



無料公開セミナー（11. 09. 23 実施）

**新司法試験
「2011 年本試験 再現答案分析会」**

民事系

TAC Wセミナー／新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

CONTENTS

平成 2 3 年度論文式試験問題民事系第 1 問	1
出題趣旨	4
第 1 問再現答案	6
平成 2 3 年度論文式試験問題民事系第 2 問	20
出題趣旨	24
第 2 問再現答案	25
平成 2 3 年度論文式試験問題民事系第 3 問	35
出題趣旨	38
第 3 問再現答案	41

【民事系科目】

【第1問】（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、4：3：3）

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。なお、解答に当たっては、利息及び遅延損害金を考慮に入れないものとする。

【事実】

1. AとBは、共に不動産賃貸業を営んでいる。Bは、地下1階、地上4階、各階の床面積が80平方メートルの事務所・店舗用の中古建物一棟（以下「甲建物」という。）及びその敷地200平方メートル（以下「乙土地」という。）を所有していた。甲建物の内装は剥がれ、エレベーターは老朽化して使用することができず、賃借人もいない状況であったが、Bは、資金面で余裕があったにもかかわらず、貸ビルの需要が低迷し、今後当分は賃借人が現れる見込みがないと考え、甲建物を改修せず、放置していた。Bは、平成21年7月上旬、現状のまま売却する場合の甲建物及び乙土地の市場価値を査定してもらったところ、甲建物は1億円、乙土地は4億円であるとの査定額が出た。
2. 平成21年8月上旬、Bは、Aから、「甲建物の地下1階及び地上1階を店舗用に、地上2階から4階までを事務所に、それぞれ内装を更新し、エレベーターも最新のものに入れ替えた建物に改修する工事を自らの費用で行うので、甲建物を賃貸してほしい。」との申出を受けた。この申出があった当時、甲建物を改修して賃貸に出せる状態にした前提で、これを一棟全体として賃貸する場合における賃料の相場は、少なくとも月額400万円であり、A及びBは、そのことを知っていた。
3. そこで、AとBは、平成21年10月30日、甲建物の使用収益のために必要なエレベーター設置及び内装工事費用等は全てAが負担すること、設置されたエレベーター及び更新された内装の所有権はBに帰属すること、甲建物の賃料は平成22年2月1日から月額200万円が発生し、その支払は毎月分を当月末日払いとすること、賃貸期間は同日から3年とすることを内容として、甲建物の賃貸借契約を締結した。その際、賃貸借契約終了による甲建物の返還時にAはBに対して上記工事に関連して名目のいかんを問わず金銭的請求をしないこと、Aが賃料の支払を3か月間怠った場合、Bは催告なしに賃貸借契約を解除することができること、Aは甲建物の全部又は一部を転賃することができること、契約終了の6か月前までに一方当事者から異議の申出がされない限り、同一条件で契約期間を自動更新することという特約が、AB間で交わされた。また、AB間での賃貸借契約の締結に際し、敷金として2500万円がAからBに支払われた。
4. 平成21年11月10日、Aは、Bから甲建物の引渡しを受け、Bの承諾の下、Cとの間で、甲建物の地下1階から地上4階までの内装工事をCに5000万円で請け負わせる契約を締結し、また、Dとの間で、エレベーター設備の更新工事をDに2000万円で請け負わせる契約を締結した。いずれの契約においても、工事完成引渡日は平成22年1月31日限り、工事代金は着工時に上記金額の半額、完成引渡後の1週間以内に残金全部を支払うこととされた。そして、Aは、同日、Cに2500万円、Dに1000万円を支払った。
5. Cは、大部分の工事を、下請業者Eに請け負わせた。CE間の下請負契約における工事代金は4000万円であり、Cは、Eに前金として2000万円を支払った。
6. C及びDは、平成22年1月31日、全内装工事及びエレベーター設備の更新工事を完成し、同日、Aは、エレベーターを含む甲建物全体の引渡しを受けた。
7. Aは、Dに対しては、平成22年2月7日に請負工事残代金1000万円を支払ったが、Cに対しては、内装工事が自分の描いていたイメージと違うことを理由として、残代金の支払を拒否している。また、Cは、Eから下請負工事残代金の請求を受けているが、これを支払っていない。
8. Aは、Bとの賃貸借契約締結直後から、平成22年2月1日より甲建物を一棟全体として、

- 月額賃料400万円で転貸しようと考え、借り手を探していたが、なかなか見付からなかった。そのため、Aは、Bに対し賃料の支払を同月分からしていない。
9. Bは、Aに対し再三にわたり賃料支払の督促をしたが、Aがこれを支払わないまま、3か月以上経過した。しかし、Bは、Aに対し賃貸借契約の解除通知をしなかった。その後、Bは、Aの未払賃料総額が6か月分の1200万円となった平成22年8月1日に、甲建物及び乙土地を、5億6000万円でFに売却した。代金の内訳は、甲建物が1億6000万円で、乙土地が4億円であった。甲建物の代金は、内装やエレベーターの状態など建物全体の価値を査定して得られた甲建物の市場価値が2億円であったことを踏まえ、FがBから承継する敷金返還債務の額が1300万円であることその他の事情を考慮に入れ、査定額から若干値引きすることにより決定したものである。Fは、同日、Bに代金全額を支払い、甲建物及び乙土地の引渡しを受けた。そして、同年8月2日付けで、上記売買を原因とするBからFへの甲建物及び乙土地の所有権移転登記がされた。なお、上記売買契約に際して、B及びFは、FがBの敷金返還債務を承継する旨の合意をした。
10. Fは、Bから甲建物及び乙土地を譲り受けるに際し、Aを呼び出してAから事情を聞いたところ、遅くとも平成22年中には転貸借契約を締結することができそうだと説明を受けた。そのため、Fは、早晚、Aが転借人を見付けることができ、Aの賃料の支払も可能になるだろうと考えた。また、Fは、甲建物及び乙土地の購入のために金融機関から資金を借り入れており、その利息負担の軽減のため、その借入元本債務を期限前に弁済しようと考えた。そこで、Fは、同年9月1日、FがAに対して有する平成23年1月分から同年12月分までの合計2400万円の賃料債権を、その額面から若干割り引いて、代金2000万円でGに譲渡する旨の契約をGとの間で締結し（以下「本件債権売買契約」という。）、同日、代金全額がGからFに対して支払われた。そして、同日、FとGは、連名で、Aに対して、上記債権譲渡につき、配達証明付内容証明郵便によって通知を行い、翌日、同通知は、Aに到達した。
11. ところが、平成22年9月末頃、Aが売掛金債権を有している取引先が突然倒産し、売掛金の回収が見込めなくなり、Aは、この売掛金債権を自らの運転資金の当てにしていたため、資金繰りに窮する状態に陥るとともに無資力となった。そのため、Aは、Fとの間で協議の場を設け、今となっては事実上の倒産状態にあること及び甲建物の内装工事をしたCに対する請負残代金2500万円が未払であることを含め、自らの置かれた現在の状況を説明するとともに、甲建物の転借を希望する者が現れないこと、今後も賃料を支払うことのできる見込みが全くないことを告げ、Fに対し、この際、Fとの間の甲建物の賃貸借契約を終了させたいと申し入れた。Fは、Aに対する賃料債権をGに譲渡していることが気になったが、いずれにせよ、Aから賃料が支払われる可能性は乏しく、Gによる賃料債権回収の可能性はないと考え、Aの申し入れを受けて、同年10月3日、A及びFは、甲建物の賃貸借契約を同月31日付けで解除する旨の合意をした。この合意に当たり、AF間では何らの金銭支払がなく、また、A及びFは、Fに対する敷金返還請求権をAが放棄することを相互に確認した。そして、同月31日、Aは、Fに甲建物を引き渡した。
12. Fは、Aとの間で甲建物の賃貸借契約を解除する旨の合意をした平成22年10月3日以降、直ちに、Aに代わる借り手の募集を開始した。Hは、満70歳であり、衣料品販売業を営んでいる。Hは、事業拡張に伴う営業所新設のための建物を探していたが、甲建物をその有力な候補とし、Fに対し、甲建物の内覧を申し出た。Hは、同月12日、Fを通じてAの同意をも得た上で、甲建物の内部を見て歩き、エレベーターに乗ったところ、このエレベーターが下降中に突然大きく揺れたため、Hは、転倒して右足を骨折し、3か月の入院加療が必要となった。このエレベーターの不具合は、設置工事を行ったDが、設置工程において必要とされていた数か所のボルトを十分に締めていなかったことに起因するものであった。
13. Hは、この事故に遭う1年ほど前から、時々、歩いていてバランスを崩したり、つまずい

たりするなどの身体機能の低下があり、平成22年4月に総合病院で検査を受けていた。その検査の結果は、Hの身体機能の低下は加齢によるものであって、無理をしなければ日常生活を送る上での支障はないが、定期的に病院で検査を受けるよう勧める、というものであった。

14. Hは、この勧めに従って、上記総合病院で、平成22年5月から毎月1回の検査を受けていたが、特段の疾患はないと診断されていた。一方、この間、Hの妻が病気で入院したため、Hは、毎日のように病院と自宅とを往復し、時として徹夜で妻に付き添っていた。そのため、Hは、同年7月下旬頃から、かなりの疲労の蓄積を感じていた。Hが同年10月12日に甲建物のエレベーターの揺れによって転倒し、右足を骨折するほどの重傷を負ったのは、Hのここ1年ほどの身体機能の低下と妻の看病による疲労の蓄積も原因となっていた。
15. なお、甲建物の市場価値は、平成22年1月31日の工事完成による引渡し以降、現在に至るまで、大きな変化なく2億円ほどで推移している。乙土地の市場価値も、この間、大きな変化なく4億円ほどで推移している。

【設問1】 【事実】1から11まで及び【事実】15を前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

なお、解答に当たっては、敷金返還債務はGに承継されていないものとして、また、【事実】7に示したAのCに対する支払拒絶には合理的理由がないものとして考えなさい。民法第248条に基づく請求については、検討する必要がない。

- (1) Cは、不当利得返還請求の方法によって、Bから、AC間の請負契約に基づく請負残代金に相当する額を回収することを考えた。Cが請求する場合の論拠及び請求額について、Bからの予想される反論も踏まえて検討しなさい。
- (2) Cは、不当利得返還請求以外の方法によって、Fから、AC間の請負契約に基づく請負残代金に相当する額を回収することを考えた。Cが請求する場合の論拠及び請求額について、Fからの予想される反論も踏まえて検討しなさい。

【設問2】 Gは、平成23年4月1日、Aに対して、同年1月分から同年3月分までの未払賃料総額計600万円の支払を求めた。しかし、Aは、そもそも当該期間に対応する賃料債務が発生していないことを理由に、これを拒絶した。そこで、Gは、Fの債務不履行を理由として、本件債権売買契約を解除し、Fに対し代金相当額の返還を求めることにした。

【事実】1から11までを前提として、Gの上記解除の主張を支える法的根拠を1つ選び、それについて検討しなさい。その際、Fのどのような債務についての不履行を理由とすることができるか、また、解除の各要件は充足されているかを検討しなさい。

なお、検討に当たって、本件債権売買契約は有効であること及びAF間の賃貸借契約の合意解除は有効であることを前提とするとともに、敷金については考慮に入れないものとする。また、GからFに対する損害賠償請求については、検討する必要がない。

【設問3】 【事実】1から14までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Hは、【事実】12に示したエレベーター内での転倒により被った損害の賠償を請求しようと考えた。Hが損害賠償を請求する相手方として検討すべき者を挙げ、そのそれぞれに対して損害賠償を請求するための論拠について、予想される反論も踏まえて論じなさい。
- (2) Hの損害賠償請求が認められる場合に、Hの身体機能の低下及び疲労の蓄積が損害の発生又は拡大を招いたことを理由として、賠償額が減額されるべきか、理由を明らかにしつつ結論を示しなさい。

〔出題趣旨〕

本問は、不動産賃貸業を営むAが賃借している建物とその敷地について複数の取引が行われた後、Aが事実上倒産した状態となり、その頃その建物のエレベーター内で人が転倒し骨折するという事故が生じた事例に関して、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。具体的な事実を法的な観点から評価し構成する能力、具体的な事実関係に即して民法上の問題を考察する能力及び論理的に一貫した論述をする能力などを試すものである。

設問1は、小問(1)において、不当利得制度とその要件についての理解及び法的構成能力と、具体的な事案において存在する諸事実を各々の要件に結び付けて意味付ける能力を試すとともに、小問(2)において、敷金返還請求権を放棄する合意の意味を踏まえて、敷金返還請求権を放棄することの詐害行為性についての検討を求めることにより、責任財産保全制度に関する基本的理解を応用することのできる問題発見能力及び法的思考力を試すものである。

小問(1)では、民法第703条が定める不当利得の返還を請求するに当たり、何を主張し立証しなければならないかを明らかにし、それらを【事実】の中から適切に指摘することができるかどうか問われている。その際、Bの受益については、請負契約により甲建物に対してCが行った労務提供に相当する支出をBがしないでおくことができたことであると捉える考え方とともに、甲建物をFに売却したことによりBが得た代金額に占める本件請負工事による増加額相当額であると捉える考え方などが成り立つ。受益をどのように捉えるかを明らかにし、具体的な数額を示すことが求められる。Cの損失については、Cの労務提供に相当する損失であり、したがって、甲建物の内装工事に伴う工事代金5000万円のうち残代金2500万円をCが回収できていないことである。Bの受益とCの損失との間の因果関係については、Cの内装工事によりBの受ける利益は、本来、CA間の請負契約に基づくものであるため、請負代金債務の債務者であるAの財産に由来するものであるが、Aの無資力によりAに対する請負代金債権の全部又は一部が無価値であるときは、その限度においてBの受けた利益はCの労務に由来することとなる。Bの受益が法律上の原因を欠くことについては、AB間の賃貸借契約を全体として見たときに、Bが対価関係なしに当該利益を受けたときに限られる。賃貸借の期間中にBがAから得られる賃料総額が相場よりも7200万円少ないことなどの事情に基づいた判断が求められる。

小問(2)では、Aが無資力である点に着目し、CがFに対してAの責任財産を保全するために、CのAに対する2500万円の請負残代金債権を被保全債権とし、Aの法律行為の中から詐害行為に該当するものを取り出し、受益者Fを被告として詐害行為取消権(民法第424条)を行使することができるかが問われている。何を詐害行為と考えるかについては、まず、FA間で賃貸借契約を合意解除する際にAがした敷金返還請求権の放棄は、敷金返還債務の免除であると捉える考え方が成り立つ。このとき、民法第424条が定めるそのほかの要件を満たせば、CはAのこの債務免除を取り消すことができる。これとは別に、FA間での賃貸借契約を合意解除する以前にAの賃料不払いという債務不履行があったことに着目し、Aがした敷金返還請求権の放棄は、FがAに対して有する本来の賃貸借期間の終了時までの賃料相当額を得べかりし利益とした損害賠償請求権に対する充当であると捉える考え方でも成り立つ。このとき、一部の債権者への偏頗弁済は、どのような場合に詐害行為となるかという観点からの適切な検討が求められる。

設問2は、将来債権売買契約を売買の目的である債権の不発生を理由に解除しようとするとき、その前提として、売主はどのような義務を負うかについて分析する能力を問うとともに、その売主の義務の不履行について適切な事実を摘示し反論にも注意しながら考察する能力及び解除の要件の充足を吟味するに当たって適切に問題点を取り上げ検討する能力を問うものである。

売主がどのような義務を負うかについては、主たる給付義務として、債権が発生した状態で買主に帰属している状態を生じさせる義務を問題とする考え方のほかに、付随義務として、売買した将来債権の価値を維持する義務を問題とする考え方がある。前者の考え方に立つときは、売買の目的である債権が発生しない可能性があるという将来債権売買契約の特性をどのように評価するかについての検討が求められ、後者の考え方に立つときは、将来債権売買の売主が売買の目的である債

