会社に対して訴えを提起する場合」（386 条 1 項 1 号）に当た
22 り，監査役が甲社を代表する。

(2) ②について

ア まず、Aが甲社の多額の資金を流用していたのであるから、「不正な行為」がある。

イ もっとも、Aを取締役から解任する旨の議案が、Aの根回しによって流会となっている。そこで、「当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき」に当たるか。

「否決されたとき」を解任議案を上程し、これを審議した上で決議が成立しなかった場合に限ると、多数派株主が株主総会をボイコットすることにより、取締役解任の訴えの提起を妨害することが可能となり妥当でない。そこで、「否決されたとき」とは、議案とされた当該役員の解任決議が成立しなかった場合をいい、流会となった場合をも含むと解する。

したがって、「否決されたとき」に当たる。

ウ 以上より、Aの取締役の解任は、認められる。

第3 設問3について

1 ①について

(1) Cは、423条1項に基づき、甲社に対する損害賠償責任を負うことがあり得る。もっとも、本問では、不正な行為を行っているのは使用人であるEであり、Cにとっての直接の部下でもないから、監視監督義務違反（362条2項2号）があったと評することはできない。

(2) もっとも、甲社は、資本金が5億円以上の大会社（2条6号イ）であるから、取締役会は、内部統制システムの整備を決定しなければならず（362条5項、4項6号）、善管注意義務（330条、民法644条）及び忠実義務（355条）の一内容として、取締役は、取締役会において、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムを決定する義務を負い、代表取締役等は、取締役

1 会の決定に基づいて、事業の規模等に応じた内部統制システムを構築して運用す
2 る義務を負う（以下、それぞれ「構築義務」「運用義務」という。）。そして、
3 構築された内部統制システムを運用する際に、会社が営む事業の規模や特性等に
4 応じた内部統制システムが外形上機能している場合には、他の役職員がその報告
5 のとおりに職務を遂行しているものと信頼することができる。そのため、あえて
6 疑念を差しはさむべき事情があるにもかかわらずこれを放置したなどの特段の事
7 情がない限り、運用義務違反は認められない。

8 (3) 甲社は、下請業者との癒着を防止するために、内部通報制度を設けている。内
9 部通報の通報先が、業務担当取締役である場合、不正を握りつぶす恐れがないわ
10 けではないが、迅速な対応に資する場合もあること、役員向けにもコンプライア
11 ンス研修を定期的実施していたことからすれば、これをもって、構築義務違反
12 があったとはいえない。そして、甲社の下請業者との癒着を防止するため、同規
13 模かつ同業種の上場会社と同等の社内規則を制定しており、会社規模に見合った
14 制度を導入しているといえるし、現に、担当者からの内部通報がされたことから
15 すれば、内部統制システムは、有効に機能していたといえる。したがって、構築
16 義務違反はない。

17 (4) 本問では、同種の不正行為の前例もなく、あえて疑念を差しはさむ事情は見当
18 たらず、担当者から内部通報を受けたら直ちに法務・コンプライアンス部門に対
19 して調査を指示していることからすれば、上記特段の事情は認められない。その
20 ため、Cには運用義務違反もない。

21 (5) 以上より、Cには任務懈怠がないから、Cは、甲社に対して、損害賠償責任を
22 負わない。

23 2 ②について

(1) Dも、423条1項の責任を負担する可能性があるところ、構築義務違反がないことは、Cと同様である。

(2) では、運用義務違反はないか。Dは、法務・コンプライアンス部門を担当しているため、同部門についての直接の運用義務を負う。確かに、甲社では、今まで本件通報内容と同じような不正行為が生じたことはなく、会計監査人からもそのような不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったのであるから、Dが本件通報の信ぴょう性が低いと判断したことにも合理性があるとも思える。しかも、本件通報は、甲社従業員の実名による通報であるから、何らかの裏付けがあると考えられるし、少なくとも、当該従業員から事情を聴くなどの措置は容易に講じることができたのである。それにもかかわらず、Dは、EがDの後任の営業部長であり、かつて直属の部下であったEに信頼を置いていたという主観的な評価を重視し、何らの措置も講じなかったことに、合理性は見出せない。

したがって、運用義務違反が認められ、任務懈怠がある。また、Dに過失があることも明らかである。

(3) そして、Dが本件通報を受けた後、遅滞なく調査を開始していたとすれば、その約2週間後である4月中旬には、不正行為を確認することができたといえる。そして、この時点で、平成27年4月末の3000万円の支払を停止していれば、少なくとも、3000万円については、Eらの着服行為から逃れることができたといえる。