権が発生するかどうかを左右することができる地位にある場合、売主が負う将来債権の価値を維持する義務が何を根拠に認められるかについての検討が求められる。また、いずれの考え方に立つときも、売主の義務は買主に将来債権を帰属させることであるにとどまるとする反論が考えられ、その反論を踏まえた検討が求められる。

次に、本件債権売買契約の解除については、民法第543条を根拠として検討すべきであるとする考え方とともに、同法第541条を根拠として検討すべきであるとする考え方がある。例えば、Fは債権が発生した状態で買主に帰属している状態を生じさせる義務を負うとし、民法第543条に基づく解除について検討するときは、Fが負うその債務が履行不能となっていること及びFの帰責事由の検討が求められ、また、Fは売買した将来債権の価値を維持する義務を負うとし、同条に基づく解除について検討するときは、Fが負うその債務(付随義務)が履行不能となっていること、その付随義務違反が解除に値する程度に重大であること及びFの帰責事由についての検討が求められる。同様に、Fが、債権が発生した状態で買主に帰属している状態を生じさせる義務を負うと考える場合であっても、売買した将来債権の価値を維持する義務を負うと考える場合であっても、民法第541条に基づく解除について検討することは可能である。

設問3は、エレベーター設備の更新工事の請負人の行為及びそれを原因とするエレベーターの揺れに基づく身体侵害の不法行為において、被害者が損害賠償を請求する相手方として検討すべき者が複数ある事例について、そのそれぞれに対する請求の論拠をそれに対する反論も踏まえて論じること(小問(1))、及び、被害者の身体的素因により被害者の損害が発生又は拡大した場合における賠償額の調整の在り方を事例に則して検討すること(小問(2))を求める問題である。

小問(1)では、Hが損害賠償を請求することのできる相手方として、まず、エレベーターが設置されている建物甲の事故発生時の直接占有者であるAとともに、その間接占有者であり所有者であるFを考えることができる(民法第717条第1項)。ここでは、工作物責任が成立するための要件である土地の工作物及び設置又は保存の瑕疵について、それぞれの意味を明らかにすることとともに、建物甲のエレベーターが土地の工作物に当たるかどうか及び必要とされているボルトが十分に締められていなかったことが設置又は保存の瑕疵に当たるかどうかの検討が求められる。あわせて、工作物責任を負うこととなり得るAとFとの関係を、工作物責任の法的な性質と、占有者が損害を防止するのに必要な注意をしたときは、占有者の損害賠償責任の成立は阻却され、所有者がその損害賠償責任を負うこと(同項ただし書)を踏まえながら検討することが求められる。このほかに、Hが損害賠償を請求することのできる相手方として、エレベーター設備の更新工事をしたDを考えることができる(民法第709条)。注文者との間で締結された請負契約に基づいてエレベーター設備の更新工事をした請負人であるDは、注文者以外の第三者の安全に対して、どのような注意義務を負うか、また、その注意義務違反があるかどうかについての検討が求められている。

小問(2)では、被害者の身体的な素因で、被害者の損害の発生又は拡大の原因となったものがある場合、賠償額の減額をすべきかどうか、そのとき、身体的な素因が疾患といえるものであるか、そうではなく疾患にまで至らない身体的特徴であるかによって異なることとすべきかどうかについての理解を基礎に、Hの身体機能の低下及び疲労の蓄積をどのように捉えるべきかが問われている。一方では過失相殺(民法第722条第2項)の趣旨を考え、他方では【事実】から法律上意味のある事実をくみ取って法的に評価した上で、賠償額を減額することの可否について、一貫した法的思考を示すことが求められる。

民事系第1問 合格者Aさん再現答案

得点 149.16

1 第1 設問1

2 1 小問1

3 Cは、Bに対して不当利得返還請求権（民法703条）を根拠として2500万
4 円を請求することが考えられる。

5 （1）まず、甲建物はもともと1億円の市場価値しかなかったところ、Cが内
6 装工事をしたために市場価値が2億円となった。よって、所有者Bは差額
7 の1億円について「利益」を受けている。

8 （2）これに対して、Cは内装工事を完成したものの、請負代金5000万円のう
9 ち2500万円について支払を受けていない。そして注文者Aが無資力とな
10 り、残額2500万円の請負代金債権は無価値となっているので、2500万円
11 の「損失」がある。

12 （3）では、Bは「法律上の原因」なくして1億円の利益を受けたといえるか。

13 ア 不当利得は公平の観念から財産価値の移転を修正するものなので、
14 「法律上の原因」の有無は、契約関係全体を見た上で、当該財産価値の
15 移転を当事者間で正当化できるだけの事情があるか否かという観点か
16 ら判断する。

17 イ 本件では、AB間で、甲建物の工事費用はAが負担することとされて
18 いる。しかし、Bは平成22年2月1日からしか賃料を受け取らないこ
19 とになっており、平成21年11月10日から平成22年1月31日までの
20 賃料は受け取っていない。また、同年2月1日以降の賃料も、相場は400
21 万円のところを半額の200万円と定めてあり、賃貸期間3年における差
22 額の賃料総額が7200万円と、AがC及びDに負担した工事費用総額7000
23 万円とほぼ同じになる。とすると、AB間では、工事費用をAが負担する
24 代わりに、Bは上記負担を負うことになったものと推認するのが、当事
25 者の合理的意思に合致する。よって、甲建物の価値の増分についてBは
26 相応の負担を負っていたものといえ、財産価値の移転を正当化できるだ
27 けの事情があるといえる。

28 従って、「法律上の原因」がないとはいえない。

29 （4）以上より、Cは、Bに対して上記請求をなしえない。

30 2 小問2

31 Cは、代位債権者（423条1項）としてAのFに対する敷金返還請求権を
32 代位行使し、1300万円の支払を受け、Aに対する返還債務を受動債権として
33 請負代金請求権と相殺（505条1項本文）することが考えられる。

34 Cは、Aに対し2500万円の請負代金請求権を有する。また、Aは無資力な
35 ので、CはAの債権を代位行使できる。そして、FはBから敷金返還債務1300
36 万円を承継しており、平成22年10月31日付けで賃貸借契約は終了してい
37 ることから、AはFに対して1300万円を敷金返還請求権を有する。よって、
38 Cは敷金返還請求権を代位行使できる。そして、1300万円の金銭をAが受け
39 取らないおそれがある以上、CはFから直接1300万円を受領することができる。
40

41 そして、CはAに対してこの1300万円の返還債務を負うが、これを受動債
42 権として、請負代金債権2500万円のうち1300万円と相殺できる。従って、
43 上記方法により1300万円を回収できる。

44 第2 設問2

45 1 FG間の本件債権売買契約につき、Fが黙示的にAの資力を担保した（569
46 条2項）として、Aの担保責任の不履行を理由に解除することが考えられる。

47 2 (1) 将来債権の売買では、目的物たる将来債権が発生するか否かが不確定
48 である。とすれば、債権の売主としては債権売買の目的を達成すべく、債
49 権発生時の債務者の資力を黙示的に担保したと推認するのが当事者の合
50 理的意図に合致する。従って、売主が自ら債権の発生を妨げた場合、売主
51 は担保責任として債権額を買主に支払う義務を負い、かかる義務の不履行
52 は債権売買の解除原因となる。

53 (2) 本件債権売買契約は平成 22 年 9 月 1 日において、未発生 of 平成 23 年 1
54 月～12 月の賃料債権を対象としており、将来債権の売買である。よって、
55 F は賃料債権発生時の A の資力を担保したと推認できる。確かに F は 2400
56 万円の債権を 2000 万円に割り引くことでリスクを一定程度は負担してい
57 るが、これだけで F が担保責任を負わない旨の特約があったとすることは
58 できない。

59 そして、F が平成 22 年 10 月 3 日に同月 31 日付けで賃貸借契約を解除し、
60 同年 11 月～12 月の賃料債権の発生を妨げた場合、F は担保責任として 2
61 か月分の賃料につき G に対して支払う義務を負う。よって、かかる義務の
62 不履行を原因として、F は本件債権売買契約を解除できる。

63 第3 設問3

64 1 小問1

65 (1) H は甲建物に設置されたエレベーターのボルトの締めつけが不十分だっ
66 たために骨折という損害を被っている。そこでまず F に対して、工作物の
67 占有者 (717 条 1 項本文) としての損害賠償責任を請求することが考えら
68 れる。

69 これに対して、F は「必要な注意をした」(同項ただし書) と反論すること
70 が予想される。

71 しかし、F は同時に甲建物の所有者であるので、所有者として無過失責
72 任を負う (同項ただし書)。よって、かかる反論は認められない。

73 (2) 次に、D に対して一般不法行為 (709 条) に基づく損害賠償を請求する
74 ことが考えられる。すなわち、D はエレベーターの設置にあたり、数カ所
75 のボルトを十分に締めることを怠るという「過失」により、利用者たる H
76 に「損害」を被らせたのだから、損害賠償責任を負う。

77 2 小問2

78 (1) H の身体機能の低下、疲労の蓄積を「過失」(722 条 2 項) に準ずるもの
79 として賠償額を減額できるか。

80 ア 722 条 2 項は損害の公平な分担を趣旨とする。そこで、被害者側の事
81 情が損害発生に寄与しており損害全てを加害者に賠償させるのが公平と
82 はいえない場合には、当該事情を「過失」に準ずるものとして考慮し、賠
83 償額の減額を認めるべきである。

84 もっとも、被害者の身体的素因のうち疾患に至らない程度のものは、被
85 害者の個性であり、「過失」に準ずるとまでは評価できない。

86 イ 本件では、まず H の身体機能の低下も骨折の原因となっている。しか
87 し、これは 70 歳という高齢によるものであり、無理をしなければ日常生
88 活を送る上での支障はない程度のものであった。とすれば、疾患に至らな
89 いであるといえ、「過失」に準ずるとまではいえない。

90 また、疲労の蓄積も骨折の原因となっている。もっとも、これは H がた
91 またま妻の看病をしていたために生じたものである。そして、妻の看病と
92 いうのは日常生活上通常行われる活動であり、それによって疲労が蓄積し

93 ていたとしても疾患とはいえず、損害全てをFに賠償させることが公平で
94 ないとはいえない。よって、「過失」に準ずるとまではいえない。
95 (2) 以上より、賠償額は減額されるべきでない。

96

97

98

99

民事系第1問 合格者Bさん再現答案

得点 149.61

1 第1 問1

2 1 (1)について

3 Cは、Bに対して、不当利得返還請求権（民法703条・704条）を根拠に、
4 Aに対する請負残代金債権相当額の2500万円の支払いを請求できるか。

5 以下、本件で、不当利得の各要件をみたとすかにつき検討する。

6 ア まず、Cは請負契約の相手方Aが無資力になり、請負残代金債権2500
7 万円の回収が不可能になっているので、Cに2500万円の「損失」が認め
8 られる。

9 イ では、Bに対応する「利益」は認められるか。

10 この点、Bは既に甲建物をFに売却しているので、もはや自らにはC
11 の損失に対応する利益はないと反論することが予想される。

12 しかし、Bは、Cによる内装工事がなされた状態に基づく甲建物の売
13 却代金をFから得ており、かかる代金に化体した形で、利益を得ている
14 といえる。

15 よって、Bに「利益」が認められる。

16 ウ では、かかる利益の取得は、「法律上の原因なく」なされたものといえ
17 るか。

18 この点、不当利得制度の趣旨が当事者間の公平にあることに鑑み、本
19 件のような契約当事者以外の者からのいわゆる転用物訴権のケースの
20 場合は、当該契約を全体的に見て、何の対価もなしに利益を受けている
21 ような場合には、不公平な利益取得として、「法律上の原因なく」の要
22 件をみたと考える。

23 本問では、BA間の賃貸借契約の目的物である甲建物は内装が剥がれそ
24 のままでは賃貸に出せる状態ではなかった以上、かかる内装費用は「必
25 要費」として、本来賃貸人であるBが負担すべき費用である（608条1
26 項）。しかし、本件BA間の契約においては、更新された内装の所有権は
27 Bに帰属するにも関わらず、工事費用は賃借人であるAが負担し、契約終
28 了時にもAはかかる工事に関連して一切金銭的請求をしないことになっ
29 ている。このような本件BA間の契約関係を全体的に見ると、BはCがな
30 した本件内装工事による利益を何らの対価なしに得たものと評価でき
31 る。

32 よって、「法律上の原因なく」の要件もみたとす。

33 エ 最後に、かかるBが得た利益は、Cの請負工事にに基づくものゆえ、利益
34 と損失との間の因果関係も認められる。

35 以上より、CはBに対して、不当利得返還請求権に基づき、2500万円
36 の支払いを請求できる。

37 2 (2)について

38 Cは、AのFに対する敷金返還請求権について債権者代位権（423条1
39 項）を行使することによって、Fが承継した1300万円の限度で、Fに対し
40 て支払い請求することができる。

41 すなわち、FがBから甲建物を譲受した際に、法律関係の簡明の見地よ
42 り、賃貸人としての地位もFに移転する。そして、譲受人の方が一般に資
43 力が豊富ゆえ、賃借人保護の見地より、敷金返還請求権も譲受人に承継さ
44 れる。

45 もっとも、本件敷金は、2500万円のうち1200万円分については、Aの
46 未払い賃料に充当され、1300万円分のみがFに承継されている。そして、

債権者代位権の場合、行使できるのは被代位債権の額に限られるので、C
がかかる権利を行使してFに支払いを請求できるのは、Fが承継した1300
万円にとどまる。

第2 問2

1 FG間においては、FのAに対する平成23年1月分から同年12月分までの
将来発生する賃料債権の売買契約が締結されている。

この点、Fはかかる将来債権の譲渡人として、信義則上（1条2項）、譲
渡対象の債権を保持する義務を負担すると考える。

しかるに、本問では、Fはかかる義務に反して、譲渡対象債権を発生さ
せる賃貸借契約を解除して消滅させてしまっている。

よって、本問Fには、かかる信義則上の債権保持義務についての、債務
不履行が認められる。

2 具体的には、Fが負担する債権保持義務は、Fがなした賃貸借契約の合
意解除によって「履行不能」（543条）になっているといえる。

そして、Fは自らGに対してAとの間の賃貸借契約に基づく将来賃料債
権を譲渡しながら、安易にGによる賃料債権回収の可能性はないと考えて、
何らの金銭支払いも受けないままにAからの賃貸借契約の解除の申し出に
応じてしまっているため、この点で帰責事由が認められる。

よって、本件では、履行不能解除である543条の要件をみたすので、G
による本件債権売買契約の解除は認められる。

第3 問3

1 (1)について

ア 占有者A

Aは、平成22年10月31日以前であれば、未だ甲建物の賃借人として、
土地の工作物の「占有者」（717条1項）にあたる。

そして、同条の「瑕疵」とは、同条の被害者救済の趣旨に鑑み、工作
物自体の瑕疵にとどまらず、それと一体をなす設備についての瑕疵も含
むと解する。よって、本件のエレベーターの不具合も、同条の「瑕疵」
にあたる。

もっとも、Aとしては、自らが損害の発生を防止するのに必要な注意
をなしたことを主張して責任を免れる余地がある（同条項但書）。

イ 所有者F

その場合、甲建物の「所有者」として、Fがかかる工作物責任を負う
ことになる。

これに対し、Fは、本件瑕疵はエレベーターの設置工事を行ったDに
帰責性があることを反論することが予想される。

しかし、かかる事情は、事後的な求償を認める根拠にはなっても（717
条3項）、Fを免責させる根拠にはならない。

よって、Fに対する損害賠償請求が認められる。

ウ 設置工事において不具合を生じさせたDに対しても、709条に基づき損
害賠償を請求し得る。

2 (2)について

722条2項は、損害の公平な分担の見地より、過失相殺による賠償額の
減額を認めている。

かかる趣旨に鑑み、疾患にあたるような被害者の身体的特徴については、
同条を類推適用して賠償額の減額を認めるべきと考える。

以上

民事系第1問 合格者Cさん再現答案

得点 158.54

1 第1 設問1 (1)

2 1 Cは、請負工事によって2500万円の甲建物の価値増加分の利益をBは
3 受けているとして不当利得返還請求(民法(以下省略する。)703条)を
4 することが考えられる。

5 2 (1) これに対して、まず、Bは、2000万円の利得は、法律上の原因が
6 ないものではなく、AC間の請負契約及びAB間の賃貸借契約上の特約
7 によって得たものであるという反論をすることが考えられる。転用物
8 訴権が認められるかが問題となる。

9 (2) この点、転用物訴権については、原則として個々の法律関係が存在
10 するため、不当利得返還請求は認められないと考えるが、中間者が無
11 資力で、かつ、利得者が対価の関係なしに利益を受けている時に原則
12 を貫くのは、公平な利得損失の分担という不当利得法の趣旨に反する
13 ので妥当でない。

14 そこで、例外的に、中間者が無資力であり、かつ、利得者が対価的
15 関係なしに利益を受けたと言える場合には、不当利得返還請求が認め
16 られると解する。

17 (3) 本件では、たしかに、Aは無資力である。しかしながら、甲建物の
18 賃料の相場は少なくとも月額400万円であるところ、BはAに対し
19 て月額200万円で3年間の期日で甲建物賃貸している。そうすると、
20 200万円の36ヶ月分、すなわち7200万円分の賃料をAではな
21 くBが負担していることになり、これは、AC間の内装工事の費用は全
22 部Aが負担し、その結果がBに帰属するとされていることによるもの
23 であると考えられる。そうすると、BはAとの間で対価的关系なしに
24 利得を受けたとは言えない。

25 よって、CのBに対する不当利得返還請求は認められない。

26 3 仮に上記の転用物訴権が認められるとすると、Bとしては、Fに売却した
27 ため利得は消滅したと主張することが考えら得る(703条)。

28 しかし、その売却代金を対価をとって受けているため利得が消滅したとは
29 言えないのでこの主張は認められない。

30 第2 設問1 (2)

31 1 まず、Cは、Aの債権者であり、Aが無資力であるため、AがFに対して有
32 する敷金返還請求権を代位行使して、2500万円の支払いを求めることが
33 考えられる(423条1項本文)。

34 2 (1) これに対してAF間では賃貸借契約が合意解除されており、敷金返
35 還請求権も放棄されているので、FはAに対して敷金返還債務を負わ
36 ないという反論が考えられる。

37 (2) これについては、債務免除の意思表示をした時には、その時点で債
38 務免除の効果が生じ(519条)、これは第三債務者の自由であり、
39 代位債権者が介入できる事柄ではないので、債務免除が424条の詐
40 害行為に当たらない限り、債務免除は認められる。

41 (3) 本件で、債務免除が詐害行為に当たるかだが、Aは自己が無資力状
42 態であることを認識しており、その上で債務を免除しているので詐害
43 性が認められ、かつ、Cに対する請負代金の残額が未払いであることを
44 を告げていて、Fも悪意であると言えるので(424条1項ただし書
45 き)、詐害行為に当たる。

46 よって、免除は認められない。

47 3 そうだとしても、Fとしては、敷金は未払い賃料に充当されるのでその限
48 度で敷金返還債務が消滅すると主張するだろう。

49 敷金は、未払い賃料を担保するもので、明け渡しと同時に発生する。

50 本件では、10月31日にAはFに甲建物を引き渡しているなのでその時点
51 での未払い賃料6ヶ月分1200万円が2500万円の敷金返還債務に充
52 当されるので、Cの請求は、1300万円の限度で認められる。

53 第3 設問2

54 1 まず、FがAの債務を担保したという事情はないので、569条によって
55 解除をすることはできない。

56 2 (1) そこで、Gは、債権保存義務の不履行を原因として債務不履行解除
57 をすることが考えられる(541条、543条)。すなわち、債権譲
58 渡の譲渡人は信義則上(1条2項)、積極的に債権を消滅させない義
59 務を負っているところ、Fは賃貸借契約を積極的に解除し、その義務
60 に違反したので、債務不履行が認められる。本来債権の帰趨は、債権
61 譲受人の自己責任であるが、譲渡人が積極的に譲渡債権を消滅させる
62 ことは信義則に反すると考えられる。

63 そして、これは催告しても追完できるものではないので、不完全履
64 行解除(543条)に類するものとして解除することができる。本件
65 では、Fに債権を消滅させたことについて帰責事由があるため、54
66 3条により解除が認められる。

67 第4 設問3 (1)

68 1 Dに対する請求

69 まず、Hとしては、エレベーターの請負工事をしたDに対して、不法行為
70 に基づく損害賠償請求をすることが考えられる(709条)。

71 設置肯定において必要とされるボルトを十分に締めていなければ、エレベ
72 ーターに乗った人がケガすることは予見できるので、Dには過失が認められ、
73 それによって法律上保護されるべきHの身体が侵害され、損害が発生してい
74 るので、Hの請求は認められる。

75 2 Fに対する請求

76 (1) 717条

77 本件エレベーターは土地の工作物に当たるため、そのエレベーター
78 の占有者であるFに対しては、717条1項本文によって損害賠償請
79 求をすることが考えられる。

80 これに対しては、占有者であるFが損害の発生を防止するのに十分
81 な注意をした時は責任を免れるが、結局所有者でもあるFは無過失
82 責任を負うので、Fは損害の賠償を免れることはできない。このよう
83 な結論になっても、同条3項により責任の原因を作ったDに求償する
84 ことができるので問題ない。

85 (2) さらに、709条による損害賠償請求及び契約締結前の過失による
86 415条の債務不履行に基づく損害賠償請求をする可能性も考えら
87 れるが、717条の所有者の責任は無過失責任なので別途考える必要
88 はない。

89 3 Aに対する請求

90 Aは注文者であるので、716条により責任を負わない。

91 第5 設問3 (2)

92 1 Hの身体機能の低下及び拾うの蓄積を理由として損害額を減額することは

93 できるか。

94 過失相殺について定めた722条2項の類推適用ができるか問題となる。

95 2 この点、被害者側の身体的特徴等も過失と同視することは、損害の公平な
96 分担を理念とする不法行為法の趣旨に反するので妥当でない。そこで、過失
97 と同視できる程度の落ち度が被害者にある場合にのみ類推適用を認めるべ
98 きである。

99 3 本件では、Hの身体的機能の低下は、Hが70歳という高齢であることから
100 して、老化によるものといえ、Hに落ち度があるとは言えないし、また、
101 疲労の蓄積も、Hの妻の介護疲れによるものと考えられるので、Hに落ち度
102 があるとはいえず、過失と同視できるとは言えない。
103 よって、722条2項の類推適用により減額することはできない。

104 以上。

105

106

107

民事系第1問 不合格者Dさん再現答案

1 〔設問1〕

2 小問(1)

3 1. Cの請求の論拠

4 (1) Cは、Aと甲建物工事の請負契約(民法632条)を締結し、仕事を
5 完成している。したがって、CはAに対して請負契約に基づく代金
6 請求権を有している。

7 しかし、Aは代金を支払っていない。そこで、Cとしては、Cの
8 工事によって甲建物の価値が上昇したことから、その所有者たるB
9 に対して、工事対価相当額につき不当利得返還請求(703条)をし
10 たいところである。

11 (2) 以下、同条の要件について検討する。

12 ア 「利益」

13 本件では、Cの工事によって、甲建物の価値が上がったのである
14 から、BはCの「労務によって利益を受け」たといえる(額につ
15 いては後述)。

16 イ 「損失」

17 Cは、工事請負代金の支払いを受けていない。よって、Cは工事
18 代金分の「損失」がある。

19 ウ 因果関係

20 Cが工事を行ったことでBに「利益」が発生し、また同時にCに
21 「損失」が生じている関係にあるから、利益と損失とに因果関係
22 が認められる。

23 エ 「法律上の原因なく」

24 では、Bが利益を受けたことが、「法律上の原因なく」といえる
25 だろうか。

26 確かに、Cと請負契約を締結したのはAであってBではない。し
27 かし、703条の趣旨は、公平な法律関係の実現にあるから、「法律
28 上の原因」がないといえるかどうかは、全体を観察して公平といえ
29 るかどうかによって判断すべきである(転用物訴権)。

30 本件では、AB間の合意によって、工事費用はすべてAが負担す
31 ると同時に、その所有権はBに帰属し、そして、AはBに対し工事
32 に関して名目のいかなを問わず一切の金銭的請求を行わないこと
33 となっている。そうすると、Bは、所有物たる甲建物につき工事の
34 便益を受ける一方で、何らの対価を支出しないことになる。だとす
35 れば、ABCを全体的に観察すると、Cが対価を受けることなくして
36 労務を提供し、他方、Bは何らの対価なくして便益を享受している
37 ことにな る。このような状態は、Cの犠牲の下にBを一方向的に利
38 するものといえるので、全体的に観察して不公平といえる。

39 したがって、「法律上の原因」を欠くといえる。

40 (3) よって、Cは、703条の要件を満たし、Bに対して不当利得返還請求
41 ができる。

42 2. 請求額

43 (1) Cは、工事代金5,000万円のうち、2,500万円をAから受け取って
44 いる。そこで、残金である2,500万円について請求をしたいところ
45 ある。

46 他方、Bとしては、次のように反論しうる。すなわち、もともと1

億円の価値のあった甲建物に、Cの5,000万円の工事が加わったのであるから、甲建物の価値は1億5,000万円に上昇した。しかるに、BはFに対し1億6,000万円で甲建物を売却しているのであるから、Bの利得額はその差額である1,000万円(=1.6億円-1.5億円)にすぎない。よって、Bが応じなければならない額は、1,000万円の限度に限る。

(2) では、いかに解すべきか。

財物の価値は、あくまで客観的に把握すべきであるから、市場価格を基準にすべきと解する。

そうすると、本件では、甲建物は時価2億円であったのだから、Bの利得額は5,000万円(=2億円-1.5億円)であるといえる。

(3) 以上から、Cは2,500万円を請求できる。

小問(2)

1. Cの請求の論拠

(1) Cは、甲建物という不動産の工事を行ったのであるから、甲建物について不動産工事の先取特権を有する(325条2号、327条1項)。先取特権は物権であるから、甲建物の新所有者であるFに対してもこれを行使することができ、これによって代金相当額を回収することが考えられる。

これに対し、Fは次のように反論しうる。すなわち、不動産工事の先取特権では工事前に費用の予算額を登記しなければならないところ(338条1項)、本件ではそのような登記はないから、先取特権を行使しえない。

(2) しかし、338条の趣旨は、工事予算額を登記によって公示することによって、予算額以上の過大な負担を生じさせないようにするとともに、譲受人に先取特権の存在を知らしめ、以て取引の安全を保護しようとしたものである。だとするならば、工事代金額が既に確定しており、かつ、不動産の譲受人が工事代金債権の存在を認識した上で同不動産を譲り受けた場合には、登記なくして先取特権を行使できても、当該譲受人の取引の安全は害されず、338条の趣旨に反しない。そこで、①工事代金額が既に確定しており、②譲受人が工事代金債権の存在につき認識している場合には、なお登記なくして先取特権を行使できるものと解する。

本件では、①工事代金は5,000万円と確定している。②Fは、Bから甲建物を譲り受けるに際して、Aを呼び出して事情を聞いている。だとすれば、Fは、工事代金債権の存在について認識をした上で、甲建物を譲り受けたといえる。

(3) したがって、Cは先取特権を行使して代金を回収することができ
る。

2. 請求額

不動産工事の先取特権は、現存する価格増加分について存在する(327条2項)。

甲建物の時価は2億円であるから、もともとの価格である1億円と比較して、1億円の価値上昇が認められる。

よって、Cは、Fに対して残金2,500万円について回収できる。

〔設問2〕

1. 解除の法的根拠

(1) 事実の整理

Fは、平成22年9月1日、Aに対して発生する平成23年1月分から12月分までの賃料債権を、Gに債権譲渡している。すなわち、将来債権譲渡である。

しかるに、平成22年10月3日、FはAと賃貸借契約(601条)を同月31日付けで有効に合意解除しているから、平成23年分の賃料債権は発生しなくなった。

(2) 解除の根拠

だとすれば、平成23年分の将来賃料債権をGに譲渡するというFの債務は履行することができなくなったとして、Gは履行不能に基づく解除(543条)をなしうるのではないか。

2. 履行不能といえるか

(1) 上述の通り、Fは、将来発生するであろうAへの賃料債権をGに譲渡するという債務を負っていたところ、そもそもかかる賃料債権はAとの合意解除によって発生しなくなった。

(2) 確かに、Gは合意解除よりも先にAに対する対抗要件を備えている(平成22年9月2日到着の内容証明郵便、467条1項)。しかし、対抗要件は、債権の成立を前提として、その優劣を決するためのものである。債権自体が不成立となった場合に、これを有効とする効力を有するものではない。したがって、FA間の合意解除よりも先に対抗要件を具備したといえども、合意解除によって債権自体がそもそも不成立となってしまった以上、対抗要件は意味をなさない。

よって、Aへの賃料債権をGに譲渡するというFの債務は、もはや履行することができなくなったといえ、履行不能といえる。

3. 解除の要件

そこで、履行不能に基づく解除(543条)について検討する。

(1) 履行不能

前述の通り、Fの将来債権譲渡債務は履行不能となったので、「履行の全部…が不能となった」といえる。

(2) 帰責事由

では、Fに帰責事由(543条ただし書)はあるか。Fが合意解除したのは、Aに十分な資力がないため賃料が支払われる可能性が乏しく、Gによる債権回収の可能性もないと考えたからである。もしそうだとすれば、合意解除の有無にかかわらず結局Gは債権回収をできないのであるから、合意解除が結果を左右したとはいえず、よってFの帰責性も否定されるのではないか。

この点については、次のように考える。すなわち、債権回収の可能性が乏しいことと、債権そのものが不発生になることは別である。たとえ不良債権であっても、債権が発生している以上は、GとしてもAに保証人や物上保証人を立てさせるなりして担保をとることもありえたし、また、可能性が低いにせよAの資力が回復して十分な弁済を受けるといこともありえた。しかし、債権そのものが不成立になってしまえば、およそそのような措置を講じるなどして債権を回収する余地はない。そうであるとすれば、Fの合意解除によって、Gの債権

回収の可能性がおよそ断たれたのであるから、合意解除というFの行為には帰責性が認められる。

(3) 以上から、543条の要件を満たし、Gによる解除は認められる。

〔設問3〕

小問(1)

1. Dに対する請求

(1) Hは、Dの設置したエレベーターによって負傷した。そこで、Hとしては、Dの設置工事が不十分であったとして、不法行為に基づく損害賠償請求(709条)を行うことが考えられる。

(2) 以下、同条の要件を検討する。

ア 故意・過失

Dは、エレベーターの工事を請け負った。そうすると、Dは、同請負契約に基づいて、危険のない安全なエレベーターを設置するという注意義務を負う。しかるに、Dは、設置工程において必要とされる数か所のボルトを十分に締めていなかったのであるから、かかる注意義務に違反したといえる。よって、Dには、Hを負傷せしめたエレベーター設置行為につき「過失」がある。

イ 権利侵害

Hは右足を骨折したのであるから、身体の安全という「法律上保護される利益」が害されている。

ウ 因果関係

Hの負傷は、Dの上記不十分な設置工事によるものであるから、因果関係は認められる。

エ 損害

Hは3か月の入院加療が必要となったのであるから、少なくともこの治療費相当額について損害が認められる。

(3) 以上から、709条の要件を満たし、HはDに対し不法行為に基づく損害賠償を請求することができる。

2. Fへの請求

(1) 甲建物はFが利用していたものであるから、Fに対して土地工作物責任(717条1項)を主張することが考えられる。

(2) 以下、同条の要件について検討する。

ア 土地工作物

エレベーターは土地工作物といえるか。いえない、とFは反論するだろう。

717条が土地工作物の設置の瑕疵につき責任を規定した趣旨は、土地工作物が土地と一体となって危険なものとなることに鑑み、その危険物を管理する占有者ないし所有者に賠償責任を負わせようとしたことにある。そこで、土地工作物といえるかどうかは、土地と一体となって危険性を有しているかによって判断すべきである。