(4) したがって、Dは、甲社に対して、3000万円の損害賠償責任を負う。

以上

1 第 1 設問 1

民事訴訟法 問題①

2 1 既判力の矛盾抵触が生じない理由

3 (1) Y による反訴は「係属する事件」にあたるが、Y による相殺の抗弁はあくまで
4 判決理由中に判断に記載される防御方法に過ぎないため「訴えを提起」している
5 とはいえず、民事訴訟法（以下、略）142 条に直接反することはない。もっと
6 も、同条の趣旨は既判力の矛盾抵触防止にあるため、かかる趣旨に反する場合は
7 相殺の抗弁は不適法となる。

8 (2) まず、平成 3 年判決は、係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働
9 債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、相殺の抗弁に既判力
10 が生じる（114 条 2 項）ことから既判力の矛盾抵触の危険があるため許されな
11 いとし、その理は両事件が併合審理された場合についても同様であると述べてい
12 る。これは、弁論が併合されても職権で分離される可能性が残っている（152
13 条 1 項）以上、既判力の矛盾抵触の危険は残存しているからである。

14 (3) これに対して、反訴が予備的反訴として扱われる場合、予備的反訴は、相殺の
15 自働債権の存否について既判力ある判断が示されることを解除条件とする反訴で
16 あり、本訴と本件反訴が条件関係で結ばれているので弁論の分離が禁止される。
17 したがって、反訴が予備的反訴として扱われる場合には弁論の分離が禁止される
18 以上、既判力の矛盾抵触の危険は残存せず、142 条の趣旨に反さない以上、平
19 成 3 年判決の射程は及ばない。

20 (4) したがって、既判力の矛盾抵触は生じない。

21 2 相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、相殺に供した債権につい
22 て債務名義を得るという 2 つの利益を得ることにはならない理由

23 (1) まず、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収ができた場合には、解除条件

1 が成就することで反訴が消滅するので、反訴による債務名義を得ることはできな
2 い。

3 (2) 他方、反訴で債務名義が得られるということは、相殺以外の抗弁が容れられ
4 る、あるいは否認が功を奏して請求原因事実が認められないことにより相殺の抗
5 弁について審理判断がなされず、解除条件が成就しないことを意味する。したが
6 って、この場合は相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収ができないというこ
7 ととなる。

8 (3) したがって、両利益は択一関係にあり、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権
9 回収への期待と、相殺に供した債権について債務名義を得るという2つの利益を
10 得ることにはならない両者を同時に得ることにはならない。

11 3 訴え変更の手續を要せず予備的反訴と扱うことが、処分権主義に反しない理由

12 (1) 処分権主義とは訴訟の開始、訴訟物の選択、訴訟の終了について当事者に処分
13 権限及び責任を認める建前を言い、裁判所は当事者が申し立てていない事項を判
14 決の基礎とすることができない（246条）。したがって、単純反訴として提起
15 された反訴（146条）につき、訴えの変更の手續（143条1項）を取らないま
16 ま、裁判所が予備的反訴として扱うことは原則として246条に反することとな
17 る。もっとも、246条の趣旨は実体法上の私的自治を訴訟法にも反映すること
18 で原告の意思を尊重し、申立事項についてのみ判決がなされるという意味で被告
19 の不意打ちを防ぐ点にある以上、同趣旨に反しない解釈であれば単純反訴を予備
20 的反訴と解することも許される。

21 (2) まず、本訴で反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁について既判力ある判
22 断が示されれば、それについて反訴で審判を求めることは反訴原告にとって無益
23 である。また、無条件の反訴を維持したままでその請求債権を同時に相殺に供す

ることは、本訴と反訴が条件関係で結ばれていないので、弁論が分離される可能性があり、平成3年判決の趣旨からも許されない。そうだとすると、反訴原告が反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する場合、予備的反訴に変更する意思があると解釈するのが合理的である。