本件でエレベーターは、甲建物の内部に設置されたものであるから、物理的に甲建物と一体となっている。また、エレベーターは、甲建物の内部を移動するためのものであるから、機能的にも甲建物と一体となっている。このように、本件エレベーターは甲建物と一体として機能している。しかるに、甲建物は乙土地の上に立つ建物

であるから、本件エレベーターは、結局のところ乙土地と物理的・機能的に一体となって存在しているといえる。

また、本件でHが負傷したことからも明らかなように、エレベーターは、設置に瑕疵があれば人の生命・身体の安全を害しうるだけの危険性を持っている。

よって、エレベーターは土地工作物といえる。

イ 設置の瑕疵

設置工事の際にボルトが締められていなかったことは、通常有すべき安全性を欠くものであり、設置の瑕疵といえる。

ウ 占有者の注意

Fは甲建物を利用していたのであるから、甲建物の占有者である。そして、Fは設置の瑕疵に対して何ら対策を講じていなかったのであるから、「必要な注意をした」(同項ただし書)とはいえない。

- (3) 以上から、717条1項の要件を満たし、HはFに対し土地工作物責任に基づく損害賠償を請求することができる。

小問(2)

1. Hの身体機能の低下および疲労の蓄積は、身体上の素因である。
- 2 (1) 身体上の素因は、過失相殺(722条2項)にあたっては原則として考慮されないと解する。なぜなら、このような事情は、多かれ少なかれ通常人に見受けられるものだからである。
- (2) もっとも、多かれ少なかれ通常人に見受けられるものとはいえない特段の事情がある場合には、被害者側の特殊事情であるから、過失相殺にあたって斟酌されると解する。
3. 本件でHにはこのような特段の事情はないから、賠償額は減額されない。

以上

〔第2問〕（配点：100）

次の文章を読んで、後記の設問に答えよ。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、携帯電話の販売を目的とする会社法上の公開会社であり、その株式をP証券取引所の新興企業向けの市場に上場している。

Aは、甲社の創業者として、その発行済株式総数1000万株のうち250万株の株式を有していたが、平成21年12月に死亡した。そのため、Aの唯一の相続人であるBは、その株式を相続した。

なお、甲社は、種類株式発行会社ではない大会社である。

2. 甲社は、携帯電話を低価格で販売する手法により急成長を遂げたが、スマートフォン市場の拡大という事業環境の変化への対応が遅れ、平成22年に入り、その経営に陰りが見え始めた。そこで、甲社の代表取締役であるCは、甲社の経営を立て直すため、大手電気通信事業者であり、甲社株式30万株を有する乙株式会社（以下「乙社」という。）との間で資本関係を強化して、甲社の販売力を高めたいと考えた。

そこで、Cは、乙社に対し資本関係の強化を求め交渉したところ、乙社から、「市場価格を下回る価格であれば、更に甲社株式を取得してよい。ただし、Bに甲社株式を手放させ、創業家の影響力を一掃してほしい。」との回答を受けた。

3. これを受けて、CがBと交渉したところ、Bは、相続税の支払資金を捻出する必要があったため、Cに対し、「創業以来のAの多大な貢献を考慮した価格であれば、甲社株式の全てを手放しても構わない。」と述べた。そこで、甲社は、Bとの間で、Bの有する甲社株式250万株の全てを相対での取引により一括で取得することとし、その価格については、市場価格を25%上回る価格とすることで合意した。

4. そこで、甲社は、乙社と再交渉の結果、乙社との間で、甲社が、乙社に対し、Bから取得する甲社株式250万株を市場価格の80%で処分することに合意した。

5. 甲社は、平成22年6月1日に取締役会を開催し、同月29日に開催する予定の定時株主総会において、（ア）Bから甲社株式250万株を取得すること及び（イ）乙社にその自己株式を処分することを議案とすることを決定した。

なお、甲社の定款には、定時株主総会における議決権の基準日は、事業年度の末日である毎年3月31日とすると定められていた。

6. 5の（ア）を第1号議案とし、5の（イ）を第2号議案とする平成22年6月29日開催の定時株主総会の招集通知並びに株主総会参考書類及び貸借対照表（【資料①】及び【資料②】は、それぞれその概要を示したものである。）等が同月10日に発送された。

なお、甲社は、B以外の甲社の株主に対し、第1号議案の「取得する相手方」の株主に自己をも加えたものを株主総会の議案とすることを請求することができる旨を通知しなかった。

7. 甲社は、同月29日、定時株主総会を開催した。第1号議案の審議に入り、甲社の株主であるDが、「私も、値段によっては買ってもらいたいですが、どのような値段で取得するつもりなのか。」と質問したところ、Cは、Bから甲社株式を取得する際の価格の算定方法やその理由を丁寧に説明した。採決の結果、多くの株主が反対したものの、Bが賛成したため、議長であるCは、出席した株主の議決権の3分の2をкаろうじて上回る賛成が得られたと判断して、第1号議案が可決されたと宣言した。

8. 続いて第2号議案の審議に入り、Cは、株主総会参考書類の記載に即して、乙社に特に有利な金額で自己株式の処分をすることを必要とする理由を説明したが、再びDが、「処分価格を市場価格の80%と定めた根拠を明らかにされたい。」と質問したのに対し、Cが「企業秘密に関わるため、その根拠を示すことはできない。」と述べて説明を拒絶したことから、審議が紛糾した。その結果、多くの株主が反対したものの、乙社が賛成したため、Cは、出席した株主の議決権の3分の2をкаろうじて上回る賛成が得られたと判断して、第2号議案が可決され

たと宣言した。

9. 甲社は、定時株主総会の終了後引き続き、同日、取締役会を開催し、Bの有する甲社株式250万株の全てを同月30日に取得すること、同月28日のP証券取引所における甲社株式の最終の価格が1株800円であったため、この価格を25%上回る1株当たり1000円をその取得価格とすることなどを決定した。これに基づき、甲社は、Bから、同月30日、甲社株式250万株を総額25億円で取得した（以下「本件自己株式取得」という。）。

なお、同年3月31日から同年6月30日までの間、甲社は、B以外の甲社の株主から甲社株式を取得しておらず、また、甲社には、分配可能額に変動をもたらすその他の事象も生じていなかった。

10. また、甲社は、同年7月20日、乙社に対し、250万株の自己株式の処分を行い、その対価として合計16億円を得た（以下「本件自己株式処分」という。）。

その後、乙社は、同年8月31日までに、50万株の甲社株式を市場にて売却した。

11. ところが、甲社において、同年9月1日、従業員の内部告発によって、西日本事業部が平成21年度に架空売上げの計上を行っていたことが発覚した。そこで、甲社は、弁護士及び公認会計士をメンバーとする調査委員会を設けて、徹底的な調査を行った上で、平成22年3月31日時点における正しい貸借対照表（【資料③】は、その概要を示したものである。）を作り直した。

調査委員会の調査結果によれば、今回の架空売上げの計上による粉飾決算は、西日本事業部の従業員が会計監査人ですら見抜けないような巧妙な手口で行ったもので、甲社の内部統制の体制には問題がなく、Cが架空売上げの計上を見抜けなかったことに過失はなかったとされた。

12. その後、甲社では、その業績が急激に悪化した結果、甲社の平成23年3月31日時点における貸借対照表を取締役会で承認した時点で、30億円の欠損が生じた。

【設問】 ①本件自己株式取得の効力及び本件自己株式取得に関する甲社とBとの間の法律関係、②本件自己株式処分の効力並びに③本件自己株式取得及び本件自己株式処分に関するCの甲社に対する会社法上の責任について、それぞれ説明しなさい。

【資料①】

株主総会参考書類

議案及び参考事項

第1号議案 特定の株主からの自己の株式の取得の件

当社は、今般、当社創業者A氏の唯一の相続人であるB氏から、同氏の有する当社株式全てについて市場価格を上回る額での売却の打診を受けました。そこで、キャッシュフローの状況及び取得価格等を総合的に検討し、以下の要領にて、市場価格を上回る額で自己の株式の取得を行うことにつき、ご承認をお願いするものであります。

- (1) 取得する相手方
B氏
- (2) 取得する株式の数
当社株式2,500,000株（発行済株式総数に対する割合25%）を上限とする。
- (3) 株式を取得するのと引換えに交付する金銭等の内容及びその総額
金銭とし、25億円を上限とする。
- (4) 株式を取得することができる期間
本株主総会終結の日の翌日から平成22年7月19日まで

第2号議案 自己株式処分の件

以下の要領にて、乙株式会社に対し、自己株式を処分することにつき、ご承認をお願いするものであります。

- (1) 処分する相手方
乙株式会社
- (2) 処分する株式の数
当社株式2,500,000株
- (3) 処分する株式の払込金額
1株当たり640円（平成21年12月1日から平成22年5月31日までの6か月間のP証券取引所における当社株式の最終の価格の平均値（800円）に0.8を乗じた価格）
- (4) 払込期日及び処分の日
平成22年7月20日
- (5) 乙株式会社に特に有利な金額で自己株式の処分をすることを必要とする理由
当社は、……（略）。

【資料②】

貸借対照表

(平成22年3月31日現在)

(単位：百万円)

科目	金額	科目	金額
(資産の部)	9,000	(負債の部)	
流動資産		(略)	
(略)		負債合計	3,000
		(純資産の部)	
		株主資本	7,000
		資本金	1,500
		資本剰余金	1,500
		資本準備金	1,500
固定資産	1,000	その他資本剰余金	—
(略)		利益剰余金	4,000
		利益準備金	500
		その他利益剰余金	3,500
		純資産合計	7,000
資産合計	10,000	負債・純資産合計	10,000

(注) 「—」は金額が0円であることを示す。

【資料③】

貸借対照表

(平成22年3月31日現在)

(単位：百万円)

科目	金額	科目	金額
(資産の部)		(負債の部)	
流動資産	6,000	(略)	
(略)		負債合計	3,000
		(純資産の部)	
		株主資本	4,000
		資本金	1,500
		資本剰余金	1,500
		資本準備金	1,500
固定資産	1,000	その他資本剰余金	—
(略)		利益剰余金	1,000
		利益準備金	500
		その他利益剰余金	500
		純資産合計	4,000
資産合計	7,000	負債・純資産合計	7,000

(注) 「—」は金額が0円であることを示す。

【出題趣旨】

本問は、甲社が特定の株主（B）から自己の株式を取得した行為（本件自己株式取得）の効力（設問①前段）及びこれに関する甲社とBとの間の法律関係（設問①後段）と、それによって取得した自己株式を乙社に処分した行為（本件自己株式処分）の効力（設問②）について、会社法の基本的な理解と論理的構成力を問うものである。併せて、本件自己株式取得及び本件自己株式処分に関して、甲社の代表取締役（C）が甲社に対して負う会社法上の責任（設問③）について、問うものである。

設問①前段では、本件自己株式取得の効力が問われている。本件自己株式取得には、⑦市場価格を超えているので「市場価格のある株式の取得の特則」（会社法第161条）の適用がなく、また、会社法上の公開会社であるため「相続人等からの取得の特則」の適用がない（同法第162条第1号）にもかかわらず、売主追加請求の通知（同法第160条第2項）を怠ったこと、④第1号議案の採決に際して議決権行使が禁止される特定の株主（同条第4項）であるBが議決権を行使したこと、という二つの手続的瑕疵について記述した上、これらの手続的瑕疵と本件自己株式取得の効力との関係について論述することが求められる。このうち、⑦の点については、自己の株式の取得に関する手続違反となるのに対し、④の点については、決議の方法が法令に違反している（同法第831条第1項第1号）と見るか、自己の株式の取得に関する手続違反の一つと見るかによって、株主総会決議取消しの訴えを提起する必要があるかどうかの違いが生ずることにも留意する必要がある。また、⑨甲社の正しい貸借対照表によれば、本件自己株式取得の効力発生日における分配可能額は5億円しかなかったので、本件自己株式取得が財源規制（同法第461条第1項第3号）に違反することを記述した上で、これと本件自己株式取得の効力との関係について論述することが求められる。⑦、④及び⑨に関する各論述によれば、本件自己株式取得の効力についての個別の論証結果が有効と無効とに分かれることがあっても、全体として、本件自己株式取得の効力をどのように考えるかについて、論理的整合性を意識しながら論述することが期待される。

次に、設問①後段の甲社とBとの間の法律関係については、まず、財源規制違反との関係で、会社法第462条の責任について記述することが求められる。また、設問①前段の結論を踏まえ、Bが受け取った金銭の扱いや本件自己株式取得の対象となった株式の帰属等について、その根拠と併せて検討することが求められる。その際、甲社が、Bから取得した自己株式を乙社に処分し、乙社がその一部を市場で売却していることから、Bが主張するであろう同時履行の抗弁権をどのように考えるかについても論ずることが求められる。

さらに、設問②の本件自己株式処分の効力については、本件自己株式処分には、⑦第2号議案の審議に際して説明義務（会社法第314条）の違反があるかどうか、④第2号議案の採決に際して特別利害関係人（乙社）が議決権を行使したことが同法第831条第1項第3号に掲げる場合に該当するかどうかについて検討した上で、これらが肯定されたとした場合に、それらが自己株式処分無効の訴え（同法第828条第1項第3号）の無効原因となるかどうかについて論述することが求められる。加えて、⑨設問①前段との関連において本件自己株式処分の対象となった自己株式がそもそも有効に取得されたものとはいえないといった瑕疵との関係についても、同様に、無効原因となるかどうかを検討することが期待される。

最後に、設問③の本件自己株式取得及び本件自己株式処分に関するCの甲社に対する会社法上の責任については、本件自己株式取得に関して、⑦同法第462条（第1項柱書又は第1項第2号）の責任と、④同法第465条第1項第3号の欠損填補責任について記述することが求められる。これらの責任の成否に関しては、Cが「その職務を行うについて注意を怠らなかった」（同法第462条第2項、第465条第1項ただし書）かどうかを検討することが求められる。さらに、本件自己株式取得及び本件自己株式処分に関して、⑨同法第423条の任務懈怠責任も問題になるが、その検討に当たっては、設問①②における論述との整合性を意識しながら、何が任務懈怠に当たるのかを分析することが求められるほか、損害額に関する論理的な記述が期待される。

民事系第2問 合格者Aさん再現答案

得点 149.16

1 第1 ①について

2 1 本件自己株式取得の効力

3 本件自己株式取得は特定の株主（会社法160条1項）からの合意による取得であり、総会の特別決議が必要である（156条1項はしら書本文・309条2項2号）。ところが、この特別決議には以下に述べるような取消事由があり、かかる瑕疵は重大なので、本件自己株式取得には無効（828条1項3号）原因があり、無効である。

8 (1) まず、特定の株主Bからの取得であるにもかかわらず、他の株主に対して自己も売主に加えるよう請求できる旨通知していない点で160条2項及び3項に反し、「決議の方法が法令...に違反」する（831条1項1号）。

11 確かに、決議にDが値段によっては自己も売主に加えてもらいたい旨発言しており（304条本文）、これに対して議長Cは丁寧に説明している（314条本文）ので、出席者は上記請求ができる旨を了知できた可能性がある。しかし、甲社のような上場会社に多い一般株主にとって、Dのかかる発言だけで上記請求権について十分に理解できるとは限らない。また、出席株主以外はDの発言すら知らないで、上記請求権の存在についてまったく了知できなかった。

18 そして、かかる瑕疵は、株主平等（109条1項）の観点から他の株主にも株式売却の機会を与えようとした160条2項及び3項の趣旨を没却するので、「重大でな」とはいえず、裁量棄却（831条2項）のおそれもない。

21 従って、取消事由となる。

22 (2) また、Bが「特定の株主」であるにもかかわらず議決権を行使している点で160条4項本文に反し、「決議の方法が法令...に違反」する（831条1項1号）。

25 そして、第1号議案は多くの株主が反対したものの、Bの賛成により可決されているので、「決議に影響を及ぼさない」瑕疵であるとはいえず、裁量棄却（831条2項）のおそれはない。