他方、もともと反訴として提出されていた以上、被告も十分に防御を尽くしていたはずであるから、上記解釈は被告にとって不意打ちにはならない。

(3) したがって、訴えの変更手続を要せずに予備的反訴として扱われたとしても、処分権主義に反しない。

4 反訴被告（本訴原告）の利益を害することにならない理由

予備的反訴について本案判決がなされない場合、反訴請求債権の存否は相殺の自働債権の存否として判断されていることになる。そして相殺の自働債権の存否の判断は、反訴請求についての本案判決と同様、114条2項により既判力を有する。そうだとすれば、反訴請求について本案判決が得られなくても、反訴請求債権について既判力ある判断を受けることができるため、反訴被告の利益は害されない。

5 以上より、本件において反訴請求竿権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成3年判決とは矛盾しない。

第2 設問2

1 控訴により第1審判決の確定が遮断され（116条2項）、第1審判決は控訴審に移審する（民事訴訟法規則174条参照）。そして、控訴審は、不服申立ての限度を超えて、控訴人に不利益な判決をすることはできないという不利益変更禁止原則に拘束され（304条）、控訴審のすべき判決は、第一審判決が確定した場合に比べ、控訴人Xにとって不利とならないものでなければならない。

2 まず、第一審判決は、本訴におけるYの相殺の抗弁を認めた上で、本訴請求を棄却するというものであるから、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却（302条1項）によりそのまま確定した場合、本訴請求債権の不存在に既判力が生じ（114条1項）、反対債権（請負代金債権）の不存在にも既判力が生じる（114条2項）こととなる。この場合、解除条件が成就するため、予備的反訴について判断はなされない。

3 他方、控訴審が第一審判決を取消して（305条）請求棄却判決をした場合、反対債権の不存在に既判力が生じないうえ、解除条件は成就せず、予備的反訴が残ることとなる。この場合、反訴請求債権（請負代金債権）が認められれば、反訴につき請求認容判決が言い渡され、控訴棄却判決がなされた場合に比べ、既判力の点及びその後請負代金債権を訴求される点において控訴人に不利益となる。

4 以上より、控訴審が第一審判決を取消して請求棄却判決を行うことは不利益変更禁止原則に反し許されず、控訴棄却の判決をすべきである。

第 1 設問 1

民事訴訟法 問題②

1 裁判所が、Y の代理人 A と X との間で契約が締結されたとの事実（以下、本件事
2 実という。）を本件訴訟の判決の基礎とすることは、弁論主義に反し許されないの
3 ではないか。

4 2 弁論主義とは、裁判資料の収集提出を当事者の責任かつ権能とする建前を意味し、
5 当事者が主張していない事実を裁判所が判決の基礎とすることは許されない（第 1
6 テーゼ）。そして、弁論主義の根拠が私的自治を訴訟法にも反映することで当事者
7 意思を尊重し、かつ、不意打ちを防ぐ点にあることに鑑み、弁論主義の対象となる
8 事実とは、法律効果の発生、変更、消滅を定める法規の要件に該当する事実である
9 主要事実を意味すると考える。他方、間接事実と補助事実については、証拠と同様
10 の機能を有するので、裁判所の自由心証（247 条）を害さないためにも弁論主義の
11 対象となる事実には含まれないと考える。

12 3 本件絵画の売買契約が X A 間でなされた場合、その効果が Y に帰属するためには
13 本人に対する効果帰属要件を定める民法 99 条 1 項の要件を満たさなければなら
14 ない。そして、同条同項によれば、本人帰属効の発生には法律行為、顕名、法律行為
15 に先立つ代理権授与の事実が必要とされている。したがって、X A 間売買の事実、
16 A による顕名、売買に先立つ Y による代理権授与の事実が本人帰属効について定め
17 る民法 99 条 1 項に該当する主要事実となるところ、X Y 間訴訟の弁論では主張が
18 なされていない。

19 よって、裁判所が、本件事実を本件訴訟の判決の基礎とすることは、弁論主義に
20 反し許されないのが原則である。

21 4 ア もっとも、前述の弁論主義の根拠に鑑み、当事者間に不意打ちとならない限度
22 であれば、当事者が主張していない事実を判決の基礎としても弁論主義には反さ
23

1 ない。

2 イ 本件では代理人 A の証人尋問において A が Y を代理した旨の供述がなされ、X
3 Y はいずれも代理構成か否かにつき争点とする意思がない。

4 ウ そうだとすれば、裁判所が本件事実を判決の基礎としても、X Y に対する不意
5 打ち防止という弁論主義の趣旨に反しない。

6 5 以上より、裁判所は、本件事実を本件訴訟の判決の基礎とすることができる。

7 第 2 設問 2 (1)