28 よって、取消事由となる。

29 (3) 以上より、本件自己株式取得は無効である。

30 2 甲社とBの法律関係

31 Bは自ら議決権を行使している以上、少なくとも1(2)の取消事由の存在について悪意であるので、本件自己株式取得の有効に対する信頼を保護する必要はない。よって、本件自己株式取得が無効である以上、甲社はBに対して250株を返還し、Bは甲社に対して25億円を返還する義務を負う。

35 第2 ②について

36 1 本件自己株式処分は市場価格より20%も安い価格で行われている。これはAの創業者としての多大な貢献を考慮したとしても「特に有利な金額」（199条3項）であるので、総会の特別決議が必要である（201条1項・199条2項、同3項）。しかるに、この特別決議には以下に述べるような取消事由があり、かかる瑕疵は重大なので、本件自己株式取得には無効（828条1項2号）原因があり、無効である。

42 (1) まず、有利発行を必要とする理由について説明が不十分である点で、199条3項に反し、「決議の方法が法令...に違反」する（831条1項1号）。

44 確かに、株主総会参考書類（資料□）には、理由について説明が記載されている。しかし、Dが決議当日に理由について説明していることから、かかる記載では不十分だったと推認される。

そして、Dの質問に対して、Cは企業秘密を理由に説明(314条本文)を拒否している。これは、本件自己株式処分が甲社と乙社の業務提携の一環としてなされたため、説明により甲社の企業戦略が明らかになり、「共同の利益を著しく害する」(314条ただし書)、あるいは「会社...の権利を侵害」する(規則71条2号)ことになるとの理由によると考えられる。しかし、乙社に対し250株もの多くの株を売却することが株主総会で明らかにされた以上、甲社が乙社との業務提携を考えていることは明らかであり、さらに戦略上秘密にしなければならないことがあるとは考えられない。

よって、Cの説明拒否は199条3項に反し、取消事由となる。

(2) また、乙社は有利発行の相手方であり株主としての地位を離れた個人的利害関係を有するといえるので、「特別の利害関係を有する者」(831条1項3号)にあたる。そして、第2号議案は多くの株主が反対したものの乙社の賛成により可決されたのだから、乙社が「議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がされた」といえる。

よって、831条1項3号の取消事由がある。

2 以上より、本件自己株式処分は無効である。

第3 ③について

1 本件自己株式取得に関する責任

甲社には本件自己株式取得をした後に30億円の欠損が生じており、CはBに対して交付した25億円を甲社に対して支払う責任を負う(465条1項2号、3号)。

そして、Cは、第1で述べたように無効原因を有する本件自己株式取得を実行している以上、「注意を怠らなかったことを証明」できるとはいえない(465条1項はしらすただし書)。

従って、上記責任を負う。

2 本件自己株式処分に関する責任

Cは、本件自己株式処分が適正な価格で行われた場合に得られたであろう金額と16億円との差額につき、423条1項により甲社に対して支払う責任を負う。

確かに、粉飾決算による貸借対照表(資料②)の間違いについてはCに過失があるとはいえず、事実の認識に不注意があったとはいえない。しかし、第1で述べたように無効原因を有する本件自己株式処分を実行している以上、判断内容に不合理があるといえ、「任務を怠った」といえる。

よって、上記責任を負う。

民事系第2問 合格者Bさん再現答案

得点 149.61

1 第1 問①

2 1 本件自己株式取得の効力

3 自己株式の取得は、会社法 155 条所定の場合に限定される所、本問甲の
4 B からの本件取得は同条 3 号の場合に該当し、156 条 1 項・160 条 1 項・309
5 条 2 項 2 号による株主総会の特別決議が必要になる。

6 しかし、本件では、本件取得に関する株主総会決議につき、以下の二
7 つの瑕疵が存するので、法定の要件を欠くことになり、無効にならないか
8 が問題となる。

9 (1) すなわち、甲社は、株式取得の相手方である B 以外の株主に対し、取
10 得する相手方に自己をも加えたものを株主総会の議案とすることを請
11 求することができる旨を通知していない。よって、160 条 2 項・3 項の
12 規定に反する瑕疵が認められ、本件株主総会の招集手続きには法令違反
13 が存する (831 条 1 項 1 号)。

14 (2) また、本問 B は、自らの有する株式を甲に取得してもらえる点で、他
15 の株主とは独立した利益が認められ、「特別の利害関係を有する者」(831
16 条 1 項 3 号) にあたる。そして、市場価格を 25% も上回る価格での取得
17 を認める点で、かかる承認決議は、会社財産の不当な減少を招く危険の
18 観点より、「著しく不当な決議」と言える。加えて、本件では、多くの
19 株主が反対したものの、大株主である B が賛成したために承認決議が可
20 決されており、因果関係を示す「よって」の要件もみえず。よって、本
21 件株主総会決議には、831 条 1 項 3 号の瑕疵も認められる。

22 以上のように、本件株主総会には、決議取消事由に該当する瑕疵が存
23 在する。よって、決議を取消せば、遡及的にかかる決議がなかったこと
24 になる (834 条 17 号・839 条 反対)。

25 そこで、かかる株主総会決議なしになされた自己株式取得の効力をい
26 かに解すべきか、が問題となる。

27 この点、法定の要件を欠く以上、かかる取得の効力は、原則として無
28 効になると解する。

29 もっとも、株主総会の決議を法が要求した趣旨は、会社の利益保護に
30 あるため、かかる決議を欠くことを理由とする無効は、会社の側のみが
31 主張できる相対的無効であると考ええる。

32 よって、相手方である B の側から無効を主張することはできない。

33 そして、本件では、甲社は取得した株式を、自ら第三者である乙社に
34 譲渡してしまっているので、かかる乙の株式取引の安全に配慮する必要
35 がある。そこで、本件のように取得した株式を自ら他者に譲渡した甲は、
36 禁反言 (民法 1 条 2 項) 的な見地より、もはや取得の無効を主張しえな
37 いと考える。

38 よって、本件取得については無効を主張することができる者が存在し
39 ないことになるので、結局本件取得の効力は有効となる。

40 2 甲と B との間の法律関係

41 前述のように、本件自己株式取得の効力は、有効と同じことになるので、
42 甲は取得した 250 万株に対応する代金である 25 億円を支払う義務を負
43 う。

44 第2 問②

45 1 本件自己株式処分については、その承認決議 (199 条 2 項・3 項・309
46 条 2 項 5 号) につき、以下の二つの瑕疵がある。

- 47 (1) まず、本件処分は市場価格の80%の価格という、「特に有利な金額」(199
48 条3項)によるものである所、甲社の代表取締役Cは特に有利な金額に
49 による処分が必要な理由は説明しているものの、株主総会において株主D
50 から処分価格の根拠につき更なる説明を求められた(314条)際に、そ
51 れを拒絶している。

52 この点、314条の趣旨は、株主に必要な情報を開示して株主の適切な
53 議決権行使を確保する点にあるので、同条によって要求される説明の程
54 度は、平均的な株主が議決権行使をなすのに必要な程度の説明が必要
55 であると考えられる。

56 しかし、本問では、Cは企業秘密に関わるとのみ述べて具体的な説
57 明を拒絶しているので、かかる説明義務を果たしたとは言えない。

58 よって、本件決議には、決議の方法に法令(314条)違反が認められ
59 る(831条1項1号)。

- 60 (2) また、乙は本件自己株式の処分を受ける相手方ゆえ、「特別の利害関係」
61 を有する株主にあたる。

62 そして、市場価格の80%の価格による処分という「著しく不当な決議」
63 につき、多くの株主が反対したものの、大株主である乙が賛成の議決権
64 を行使したこと「によって」可決の決議がなされている。

65 よって、本件決議には、831条1項3号の瑕疵も認められる。

- 66 2 そこで、かかる決議につき取消せば、遡及的に決議がなかったことにな
67 るので(839条反対)、法定の要件(199条2項・3項)をみたさない自己
68 株式処分の効力をいかに解するか問題となる。

69 この点、自己株式処分の場合も多数の利害関係人が生じ得るので、自己
70 株式処分の相手方の取引安全に配慮する必要がある。

71 よって、かかる自己株式処分の効力自体は有効であり、本件自己株式の
72 効力も有効と解する。

73 第3 問③

- 74 1 自己株式取得に関する責任

75 自己株式の取得については、会社財産確保の見地より、財源規制の規定
76 が存在する(461条1項2号・同条2項)。

77 しかし、本件では本来の甲社の利益剰余金は10億円であり(資料③)、
78 25億円でなされた本件自己株式取得は、かかる財源規制の規定に違反する。

79 よって、かかる自己株式取得を甲社の代表取締役として行ったCは「業
80 務執行者」(462条1項柱書)として、Bが交付を受けた25億円につき甲
81 社に対して支払い責任を負うことになりそうである。

82 もっとも、本件で架空売上げの計上による粉飾決算は、会計監査人です
83 ら見抜けないほど巧妙な手口で行われたものであり、これを見抜けなかつ
84 た点につきCには落ち度はない。よって、Cは自らが職務を行うについて
85 注意を怠らなかったことを証明することによって、かかる支払い責任を免
86 れることができる(462条2項)。

- 87 2 自己株式処分に関する責任

88 Cは、市場価格を20%も下回る安価で自己株式を処分した点につき、甲
89 社に対して423条1項に基づく責任を負うか。

- 90 (1) この点、本問では甲社には16億円の対価の金銭が流入しており、甲社
91 に何ら「損害」は生じていないとも思える。しかし、市場価格で処分し
92 ていれば本来得られたであろう得べかりし利益との間の差額分につき、

93 甲社には損害の発生を観念できる。

94 (2)では、本問甲に任務懈怠は認められるか。

95 この点、取締役は会社に対して善管注意義務を負う所（355条・民法
96 644条・355条、同質説）、取締役の経営の専門家としての地位に鑑み、
97 その経営判断として著しく不合理な場合にのみ、かかる義務違反が認め
98 られると考える。

99 本問では、甲社は経営不振状態にあり、かかる状況下で、大株主であ
100 る乙社と資本提携を強化するために自己株式を処分することは、若干価
101 格が安価であっても経営判断として著しく不合理であるとまでは言え
102 ない。

103 よって、Cには、本件自己株式処分につき任務懈怠は認められず、C
104 は甲社に対してこの点に付き責任を負わない。

105 以上
106
107

民事系第2問 合格者Cさん再現答案

得点 158.54

第1 問①

1 前段

- (1) 本件自己株式取得は、以下の違反があり無効ではないか。
- (2) 甲社は、公開会社であるので、Bが相続人であるとしても、株式を取得する場合には、株主に自己を売り主に加えることを請求できる旨を通知する必要があるが、本件ではそれが通知されていないので、その点について取得手続きに違反がある（160条2項、3項、1項、162条1号）。
- (3) また、Bは株式の取得時効の決定に関する株主総会で議決権を行使することができないが（160条4項）、行使しているので、その点についても取得手続きに違反がある。
- (4) そして、上記のような手続き違反は、株主に重大な影響を与えるので、無効である。
- よって、本件自己株式の取得は無効である。

2 後段

- (1) 本件自己株式取得が無効である場合には、甲社側からはその無効主張をすることができるが、Bの側からは無効主張をすることはできない。
- なぜなら、自己株式取得規制は、株主保護の規制であり、相手方に無効主張を認める必要はないからである。
- よって、本件では以下会社側から無効主張がされたことを前提に考えることにする。
- (2) まず、甲社は、Bに交付した25億円の不当利得返還請求をすることができる（民法703条）。25億円の利得については法律上の原因がないからである。
- (3) これに対しては、Bとしては、取得された株式が甲社の手元にあればその返還請求をすることができるが（民法703条）、本件では取得された株式は処分されているので、右請求をすることができない。
- そこで、価額賠償を請求することが考えられる。
- その額は、不当利得法の公平の理論から、取得時の市場価額であると解されるので、本件では、20億円である。
- (4) そして、Bの上記請求権と甲の上記請求権は、相殺することができるので（民法505条）、甲はその差額5億円の返還をBに対してすることができる。

第2 設問②

- 1 本件自己株式処分は、市場価額の80パーセントでされることになっているので、これは有利発行であり、株主総会の決議が必要である（201条、199条2項、3項）。しかし、以下のように有効な株主総会決議を経ないため、本件自己株式処分は無効である。
- 2 まず、株主Dの処分価額を80パーセントに定めた根拠を明らかにされたという質問に対して、Cは企業秘密に当たるとして拒否しているが、これは説明義務を定めた314条に反する。
- なぜなら、説明義務は株主の議決権行使を適正にするためにあるが、有利発行の価額については議決権行使をする際に特に必要な事項であるし、企業秘密に当たるとも言えず、拒否事由ともならないからである（314条、規則71条2号）。

47 3 また、Zは有利発行の買い受け人であり、自己の利害を捨てて会社のため
48 に議決権を行使することはできないので、特別利害関係人に当たる。そして、
49 上記のように説明義務違反があるので、著しく不当な決議がされたといえる。
50 よって、本件株主総会決議には取消しすべき瑕疵がある(831条1項3号)。

51 4 上記のように有効な決議のない本件自己株式取得は、内部的意思決定の欠
52 缺にすぎないので、原則として有効である。

53 しかし、取引の安全を考慮する必要がある場合には、有効にする必要は
54 ないので、無効になると解される。

55 本件では、Zは、取得した株式の一部を市場にて売却しており、取引の安
56 全を考慮する必要があるので、原則通り有効となる。

57 第3 設問③

58 1 Cは30億円の欠損について及び自己株式取得額と処分額の差額9億円の
59 損害について423条に基づく損害賠償責任を負うか。

60 2 まず、Cは取締役なので「役員等」に当たる(同条1項)。

61 3 次に、「任務を怠った」とは、取締役を法令を遵守する義務があるので、
62 法令違反をゆうと解される。

63 本件では、上記のように自己株式取得手続き及び自己株式処分手続きにお
64 いて法令違反があり、さらに、資料②の貸借対象表という計算書類の虚偽記
65 載という法令違反がある。

66 よって、Cは「任務を怠った」といえる。

67 4 そして、423条は債務不履行責任の特則であり、かつ、428条1項の
68 反対解釈により、故意又は過失が要件となる。

69 本件では、自己株式取得及び自己株式処分の点についてはCは適正な手続
70 きにそって行うべきであり、法を知るべきなので、少なくとも過失が認めら
71 れる。もっとも、貸借対象表の虚偽記載の点については、巧妙な手口で行わ
72 れたものであり、Cが架空売り上げを見抜けなかったことに過失はなく、虚
73 偽記載したことについても過失はない。

74 5 次に、損害との因果関係を過失のある任務懈怠についてのみ考えると、差
75 額である9億円については因果関係があるが、欠損60億円については因果
76 関係がない。

77 6 以上のように、Cは9億円の損害について423条により賠償する責任を
78 負う。

79 以上。

80
81

民事系第2問 不合格者Dさん再現答案

〔設問①〕

第1 本件自己株式取得の効果について

1. 自己株式を取得することは、実質的に会社の資本充実に害しうるため、一定の事由がある場合のみ許容され、原則的に禁止されている(会社法155条)。本件では、甲社が株主Bとの合意に基づいて自己株式を有償取得しようとしているから、156条1項の要件を満たせば、自己株式の取得は許されることになる(155条3号)。
2. そこで、156条1項について検討する。
 - (1) まず、本件では、平成22年6月29日の株主総会にて、「取得する株式の数」(156条1項1号)を250万株と定めている(第1号議案(2))。
 - (2) 次に、同総会にて、「株式を取得するのと引換えに交付する金銭等」(156条1項2号)を金銭25億円と定めている(第1号議案(3))。
 - (3) 「株式を取得することができる期間」(156条1項3号)は、平成22年7月19日までと定めている(第1号議案(4))。
 - (4) そして、本件では自己株式をBという特定の株主から取得しようとするものであるから、以上の事項につき株主総会特別決議が必要であるところ(156条1項柱書、160条1項、309条2項2号)、本件では、株主の議決権の2/3を上回る多数の賛成を得られているから、特別決議がなされたといえる。
3. 以上から、156条1項の手続きを履践しており、本件自己株式取得は有効である。