8 1 訴訟物とは実体法上の権利を意味し、訴訟の開始、訴訟物の選択、終了につき当
9 事者の責任かつ権能とする処分権主義の下では原告の意思に基づいて設定される。

10 X は Y に対して贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを訴状において求めているので、
11 訴訟物は贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権となる。

12 もっとも、無償性を要素とする贈与契約に基づく引渡しという「申立て」に対し
13 て「200 万円の支払いを受けるのと引換えに」という「判決」をすることは申立事
14 項と判決事項の一致を要求する民事訴訟法（以下、略）246 条に反し許されない。

15 2 これに対し、X は期日において「仮にこの取引が売買であり…すぎない」と主張
16 している。これはあくまで主張に過ぎないが、予備的請求原因の追加（143 条 1 項）
17 といえるのであれば売買契約に基づく引渡しという「申立て」がなされていたとみ
18 ることができる。

19 (1) まず、143 条 1 項本文が「請求の基礎に変更がない」ことを求めた趣旨が被告
20 の防御権の保障にあることに鑑み、訴えの変更の必要性が被告の防御方法に起因
21 する場合、同要件は不要と考える。本件では、X の上記主張は Y の「X に本件絵
22 画を売却したのであり、贈与などしていない」という防御方法に起因している。
23 したがって、同要件は不要である。

また、Xは、第1回口頭弁論期日において上記主張をしているから、「口頭弁論の終結に至るまで」といえる。

さらに、証拠である念書は両請求原因の立証に用いられることから「著しく訴訟手続を遅滞させる」（同条同項但書）という事情もなく、請求の原因の変更にすぎない本件では書面（同条2項）は不要である。

(2) したがって、Xの上記主張を予備的請求原因の追加とみることができ、売買契約に基づく引渡しは「申立て」を構成している。

3 もっとも、「Yは、Xから200万円の支払いを受けるのと引換えに」という引換給付部分は同時履行（民法533条）を意味するところ、同時履行の抗弁権は、その権利を行使する旨の主張がなされて初めて裁判所が認定できる権利抗弁に当たる。したがって、本件訴訟でもYから同権利主張がなされていなければ、裁判所が引換給付判決をすることは弁論主義に反し許されない。そこで、Yの「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である。」という主張の法的な意味合いを検討する。

(1) まず、Xの主位的請求原因との関係では、贈与の事実と売買の事実は両立しない事実であるから、積極否認（民事訴訟法規則79条3項参照）としての意味を有する。

(2) 他方、予備的請求原因との関係では請求原因事実である売買契約締結の事実を認める部分は裁判上の自白（179条）にあたり、金額を300万円とする部分については請求原因事実である売買契約における代金額である300万円と両立しないので積極否認としての意味を有する。

(3) 以上より、Yは同時履行の抗弁権の権利行使をしていないことから、Yが同主張を行えば、裁判所は上記引換給付判決をすることができる。

第3 設問2(2)

1 処分権主義との関係

(1) 売買契約に基づく絵画の引渡しという無条件明渡しの「申立て」に対して220万円の支払い、180万円の支払いと引換えという「判決」をすることは246条に反するか。

(2) 「申立て」と「判決」が不一致の場合、246条に反するのが原則である。もっとも、246条は処分権主義の表れであり、その趣旨は原告に訴訟の処分権限を付与することで意思を尊重し、その範囲でのみしか判決がなされないという意味で被告に対する不意打ちを防ぐ点にある。

そこで、原告の合理的意思に反せず、被告に対する不意打ちとならなければ、「申立て」と「判決」が一致しない判決も246条の趣旨に反さず許され则认为る。

(3) まず、売買契約は代金の支払いをその要素とする以上、代金額が220万円であろうと180万円であろうと原告が支払いを求められることはその合理的意思に反さない。

他方、本件絵画の時価相当額が220万円と評価される場合、220万円はXが主張する時価相当額200万円とYが主張する時価相当額300万円との間にあることから、Yの予測可能性を害することはなく、不意打ちにならない。

もっとも、本件絵画の時価相当額が180万円と評価される場合は、Xの主張する代金額よりXに有利な金額との引換給付判決をすることはYの予測可能性を害し、不意打ちとなる。

(4) したがって、220万円と評価される場合のみ引換給付判決をしても246条に反さない。

2 弁論主義との関係

(1) X及びYのいずれから 220 万円あるいは 180 万円という主張はなされていないものの、両者は時価相当額を代金額とすることについては合意している以上、220 万円又は 180 万円というXの主張額 200 万円とさほど乖離しない額を裁判所が判決の基礎としたとしても上述の不意打ち防止という弁論主義の趣旨に反さない。

(2) したがって、代金額を 220 万円あるいは 180 万円とすることはいずれも弁論主義には反さない。

3 それぞれどのような判決をすることになるのか

(1) 以上から、本件絵画の時価相当額が 220 万円と評価される場合は、裁判所は「Yは、Xから 220 万円の支払いを受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすることになる。

(2) 他方、本件絵画の時価相当額が 180 万円と評価される場合は、代金額を 180 万円とすることはYに不意打ちとなることから、代金額はXの主張額にとどめる形で「Yは、Xから 200 万円の支払いを受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすることになる。

第4 設問3

1 既判力は「主文に包含するもの」（114 条 1 項）に生じるとされ、「主文に包含するもの」とは訴訟物を意味する。

したがって、前訴における主位的請求である贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権の不存在及び売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権の存在に既判力が生じている。

2 他方、「Yは、Xから 200 万円の支払いを受けるのと引換えに」という引換給付

部分は主文に掲げられてはいるが、その趣旨は双務契約における牽連性を強制執行との関係においても保障すべく強制執行開始要件を主文で明らかにする（民事執行法 31 条 1 項）点にあるにすぎず、既判力は生じない。

3 そして、前訴既判力が X による後訴に作用するのであれば裁判所は前訴既判力に拘束されるので、改めて X Y 間の本件絵画の売買契約の成否及び代金額について改めて審理・判断することはできなくなる。もっとも、前訴の訴訟物は前述のとおり贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権及び売買契約に基づく本件絵画の引渡し請求権であり、後訴の訴訟物は売買契約に基づく本件絵画の代金支払請求権であるところ、これらはいずれも同一、先決、矛盾関係にはない。

したがって、前訴既判力は後訴に作用せず、裁判所は改めて上記事項を審理・判断できるのが原則である。

4 もっとも、当事者の主張が信義に反する（2 条）場合は裁判所が同主張につき再度審理・判断することは許されない。

確かに、Y としては、自らが X に対して 200 万円の売買代金請求権を有することにつき既判力のある判断を得たければ、前訴において反訴を提起することができたといえる。また、前訴が本人訴訟であり第一審で判決が確定していることから考えて、X に、X Y 間の本件売買契約の成否及びその代金額に関して十分に争う機会が与えられていなかったともいい得る。

しかし、前訴において X は予備的に売買契約の成立を主張している上、前訴で認定された 200 万円という代金額は予備的ではあるものの X 自身の主張額であるから、十分に争う機会が与えられていたとみるべきである。Y としては、X Y 間の本件売買契約の成否及びその代金額については、前訴で実質的に解決済みであると信頼していたからこそ反訴を提起しなかったと考えられ、その点に帰責性はない。

1 以上より、Xの主張は前訴で解決済みの争点を蒸し返すものとして、信義則に反
2 するため、裁判は、後訴において、上記事実について改めて審理・判断をすること
3 ができない。

以 上

第 1 設問 1 課題(1)

民事訴訟法 問題③

1 B の訴えは、150 万円を自認額とする共同不法行為（民法 719 条前段）に基づく
損害賠償債務の不存在確認の訴えである。まず、債務不存在確認の訴えは給付の訴
えの反対形相なので、給付請求権がその訴訟物となる。また、訴訟物の選択は原告
の責任かつ権能とする処分権主義の下では、自認額については原告が争わないとす
る趣旨といえるので、自認額部分は訴訟物とはならない。他方、B の訴えは上限額
が明示されていないものの、請求原因に「A は損害額が 400 万円を下らないと主張
して譲歩しようとしなない。」と記載されていることからすれば、上限額を 400 万円
とする趣旨といえる。

2 以上の検討からすれば、B の訴えの訴訟物は共同不法行為に基づく 250 万円の損
害賠償請求権となる。そうだとすれば、A が別訴を提起すると 250 万円部分につい
ては乙地裁に「係属する事件」について「更に訴えを提起」するものとして 142 条
に反し不適法になる。