第2 甲社とBとの法律関係

1. もっとも、本件では上記特別決議につき、自己株式取得の相手方たるBが参加して賛成票を投じており、かつ、多くの株主は本件自己株式取得に反対していた。そこで、特別利害関係人によって著しく不当な決議がなされたものとして、本件株主総会決議は取消しうるものなのではないか(831条1項3号)。
2. そこで、831条1項3号について検討する。
 - (1) 特別利害関係人について
「特別の利害関係を有する者」とは、株主としての資格を離れて利害関係を有する者をいうと解する。
本件では、Bは甲社株式の自己株式取得の相手方であるから、単なる一般株主とは異なり、本件自己株式取得を実現させることに私的利益がある。また、取得対価が、市場価格の25%増しというBにとってかなり有利な値であるから、とりわけ本件自己株式取得によってBは私的利益を追求することが可能となる。
そうすると、Bはもはや株主としての資格を離れて利害関係を有しているといえ、特別利害関係人にあたる。
 - (2) 著しく不当な決議
ア 831条1項3号は、株主の議決権が自己の意見を会社に反映させる重要な権利であることに鑑みて、原則として特別利害関係人であっても議決権を行使できることとし、「著しく不当な決議」があった場合にのみ例外的にその議決権を排除することとしている。このような831条1項3号の趣旨からすれば、「著しく不当な決議」とは、特別利害関係人が議決権を行使しなかった場合に得られたであろう決議の内容と比較して著しく合理性を欠く決議を意味するものと解する。

47 イ 本件では、多くの株主が本件自己株式取得に反対していた。それに
48 もかかわらず株主の議決権の 2/3 を上回る賛成を得られたのは、保有
49 割合 25%もの大株主である B が賛成票を投じたからである。そうだと
50 すれば、特別利害関係人たる B が議決権を行使しなければ、本件自己
51 株式取得にかかる第 1 号議案は、否決されていたと考えられる。

52 そして、上述のように、本件自己株式取得は市場価格の 25%増し
53 もの対価で自己株式を取得するというものである。だとすれば、本件
54 決議内容は、会社財産の犠牲のもとに B を特に利するものであり、B
55 が議決に加わらなかった場合に得られたであろう反対の決議と比較す
56 ると、著しく不合理であるといえる。

57 ウ よって、本件決議は、「著しく不当な決議」にあたる。

58 (3) 以上から、本件では 831 条 1 項 3 号の要件を満たし、決議は取消しう
59 るものとなる。

60 3. したがって、決議取消しの訴えが提起され、認容判決が確定した場合には、
61 第 1 号議案は無効となり、甲社は B に取得した本件自己株式取得を返還し、
62 また B は対価として受け取った 25 億円を甲社に返還しなければならない。

64 「設問②」

65 1. 甲社は、乙社へ本件自己株式を処分するにあたって、株主の議決権の 2/3
66 を上回る賛成を得ているから、特別決議があったといえ、自己株式処分の手
67 続きを履践しているように思われる。

68 2 (1) しかし、同特別決議を得た株主総会においては、次のような経緯が
69 あった。すなわち、本件自己株式処分に関する第 2 号議案に反対の株
70 主である D が、処分価格を市場価格の 80%もの低廉な額に設定したこ
71 とにつき根拠を示すよう議長に質問を行ったところ、議長 C は「企業
72 秘密に関わるため」と説明するのみで、それ以上の説明を行わなかつ
73 た。このような状況のもと、決議がなされるに至った。

74 そうだとすれば、取締役の説明義務 (314 条) に違反するものとし
75 て、第 2 号議案にかかる本件決議は無効なものではなかろうか。

76 (2) そこでまず、314 条に違反したといえるかどうかが問題となる。

77 314 条が取締役等に説明義務を課した趣旨は、株主の議決権が自己
78 の意見を会社に反映させる重要な権利であることに鑑み、議決権行使
79 の上で必要となる前提知識や情報を株主に提供しようとしたことに
80 ある。そうだとすれば、説明義務に違反したといえるかどうかは、合
81 理的な判断能力を有する通常の株主が合理的判断を行うために必要
82 となる程度の説明を行ったかどうかによって判断すべきである。

83 本件では、C は「企業秘密に関わるため」としか説明をしていない。
84 確かに、甲社としては、企業秘密として多くを開示できないこともあ
85 ろう。しかし、どのような点が、どのような意味で企業秘密にあたる
86 のかという程度の説明はできたはずであり、ただ「企業秘密に関わる」
87 と漫然と述べるだけでは明らかに不十分である。これでは、全く説明
88 をしていないのと同じであり、合理的判断を可能ならしめるだけの情
89 報が株主に提供されたとは到底いうことができない。

90 したがって、本件では、合理的な判断能力を有する通常の株主が合
91 理的判断を行うために必要となる程度の説明がなされたとはいえず、
92 314 条違反があると認められる。

- 93 (3) では、314条違反という決議方法の瑕疵は本件決議を無効ならしめ
94 るものか。

95 会社は株主総会の決議を前提にして法律関係を堆積していくもの
96 だから、たとえ瑕疵があっても、軽微な瑕疵にすぎないのにこれを無
97 効としたのでは法的安定が著しく害される。そこで、重大な瑕疵の場
98 合に限ってのみ、決議は無効になるものと解する。

99 そこで本件について検討するに、第2号議案の決議には確かに314
100 条違反の瑕疵がある。しかし、たとえば虚偽の情報を提示したという
101 ような積極的な違反があるわけではなく、説明を怠ったという消極的
102 な違反があるにすぎない。だとすれば、これを不信に思う株主として
103 は、議決権行使として反対票を投じれば足りるはずであり、こうすれ
104 ば株主としては自己の意見を適切に会社に反映できたことになる。

105 したがって、本件における同条違反の瑕疵は、重大な瑕疵とはいえ
106 ない。

- 107 3. 以上から、本件決議は、決議取消しの訴えがなされた場合に取消されるか
108 どうかはともかく、有効である。

109
110 [設問③]

- 111 1. 本件では、自己株式の取得および処分がなされた後になって、架空売上げ
112 の計上による粉飾決算の事実が発覚し、よって30億円の欠損が生じている。

113 そこで、代表取締役であるCは、欠損につき責任を負うのではないか。

- 114 2. そこで、欠損の補填に関する465条について検討する。

- 115 (1) 自己株式取得につき、156条・157条の場合に該当するから、465
116 条1項3号にあたるといえる。

- 117 (2) 代表取締役であるCは、「業務執行者」にあたる。

- 118 (3) ア しかし、同条の責任は、業務執行者が職務を行うについて注意を
119 怠らなかった場合には生じない(465条1項柱書ただし書)。Cに任
120 務懈怠はあるか。

121 イ まず、本件では、粉飾決算を会計監査人ですら見抜くことができ
122 ない巧妙な手口によるものだった。会計監査人とは公認会計士また
123 は監査法人であるところ、このような会計の専門家ですら見抜けな
124 いような巧妙な手口によるものであれば、代表取締役たるCが粉飾
125 の事実を見抜けなかったとしても、職務を行うについて注意を怠っ
126 たとはいえない。

127 ウ また、甲社は大会社であるから、内部統制システムの構築が義務
128 付けられるところ(362条5項、4項6号、会社法施行規則100条)、
129 本件では甲社の内部統制の体制には問題がなかったのであるから、
130 この点につき注意を怠ったとはいえない。

131 エ そうすると、Cには、任務懈怠はなかったといえる。

- 132 3. 以上から、Cは465条1項の欠損填補責任は負わない。

133 以上
134
135

【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、3：4：3）

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。

【事例1】

Aは、医師であり、個人医院を開設しているが、将来の値上がりを期待して、近隣の土地を購入してきた。しかし、同じ市内に開設された総合病院に対抗するために、平成19年5月に借入れをして高価な医療機器を購入したにもかかわらず、Aの医院の患者数は伸び悩み、Aは、平成21年夏頃から資金繰りに窮している。

Bは、Aの友人であり、Aが土地を購入するに際して、購入資金を貸与するなどの付き合いがある。Bは、かねてAから、甲土地は実はAの所有地である、と聞かされてきた。Cは、Aの弟D（故人）の子であり、Dの唯一の相続人である。

甲土地の所有権登記名義は、平成14年3月26日に売買を原因としてEからDに移転している。

Bは、弁護士Pに依頼し、Dの単独相続人であるCを被告として、Aの甲土地の所有権に基づき、甲土地についてDからAへの所有権移転登記手続を請求して、平成22年12月8日に訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟1」という。）。

平成23年1月25日に開かれた第1回口頭弁論期日において、Pは、次のような主張をした。

- ① Bは、平成17年6月12日に、Aに対して、平成22年6月12日に元本1200万円に利息200万円を付して返済を受ける約束で、1200万円を貸し渡した。
- ② 平成22年6月12日は経過した。
- ③ Aは、甲土地を現に所有している。
- ④ 甲土地の所有権登記名義はDにある。
- ⑤ Aは、無資力である。
- ⑥ CはDの子であるところ、Dは、平成18年5月28日に死亡した。

これに対して、Cは、同期日において、「②③④⑥は認めるが、①⑤は知らない。」旨の陳述をした。

裁判官が、Pに対して、①の消費貸借契約について契約書があるかどうか質問したところ、Pは、「作成されていない。」と返答した。裁判官は、Pに対して、次の口頭弁論期日に①と⑤の事実を立証するよう促した。

第1回口頭弁論期日が終了した後、Cは、弁護士Qに訴訟1について相談し、Qを訴訟代理人に選任した。

平成23年3月8日に開かれた第2回口頭弁論期日において、Qは、次のような陳述をした。

- ⑦ 甲土地は、Eがもと所有していた。
- ⑧ 平成14年2月26日、Aは、Eとの間で、甲土地を2200万円で購入する旨の契約を締結した。
- ⑨ Aは、⑧の契約を締結するに際して、Dのためにすることを示した。
- ⑩ 同年2月18日、Dは、Aに対して、甲土地の購入について代理権を授与した。

裁判官がQに対して、新たな陳述をした理由をただしたところ、Qは、次のように述べた。

Dが死亡した後、Cは、事あるごとに、Aから、「甲土地は、Dのものではなく、Aのものだ。」と聞かされてきたので、それを鵜呑みにしてきました。しかし、私が改めてEから事情を聴取したところ、新たな事実が判明したので、甲土地の所有権がEからDへ、DからCへと移転したと主張する次第です。

Pは、①と⑤の事実を証明するための文書を提出したが、⑦⑧⑨⑩に対する認否は、次の口

頭弁論期日まで留保した。

以下は、第2回口頭弁論期日の数日後のPと司法修習生Rとの会話である。

P：第2回口頭弁論期日でのQの陳述について検討してみましょう。

Qが、甲土地の所有権がEからDへ、DからCへと移転したと主張したので、Aに問い合わせてみました。すると、Aからは、Dから代理権の授与を受けたことはないし、Aが甲土地の購入資金を出した、という説明を受けました。Aによると、EはDの知人で、AはDの紹介でEから甲土地を購入したが、後になって思うと、DとEは共謀してAをだまして、甲土地の所有権登記名義をDに移したようだ、とのことでした。しかし、Aは、弟や甥を相手に事を荒立てるのはどうかと思い、Cに対して所有者がAであることを告げるにとどめ、登記は今までそのままにしていたそうです。

以上のAの説明を前提にすると、次の口頭弁論期日では、⑨と⑩を争うことが考えられます。

しかし、そもそもQの⑨と⑩の陳述は、Cが第1回口頭弁論期日で③を認めたことと矛盾しています。そこが気になっているのです。

R：第1回口頭弁論期日で「甲土地は、Aが現に所有している。」という点に権利自白が成立しているにもかかわらず、第2回口頭弁論期日でのQの陳述は、甲土地をAが現に所有していることを否定する趣旨ですから、権利自白の撤回に当たるといえるのでしょうか。

P：そのとおりです。もしそのような権利自白の撤回が許されないとする、⑨と⑩についての認否が要らないことになります。ですから、私としては、被告側の権利自白の撤回は許されない、と次の口頭弁論期日で主張してみようかと思っています。そこで、あなたにお願いなのですが、このような私の主張を理論的に基礎付けることができるかどうか、検討していただきたいのです。

R：はい。しかし、考えたことのない問題ですので、うまくできるかどうか……。

P：確かに難しそうな問題ですね。事実の自白の撤回制限効の根拠にまで遡った検討が必要かもしれません。「理論的基礎付けは難しい。」という結論になってもやむを得ませんが、ギリギリのところまで「被告側の権利自白の撤回は許されない。」という方向で検討してみてください。では、頑張ってください。

【設問1】 あなたが司法修習生Rであるとして、弁護士Pから与えられた課題に答えなさい。

【事例1（続き）】

F銀行は、Aの言わばメインバンクであり、Aに対して医療機器の購入資金や医院の運転資金などを貸し付けてきた。現在、Fは、Aに対して2500万円の貸付金残高を有している。訴訟1が第一審に係属していることを知ったFがその進行状況を調査したところ、BがBA間の消費貸借契約締結の事実（①の事実）やAの無資力の事実（⑤の事実）の立証に難渋している、との情報が得られた。そこで、Fは、Aに甲土地の所有権登記名義を得させるために、自らも訴訟1に関与することはできないかと、弁護士Sに相談した。Sは、Bの原告適格が否定される可能性があることを考慮すると、補助参加ではなく当事者として参加することを検討しなければならないと考えたが、どのような参加の方法が適当であるかについては、結論に至らなかった。

【設問2】 Fが訴訟1に参加する方法として、独立当事者参加と共同訴訟参加のそれぞれについて、認められるかどうかを検討しなさい。ただし、民事訴訟法第47条第1項前段の詐害防止参加を検討する必要はない。

【事例2】

Kは、乙土地上の丙建物に居住している。Kの配偶者は既に死亡しているが、KにはLとMの2人の嫡出子があり、共に成人している。このうち、Lは、Kと同居しているが、遠く離れた地方に居住するMは、進路についてKと対立したため、KやLとほとんど没交渉となっている。

乙土地の所有権登記名義はKの旧友であるNにあり、丙建物の所有権登記名義はKにある。

Nは、Kを被告として、平成22年9月2日、乙土地の所有権に基づき、丙建物を収去して、乙土地をNに明け渡すことを請求して、訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟2」という。）。なお、訴訟2において、NにもKにも訴訟代理人はいない。

平成22年10月12日に開かれた第1回口頭弁論期日において、次の事項については、NとKとの間で争いがなかった。

- ・ 乙土地をNがもと所有していたこと。
- ・ Kが、丙建物を所有して、乙土地を占有していること。
- ・ 平成10年5月頃、Nが、Kに対して、期間を定めずに、乙土地を、資材置場として、無償で貸し渡したこと。
- ・ 平成22年9月8日、Nが、Kに対して、乙土地の使用貸借契約を解除する旨の意思表示をしたこと。

同期日において、Kは、平成17年12月頃、NとKとの間で乙土地の贈与契約が締結されたと主張し、Nは、これを否認した。さらに、Kは、KとNとの間で乙土地をKが所有することの確認を求める中間確認の訴えを提起した。

平成22年10月16日、Kは交通事故により死亡し、LとMがKを共同相続し、それぞれについて相続放棄をすることができる期間が経過した。平成23年3月7日、NがLとMを相手方として受継の申立てをし、同年4月11日、受継の決定がされた。

平成23年5月10日に開かれた第2回口頭弁論期日において、Lは争う意思を明確にしたが、Mは「本訴請求を認諾し、中間確認請求を放棄する。」旨の陳述をした。

以下は、第2回口頭弁論期日終了後の裁判官Tと司法修習生Uとの会話である。

T：今日の期日で、Mは本訴請求の認諾と中間確認請求の放棄をしましたね。

U：はい。しかし、Lは認諾も放棄もせず、Nと争うつもりそうですね。

T：Lがそのような態度をとっている場合に、Mのした認諾と放棄がどのように扱われるべきかは、一考を要する問題です。この問題をあなたに考えてもらうことにしましょう。

なお、LとMが本訴被告の地位と中間確認の訴えの原告の地位を相続により承継したことによって、本訴請求と中間確認請求がどうなるかについては議論のあるところですが、当然承継の効果として当事者の訴訟行為を経ずに、本訴請求の趣旨は「L及びMは、丙建物を収去して、乙土地をNに明け渡せ。」に、中間確認請求の趣旨は「L及びMとNとの間で、乙土地をL及びMが共有することを確認する。」に、それぞれ変更される、という見解を前提としてください。

このような本訴請求の認諾と中間確認請求の放棄の陳述をMだけがした場合に、この陳述がどのように扱われるべきか、考えてみてください。その際には、判例がある場合にはそれを踏まえる必要がありますが、それに無批判に従うことはせずに、本件での結果の妥当性などを考えて、あなたの意見をまとめてください。

【設問3】 あなたが司法修習生Uであるとして、裁判官Tから与えられた課題に答えなさい。

〔出題趣旨〕

〔設問1〕は、第1回口頭弁論期日において、Pがした「Aは、甲土地を現に所有している。」
③という陳述につき、Cが認める旨の陳述をしたことが、権利自白に当たることを前提にして、
第2回口頭弁論期日において、Cの訴訟代理人Qが、③の陳述と矛盾する陳述⑨⑩をしたことが、
許されない権利自白の撤回として扱われるべきかどうかを、原告Bないしその訴訟代理人Pの立場
から検討することを求める問題である。その際には、PとRの会話におけるPの最後の発言で示唆
されているように、事実の自白の撤回制限効の根拠に遡って検討することが求められる。換言すれ
ば、事実の自白の撤回制限効の根拠論が、権利自白に類推できるかどうかを検討することが、本問
の題意である。

まず、事実の自白の撤回制限効の根拠であるが、少なくとも主要事実の自白には、審判排除効や
証明不要効（民事訴訟法第179条）が生ずることには、見解の一致がある。この審判排除効や証
明不要効が生ずることによって、自白した当事者の相手方は当該主要事実について証明を免れると
いう有利な地位を得ることになる。自白の撤回が許されるとすると、相手方はこの有利な地位を覆
され、立証の負担を負うことになる。伝統的な見解は、以上のような観点から主要事実の自白の撤
回は制限されると説いてきた。この根拠論においては、主要事実の自白の裁判所に対する効力が、
撤回制限効の前提とされている。

したがって、権利自白の撤回を論ずるに際しては、Cがした権利自白に裁判所に対する何らかの
効力が生ずるか、検討する必要がある。その際には、権利自白の一般論も必要であるが、所有権の
所在についての自白には、権利自白の中でも特段の考慮が必要であることに言及されるべきである。
つまり、所有権の所在が権利義務その他の法律関係の中でも一般人による判断が比較的容易である
ことだけではなく、所有権の承継に伴う問題点を考慮に入れなければならない。

すなわち、特定人が特定物の所有者であることについて肯定的な判断を下すためには、本来であ
れば、直近の原始取得者が原始取得をするための主要事実が主張・立証された上で、その後の承継
取得の主要事実が全て主張・立証される必要がある。しかし、以上のような諸事実は、立証するこ
とが困難であるだけでなく、そもそも主張することすら困難である場合がある。そこで、実務に
おいては、ある者が所有者であると主張する当事者は、両当事者の間で争いのない現在又は過去の
所有者を起点として、必要があればその者以降の承継取得の主要事実を主張すれば足りる、という
扱いがされているのである。したがって、この実務の扱いにおける「起点として」とは、裁判所に
対するどのような効力を意味しており、そして、そのような効力が、権利自白には原則として効力
が認められないという一般論（法的な判断・評価は裁判所の専権であることを根拠として、伝統的
にはこのように解されてきた。）との関係で、いかに正当化されるかが検討されなければならない。
さらに、裁判所に対する効力が正当化されるとしても、事実の自白にはない権利自白に固有の性質
から、撤回制限効を認めないという議論が成り立つかどうかとも検討されなければならない。

これに対して、（主要）事実の自白について認められている撤回が許容される例外的な事由が、
本問の事例において認められるかどうかは、Cのした権利自白に撤回制限効が肯定されて初めて問
題になるものであるから、これらの事由の有無を検討することには、題意においては副次的な位置
付けしかない。

また、本問は「被告側の権利自白の撤回は許されない」という方向からの検討を求めるものであ
るから、党派的な議論が求められる。もっとも、ここで求められる党派的な議論とは、一面的にB
ないしPに有利な議論をすることではなく、相手方からの反論を想定し、それに対する批判的な検
討を試みることである。

〔設問2〕は、訴訟1におけるBの当事者適格が認められない可能性があることを前提に、Fが
訴訟1に当事者として参加する方法として、いわゆる権利主張参加（民事訴訟法第47条第1項後
段）と共同訴訟参加（民事訴訟法第52条）のそれぞれについて、その許否を検討することを求め
る問題である。

まず、その前提として、訴訟1における原告Bは、Aに対する貸金債権に基づき代位債権者とし

てAに代位している法定の訴訟担当者であり、訴訟1の訴訟物は、AのCに対する甲土地の所有権に基づく甲土地の移転登記請求権であることが確認されなければならない。そして、Fが当事者として参加する場合も、同じく代位債権者（法定の訴訟担当者）として、AのCに対する甲土地の所有権に基づく甲土地の移転登記請求権を訴訟物とする請求を立てることになることも確認されなければならない。

次に、権利主張参加の許否であるが、権利主張参加は参加人が「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」という要件を満たす場合に許容される。権利主張参加の趣旨は、訴訟の目的についての権利に関する三者間の法律関係を矛盾なく解決することにあることから、この要件は原告の請求と参加人の請求が法律上非両立の関係にあることを意味すると考えられている。

そこで、本問の事例において、この要件が満たされているかどうかを判断することになるが、その際に、訴訟物が同一であることだけでこの要件が満たされていないとはいえないことに注意が必要である。というのも、判例（最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁）・通説によれば、被保全債権と被代位債権の双方が金銭債権である債権者代位訴訟に、被保全債権の存在を争う債務者が、自らに被代位債権を弁済することを求めて権利主張参加をすることが肯定されているからである。そこでは、訴訟物が同一であるにもかかわらず、原告と参加人の原告適格が非両立であるために、代位債権者（原告）の第三債務者（被告）に対する請求と債務者（参加人）の被告に対する請求の双方が同時に認容されることはない、という関係がある。したがって、本問の事例において、BとFの原告適格が両立するかどうか、換言すれば、債権者代位権の行使によって債務者の管理処分権が剥奪ないし制限されることとの関係で、BとFの債権者代位権が両立するかどうかを検討されなければならない。

最後に、共同訴訟参加の許否であるが、共同訴訟参加は、「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」に許容される。この要件は、参加人が原告側に参加する場合には、原告と参加人が共同原告であったと仮定したときに、その訴訟が原告側の必要的共同訴訟であることを意味する。

したがって、本問の事例では、BとFが共同原告としてCに対する訴えを提起した場合に、原告側の必要的共同訴訟になるかどうかを検討されなければならない。それぞれ別個独立の被保全債権を有するBとFは、債権者代位権を共同で行使しなければならない関係にはないから、固有必要的共同訴訟は成立しない。そこで、類似必要的共同訴訟が成立するかどうかの検討が必要となる。

原告側の類似必要的共同訴訟は、共同原告の一方が訴えを単独提起した場合に、その訴えが原告適格に欠けることがないと同時に、その訴えに係る訴訟の確定判決の効力が他方に及ぶという関係が成り立つ場合に成立する。

そこで、B又はFが単独で訴えを提起した場合に、その訴えに係る訴訟の確定判決の既判力又はその反射的効力がF又はBに及ぶかどうかを検討することになる。複数の法定の訴訟担当者が原告となった訴訟が類似必要的共同訴訟であるとする最高裁判例として、住民訴訟に関する最判昭和58年4月1日民集37巻3号201頁、最（大）判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁と、株主代表訴訟に関する最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁があるが、平成9年判決は他の担当権限を有する者（原告適格者）に対する既判力の直接拡張を、他の2判決は被担当者に既判力が及ぶこと（民事訴訟法第115条第1項第2号）から被担当者を経由して既判力が他の原告適格者に反射的に及ぶことを前提としている。

他方、本問の事例で、BとFが訴えを共同提起した場合において、これが仮に通常共同訴訟であるとする、BとFの受ける本案判決の内容に相違が生ずる可能性があり、かかる相違が生じたときには、被担当者に既判力が及ぶことから、被担当者であるAにおいて既判力の矛盾が生ずることになる。このような、被担当者における既判力の矛盾を回避する必要性から、類似必要的共同訴訟性を根拠付ける考え方もあり得るところである。

〔設問3〕は、訴訟2におけるLとMの関係が必要的共同訴訟と通常共同訴訟のいずれである

かという検討を前提に、Mのした請求の認諾及び中間確認請求の放棄の陳述がどのような効力を有するかを問う問題である。なお、検討に際して、該当する判例を押さえておくことが求められている。

当然承継後の訴訟2における本訴請求は、LとMが丙建物を共有していることを前提とした、乙土地の所有権に基づく丙建物収去乙土地明渡請求である。本問の事例とほぼ同様の事例において、最判昭和43年3月15日民集22巻3号607頁は、このような場合に建物共有者が負担する建物収去土地明渡義務は不可分債務であり、土地所有者は建物共有者のそれぞれに各別に請求をすることができることを理由として、被告側の固有必要的共同訴訟ではないとしている（通常共同訴訟であるとする趣旨であると考えられる。）。

これに対して、当然承継後の中間確認請求は、「乙土地をL及びMが共有する」ことの確認請求である。最判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁は、このような請求は、共有者の持分の確認とは区別された、共有権（共有関係）の確認であることを前提として、この訴訟では、共有者全員が有する一個の所有権が紛争の対象となっており、その解決には共有者全員が法的利害関係を有することから、全員に矛盾なく解決される必要があることを理由に、原告側の固有必要的共同訴訟であるとする。

以上の判例を前提とすると、Mの本訴請求の認諾の陳述は、Mとの関係でのみ効力を有し、Lには効力を及ぼさない（民事訴訟法第39条）のに対して、中間確認請求の放棄の陳述は、MとLのいずれの関係においても効力を持たない（民事訴訟法第40条第1項）ことになる。そうすると、終局判決において中間確認請求が認容され、この判決が確定した場合には、Mは乙土地の共有者であるにもかかわらず、Nに対して乙土地の明渡義務を負うという、実体法上は矛盾した結果が生ずる。しかも、乙土地の所有者が誰であるかは、本訴請求との関係で、先決的法律関係であることに注意が必要である。

以上のような矛盾した結果が生ずる可能性があることを踏まえて、これを訴訟法的な観点から放置してよいものかどうか、そして、放置すべきではないとすれば、いかにすればよいかを、判例とは異なる解釈を採ることを含めて検討することを求めるのが、本問の題意である。

例えば、本訴請求が乙土地の一個の所有権の帰属に関する争いの一環としての訴訟であることから、本訴請求、中間確認請求のいずれをも固有必要的共同訴訟と解することによって矛盾を回避すべきとする立場、あるいは、Kは、Mの認諾調書のみではL・Mに対して土地明渡しの強制執行をすることができない（上記昭和43年判決はそうように判示する。）から、上記判例による帰結に不都合はないとする立場などがある。どのような立場を採るにせよ、法律論として説得力ある議論を展開することが求められる。

民事系第3問 合格者Aさん再現答案

得点 149.16

1 第1 設問1

2 1 被告側の権利自白の撤回は許されないのではないかと。

3 (1) 自白は、相手方の主張する自己に不利な事実を認める旨の口頭弁論期
4 日における陳述である。自白がなされると、当該事実につき当事者は証明
5 をする必要がなくなり（民事訴訟法 179 条）、裁判所は自白と異なる事実
6 を認定することができなくなる（弁論主義の第 2 テーゼ）。そして当事者
7 は当該事実の存在または不存在を前提として以後の訴訟活動を積み重ね
8 てゆくことになる。よって、相手方の信頼を保護し法的安定をはかるべく、
9 信義則・禁反言の観点から、自白の撤回は禁じられる。

10 (2) 本件では、C は A が現在甲土地を所有していることを認めている。所有
11 は法的評価であり原則として自白の対象とはならない。しかし、所有を基
12 礎づける事実として B は所有権の取得原因事実と前主の所有を主張するこ
13 とになるが、この前主の所有を基礎づけるためにさらなる前主の所有を主
14 張しなければならず、遡って原始取得まで主張しなければならないこと
15 になる。これは現実的ではないので、所有については例外的に権利自白が認
16 められている。

17 そして、権利自白についても相手方 B の信頼を保護し、法的安定をはか
18 る必要があり、信義則・禁反言が妥当する。特に、本件の C は A の言葉を
19 鵜呑みにしたまま A に確認することなく自白をしており、相手方たる B の
20 信頼・法的安定を優先することは妥当である。よって、権利自白について
21 も自白の撤回は禁じられるべきである。

22 2 従って、被告側の権利自白の撤回は許されない。

23 第2 設問2

24 1 独立当事者参加（47 条 1 項後段）

25 F は訴訟 1 に権利主張参加（47 条 1 項後段）することができるか。

26 (1) まず、「訴訟の目的」（47 条 1 項後段）とは、訴訟物である。

27 本件では、A の C に対する所有権に基づく所有権移転登記手続請求権が
28 「訴訟の目的」である。

29 (2) では、F は当該訴訟物が「自己の権利」であることを主張しているとい
30 えるか。

31 47 条 1 項後段の趣旨は、利害関係を有する第三者も当事者として広く紛
32 争の合一確定をはかる点にある。よって、「自己の権利」とは文字通りの
33 意味ではなく、広く合一確定をはかるだけの利害関係があればよいと解す
34 る。

35 本件では、確かに、F は文字通りの意味で所有権移転登記手続請求権が
36 F の権利であると主張しているわけではない。しかし、F は A に対して 2500
37 万円の債権を有する代位債権者であり、A に甲土地の登記が戻り A の責任
38 財産が増加することに対して利害関係を有する。そして、F は A の債権者
39 として B と同じ立場にある以上、F の関与を許すことが債権者平等にもか
40 なる。従って、F は合一確定をはかるだけの利害関係を有しているといえ、
41 当該訴訟物が「自己の権利」であることを主張しているといえる。

42 (3) 以上より、F は訴訟 1 に権利主張参加できる。

43 2 共同訴訟参加（52 条 1 項）

44 F は訴訟 1 に共同訴訟参加することができるか。

45 (1) まず、「訴訟の目的」とは、訴訟物であり、本件では A の C に対する所
46 有権に基づく所有権移転登記手続請求権である。

(2) では、「合一にのみ確定すべき場合」にあたるか。

訴訟1は、Bが、AがCに対して有する請求権を法定訴訟担当として代位行使するものである。よって、訴訟1の判決効はAに及ぶ(115条1項2号)。そして、FがAの債権者として当該訴訟物を代位行使した場合も、同じように訴訟1の判決効がAに及ぶ。とすれば、両者がAにおいて矛盾することがないようにしなければならないので、「合一にのみ確定すべき場合」にあたる。

(3) 従って、Fは訴訟1に共同訴訟参加できる。

第3 設問3

1 訴訟2がL・Mについて固有必要的共同訴訟であれば、Mのした本訴の認諾と中間確認の放棄(266条1項)は、「不利」な行為なのでLが争っている以上、Mに対しても効力を生じない(40条1項)。

これに対して、訴訟2が通常共同訴訟であれば、共同訴訟人独立の原則(39条1項)により、Mのした認諾・放棄はMにつき効力を生じる。

では、訴訟2はいずれの類型にあたるか。

(1) 訴訟は実体権の実現のプロセスなので、実体法上の管理処分権の帰属態様により判断する。

(2) ア 本訴請求について

本訴はKのL・Mに対する建物収去土地明渡請求権が訴訟物である。

そして、L・Mの建物収去土地明渡債務は不可分債務であり、LもMも債務全体をりこうする義務がある。とすると、仮にMについてだけ認諾を認めると、Mについて執行がなされた場合、Lは争っているにもかかわらず執行を受忍しなければならない。これは不合理なので、訴訟2はLとMにつき合一に確定されるべき場合といえ、固有必要的共同訴訟にあたる。