3 そこで、A は乙地裁に別訴ではなく反訴（146 条）を提起することが考えられる。

(1) A は「被告」であり、A の反訴と B の訴えはともに同一の本件事故を原因とす
るものなので、本訴請求の発生原因において法律上共通する。したがって、A の
反訴は「本訴の目的である請求…と関連する請求」にあたる。また、B の訴えは
未だ訴状が A に送達された段階なので、A の反訴は「口頭弁論の終結に至るまで」
に行われたといえる。さらに、乙地裁は「本訴の係属する裁判所」である、加え
て、B は未だ訴状が A に送達された段階である以上「反訴の提起により著しく訴
訟手続を遅滞」させることもない（同条 1 項 2 号）。よって、A の反訴は反訴要
件を満たす。

(2) 次に、A の反訴のうち 250 万円部分は「更に訴えを提起」するものとして 142

1 条に反するかが問題となる。142 条の趣旨は被告の応訴の煩，訴訟不経済，判決
2 相互矛盾抵触の防止にあるが，反訴の場合併合審理がなされるので被告の応訴の
3 煩，訴訟不経済が生じることはない。また，反訴請求は執行力を備えている点で
4 B の訴えよりも実効性が高いため，B の訴えは確認の利益を欠き訴え却下となる
5 ことから，判決相互矛盾抵触は生じない。したがって，A の反訴に 142 条は妥当
6 しない。よって，A の反訴は「更に訴えを提起」するものとして 142 条に反さず
7 適法である。

8 4 では，この場合に A は C をも B と共同被告とすることができるか。A は C に対する
9 請求を主観的追加的に併合するという手段を採ると考えられるので，その適法性を
10 検討する。

11 (1) まず，A の B に対する反訴と C に対する請求はともに同一の本件事故を原因と
12 するものなので，「訴訟の目的である権利…が同一の事実上及び法律上の原因に
13 基づくとき」（38 条前段）にあたる。

14 (2) C に対する請求については，別訴を提起して併合（152 条 1 項）の職権発動を
15 促すという手段が考えられるが，裁判所の裁量にゆだねられるので必ずしも併合
16 されるわけではない以上，実効性に欠く。

17 (3) では，明文なき主観的追加的併合という手段は認められるか。

18 判例は，追加的に併合したとしても旧訴訟の訴訟資料を流用できるとは限らず，
19 かえって，訴訟の複雑化や軽率な提訴，濫訴を誘発し，併合の時期によっては訴
20 訟遅延を生じさせるおそれがあるため，明文なき主観的追加的併合を否定してい
21 る。もっとも，B に対する反訴と C に対する訴えはともに同一の共同不法行為に
22 基づく請求であることから，訴訟資料の流用は可能であり，訴訟の複雑化や軽率
23 な提訴，濫訴を誘発するおそれはない。また，未だ訴え提起の段階である以上訴

1 訟遅延を生じさせるおそれもない。

2 したがって、本件に判例の射程は及ばず、明文なき主観的追加的併合は認めら
3 れる。

4 5 以上より、AがCをもBと共同被告とすることも適法である。

5 第2 設問 1 課題(2)

6 1 甲地裁に提起する場合、甲地裁は「本訴の係属する裁判所」ではないので、反訴に
7 よることはできない。

8 2 そこで、別訴によることが考えられるが、「更に訴えを提起」するものとして 142
9 条に反さないか。142 条の趣旨に反するか否かを検討する。

10 (1) まず、乙地裁に係属するBの訴えは未だ訴状が送達された段階に過ぎず、第 1
11 回口頭弁論期日前である以上、被告の応訴の煩は生じない。

12 (2) また、Aによる別訴は執行力があり実効性がある訴えなので訴訟不経済でもな
13 い。

14 (3) では、判決相互矛盾抵触のおそれは認められるか。

15 Bの訴えは債務不存在確認の訴えであるが、不法行為に基づく損害賠償訴訟請
16 求訴訟において、真に救済されるべきは被害者であり、そうであるにも拘らず、
17 加害者が先行的に提起した訴訟の裁判所に反訴するしか被害者救済の途を残さな
18 いというのは、費用や時間の観点からみて被害者の裁判を受ける権利（憲法 32
19 条）を著しく害し妥当でない。そこで、例外的に甲地裁に対する別訴提起を優先
20 し、乙地裁に対するBの訴えは確認の利益を欠くこととなると解するべきである。
21 したがって、Aが甲地裁に提起しても判決相互矛盾抵触のおそれはない。

22 (4) 以上より、Aの別訴は 142 条の趣旨に反さず、「更に訴えを提起」にあたらな
23 いため適法である。

以 上