なお、この場合、争っていないMも訴訟につきあわせることになる。しかし、Mはそもそも丙建物に住んでおらず、Lとも交渉をもっていなかったのだから、たまたま相続により持分を承継したとしても、丙建物の存続について利害関係を有しない。よって丙建物の持分をLに譲渡するといった方法により訴訟を免れることができる。とすれば、かかる結論が不当ということにはならない。

従って、Mの本訴の認諾は、Mに対しても効力を生じない。

イ 中間確認請求について

中間確認は乙土地がL・Mの共有であることの確認が訴訟物である。

そして、乙土地がL・Mの共有である場合、LもMも2分の1の持分を有することになる。とすれば、かかる共有権の確認はL・Mにつき合一に確定されるべきものなので、訴訟2は固有必要的共同訴訟にあたる。

そしてこの場合も、争っていないMを訴訟につきあわせることになるという点が問題になりうるが、アで述べたようにMは訴訟2から開放される方法がある以上、結論は妥当である。

従って、Mの中間確認の放棄は、Mに対しても効力を生じない。

2 以上より、Mの認諾・放棄の陳述は、効力を生じないものとして扱われるべきである。

民事系第3問 合格者Bさん再現答案

得点 149.61

1 第1 問1

- 1 権利自白の撤回制限について、理論的に基礎づけることができるか。
2
3 2 この点、裁判上の事実の自白（民事訴訟法 179 条前段・相手方が主張する
4 自己に不利益な事実を認める旨の期日における陳述）については、その効果
5 として裁判所拘束力と当事者拘束力が認められる。

6 このうち、裁判所拘束力の根拠については、裁判所は当事者間に争いのな
7 い事実についてはそのまま判決の基礎にしなければならない、という私的自
8 治に基づく弁論主義の第2テーゼに求められる。

9 一方、本問で問題となる撤回制限効にあたる当事者拘束力については、弁
10 論主義ではなく、訴訟上の禁反言法理（2 条）にその根拠が求められるとい
11 う特徴がある。

- 12 3 この点、訴訟物の前提をなす権利・法律関係についての自白である権利自
13 白については、裁判所拘束力のみならず、当事者拘束力も否定するのが、一
14 般的な考えである。

15 その理由としては、権利自白の対象である権利・法律関係については、裁
16 判所の専権事項であるので、前述した拘束力を認める趣旨が当てはまらない
17 ことが挙げられる。

18 しかし、当事者拘束力の根拠は、弁論主義ではなく訴訟上の禁反言法理に
19 ある所、権利・法律関係についての主張についても、矛盾する主張がなされ
20 た場合には、かかる禁反言法理の趣旨は同様に当てはまるといえる。

21 加えて、本問で問題となっている所有権の存否のような、いわゆる日常的
22 法律概念の権利自白の場合には、むしろ事実の自白がなされた場合と同視し
23 て取り扱うことも可能であり、権利自白と事実の自白との区別自体も、必ず
24 しも絶対的なものではない。

25 以上のような点を考慮に入れると、撤回制限効の根拠である訴訟上の禁反
26 言法理が当てはまる場合には、自白に当事者拘束力が認められ、撤回が制限
27 されると理論的に説明でき、権利自白に撤回制限効が認められることを、理
28 論的に基礎づけることができる。

29 第2 問2

- 30 1 独立当事者参加（権利主張参加 47 条 1 項後段）

31 本件訴訟 1 は、B が C に提起した A の D (C) に対する被代位債権を訴訟物と
32 する債権者代位訴訟（民法 423 条 1 項）であり、F は債務者 A に対する B と
33 は別の債権者である。

34 この点、47 条 1 項後段の「訴訟の目的…が自己の権利であることを主張す
35 る」場合とは、三面訴訟を合一的に確定する同条の趣旨に鑑み、従前の訴訟
36 の訴訟物と参加人の請求内容とが、論理的に両立しない関係にある場合を指
37 すと考える。

38 本問の場合、従前の BC 間の訴訟における訴訟物は A の D (C) に対する甲土
39 地所有権に基づく所有権移転登記手続き請求権であり、F が別訴で債権者代
40 位訴訟を提起する場合の訴訟物も同一であるので、その意味で、両請求は同
41 一の権利を被代位債権とするという意味では論理的に両立しない関係にあ
42 るといえる。

43 よって、本問 F は、本件訴訟に権利主張参加の形で、独立当事者参加する
44 ことができる。

- 45 2 共同訴訟参加（52 条 1 項）

46 52 条 1 項にいう「訴訟の目的が…合一にのみ確定すべき場合」とは、当事

者適格を有し、かつ判決効の拡張が及ぶような、後発的に必要的共同訴訟(40条)の関係が認められるような場合を指すと考える。

本問では、FはAの債権者であり、自ら債権者代位権を行使して訴訟を提起することも可能であるから、Fにも当事者適格が認められる。

そして、BのCに対する訴訟1の判決効は、勝訴・敗訴問わず、債務者Aにも及び(115条1項2号)、かかるAに及んだ判決効は、Aを通じて別の債権者であるFにも反射的に及ぶと考える。

よって、本問Fについては、本件訴訟の目的が合一にのみ確定すべき場合の要件をみたし、共同訴訟参加することもできる。

第3 問3

1 本訴請求の認諾(266条1項)について

Mだけが行った認諾の陳述がどのように扱われるべきかについては、本訴請求が相続による承継によって、通常共同訴訟(39条)と(固有)必要的共同訴訟(40条)のいずれに該当することになるかによって異なるので、両者の区別基準が問題となる。

この点、実体法との調和の観点より、実体法上の管理処分権の帰属態様によって、区別するのが原則であると解する。もっとも、訴訟上の便宜等の観点から修正することが可能と考える。

本問では、本訴請求の趣旨は、「L及びMは、丙建物を収去して、乙建物をNに明け渡せ」であり、かかる建物収去土地明け渡し義務は、実体法上不可分債務(民法430条)として、各人が各々独立した管理処分権を有していると認められる。

よって、通常共同訴訟に該当すると考える。

したがって、Mのなした認諾はMについては有効に認められ、一方共同訴訟人独立の原則(39条)より、Lには効力は及ばない。

2 中間確認請求の放棄(266条1項)について

こちらの請求の趣旨は、「L及びMとNとの間で、乙土地をL及びMが共有することを確認する」という、共有目的物全体についての所有権の確認である。かかる確認請求は、各人の持分権の確認と異なり、実体法上、共有者各人に独立した管理処分権は認められず、固有必要的共同訴訟になると考える。

この点、Mのなした放棄は、共同訴訟人全員にとって「利益」になる行為とはいえないので、Lとの関係ではもちろん、M自身との関係においても、効力を生じない(40条1項)。

3 修正

以上が、実体法上の管理処分権の帰属態様に着目した場合の論理的帰結であり、判例の結論とも整合する所である。

もっとも、本件でかかる結論を採ると、両者の間でMについて判断が矛盾してしまうことになり、妥当でない。

そこで、いずれかの結論に合わせる必要がある。

この点、争う旨のLの意思は無視すべきではない。

そこで、本訴請求についても、固有必要的共同訴訟とみて、Mの認諾も無効と解するべきであると考え。

このような修正を試みたとしても、前述のように、通常共同訴訟と必要的共同訴訟の区別については、実体法上の管理処分権の帰属だけから純論的に決めるのではなく、それを前提としつつも、訴訟上の考慮をも加味して考えることが可能であるので、何ら前述した所に矛盾するものではないと考え

93 る。

94

95

96

97

以上

民事系第3問 合格者Cさん再現答案

得点158.54

1 第1 設問1

1 (1) まず、権利自白の撤回は許されないという主張をする前提として、自
2 白に当事者拘束力が生じるか。

3 (2) この点、法解釈については裁判所の専権であるため、原則として、当
4 事者拘束力は生じない。法解釈については素人である当事者が誤解しや
5 すいことからそのように言える。

6 しかしながら、売買等の日常的法律概念の権利自白については、その
7 意味内容が素人でも容易に分かるので権利自白を認めても問題ない。よ
8 って、日常的法律概念の権利自白には当事者拘束力、すなわち、撤回制
9 限効が生じる。

10 (3) 本件では、「甲土地は、Aが現に所有している」という点については、
11 日常的法律概念なので権利自白が成立し、撤回制限効が生じる。

12 2 (1) そうだとしても、撤回制限効が例外的に及ばないとして撤回すること
13 はできないか。

14 (2) まず、事実の自白の撤回制限効は、自白により不要証効が生じること
15 (民事訴訟法(以下省略する。)179条)を信頼した相手方の信頼を
16 保護することにある。

17 そうすると、①相手方の同意がある場合、②錯誤に陥って真実に反す
18 る自白をした場合、③刑事上罰すべき相手方の行為によって自白をした
19 場合に限り自白の撤回制限効が及ばず撤回できると解する。

20 権利自白でもこれは同様であるが、権利自白は法解釈に関する自白で
21 あるため素人が誤解しやすいという点は残っているので、②については、
22 真実に反することの証明がなくても錯誤に陥っていることのみで撤回
23 することができると解する。

24 (3) 本件では、Dが志死亡した後、Cは、事あるごとに、Aから「甲土地は、
25 CDのものではなく、Aのものとだ。」と聞かされてきたため、誤解して
26 甲土地をAが現に所有している旨の権利自白をしたといえるので、錯誤
27 に陥っていたといえ、②により撤回することができる。

29 第2 設問2

30 1 独立当事者参加の可否

31 (1) 本件では、詐害防止参加の可否は検討する必要がないので、権利主張
32 参加の可否を検討することになる(47条1項)。

33 (2) 権利主張参加の要件は、訴訟物について非両立関係にあることである。

34 (3) 本件では、たしかに、本件のような債権者代位訴訟においては、勝訴
35 した債権者は、事実上の優先弁済を受けることができるので、非両立関
36 係にあるとも思える。

37 しかしながら、本件債権者代位訴訟は、Aの甲土地の所有権登記名義
38 を得させることが目的の転用事例であり、事実上の優先弁済を受けるこ
39 とができる事例ではなく、訴訟物も同一なので非両立関係にあるとは言
40 えない。

41 よって、独立当事者参加のうち権利主張参加をすることはできない。

42 2 共同訴訟参加の可否

43 (1) そうだとしても、共同訴訟参加することはできないか(52条1項)。

44 (2) 共同訴訟参加の要件は、当事者適格を有することと、合一確定の必要
45 性があることである。

46 (3) まず、Fが当事者適格を失っているか否かについてだが、他の債権者

47 が債権者代位訴訟を提起した場合には、債務者及び他の債権者は当事者適
48 格を失うのが原則であるが、本件のように代位債権者の原告適格が否定さ
49 れる可能性がある場合には、その者に訴訟をさせる意味もないので、当事
50 者適格は失わない。

51 また、前述のように訴訟物が同一であるため、合一確定の必要性も認め
52 られる。

53 よって、Fは、共同訴訟参加をすることができる。

54 第3 設問3

55 1 (1) まず、L及びMに対する訴訟は、固有必要的共同訴訟か、通常共同訴
56 訟か。

57 (2) 両訴訟の区別基準は、権利処分権の有無による。なぜなら、民事訴訟
58 法は、実体法上の権利関係を訴訟法的に反映したものであり、かつ、基
59 準として明確だからである。

60 (3) 本件では、明け渡し義務は不可分債務であり（民法428条）、管理
61 処分権は各々に帰属するから、通常共同訴訟である。

62 2 (1) そうすると、39条の共同訴訟人独立の原則の適用があることになり、
63 本件のような請求の認諾と中間確認請求の放棄の陳述をMだけがした場合
64 にも通常の訴訟上の主張と同様に、主張共通の原則の適用は共同訴訟
65 人間ではない。よって、Mの陳述は、Mに対する関係で本訴請求を認諾
66 する主張となり、中間確認請求の放棄の陳述となる。判例も同様に考え
67 ている。

68 (2) これが、結果として妥当かを考えると、Mに対する関係でのみ訴訟が
69 終了し、既判力が及ぶとしても、Lに対して執行力は及ばず、執行をす
70 ることができないので、妥当である。Lの手続き保障に資することにな
71 る。

72 以上。

73
74

民事系第3問 不合格者Dさん再現答案

〔設問1〕

1. 事実の自白と権利自白について

(1) 民事訴訟が私人間の法律関係をめぐる紛争を解決するためのものであることから、訴訟資料の収集・提出を当事者の権能かつ責任とする建前、すなわち弁論主義が採用されている。そして、この弁論主義の帰結として、当事者が争わない事実は裁判所を拘束することになっている(弁論主義第2テーゼ、民訴法179条)。

(2) 弁論主義が訴訟資料についての規律であること、および法的判断は裁判所の専権に属することから、179条の自白の対象はあくまでも「事実」であって、「権利に関する主張」は対象とはならないのが原則である。

しかし、所有権については、例外的に自白の対象となる。なぜなら、所有権の有無については、法の専門家でない一般人にも理解しうるものであるし、裁判所の専権に服させるだけの専門性もないからである。

(3) 本件における主張③は、所有権の存在についてこれを認めるとの陳述であるから、権利自白である。

2. 事実の自白の撤回制限効の根拠と権利自白

(1) 事実の自白は、自由に撤回できるものでなく、①相手方が撤回に同意したとき、②自白が詐欺などの犯罪にもとづくとき(338条1項5号類推)、③自白の内容が事実に反し、かつこれが錯誤にもとづくものであるとき、の3つの場合にのみ撤回が許されると解されている。

その根拠は、次の2点である。まず、(i) 訴訟資料の収集・提出を当事者の責任とする弁論主義のもとでは、一度行った自白についても当事者の責任としてこれを甘受させるべきである、ということである。次に、(ii) 民事訴訟は、一方の主張・立証に対し、他方が反論の主張・立証を行い、さらにそれを受けて当該一方が再反論として主張・立証を行う、という形で手続が堆積していく。そうだとすれば、一度行った自白についても、相手方はそれを信頼し、そしてそれを前提に以後の手続きを進めていくのであって、自白の撤回を自由に認めることになれば、従前の応酬を無に帰せしてしまうことになり、手続の安定を著しく害する。

以上の2点の根拠から、自白の撤回は原則として許さないものとしつつ、上記①②③の場合には手続きの安定を損なっても自白者を保護すべきであることから、例外的に自白の撤回を許容したのである。

(2) さて、そうだとすれば、権利自白の撤回の可否についても、上記(i)(ii)の根拠が妥当するかを判断すべきである。すなわち、権利自白についても上記(i)(ii)の根拠が妥当するようであれば、撤回について事実の自白と同様の取扱いをしてもよいと考える。

そこで検討するに、(i) 権利自白は権利に関する主張であるから、上述1の通り、弁論主義そのものの領域ではない。しかし、権利自白も、当事者の主張であることには変わらず、また当事者は自ら主体的にこれを行うものであるのだから、権利自白をしたことによる責任は当事者に帰せしめるのがむしろ妥当である。また、(ii) 権利自白であっても、相手方はそれを信頼し、そしてそれを前提に主張・立証を行うことで手続きを堆積させていくのであるから、あとになって権利自白の撤回を認めることになれば、やはり従前の手続きを無に帰せし

めてしまうことになり、手続きの安定を著しく害する。この点については、事実の自白の場合と何ら変わらない。

以上より、権利自白の場合であっても(i)(ii)の根拠が妥当するといえるから、事実の自白の撤回と同様の規律に服せしめても問題はない。すなわち、原則として撤回は許されないが、上記①②③のような場合には例外的に撤回が許されるものと解する。

3. 本件では、上記①②③に該当するような事情は格別見受けられないから、権利自白の撤回は許されない。

〔設問2〕

第1 独立当事者参加について

1. 独立当事者参加とは、訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者が、その訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として請求を定立して、当事者としてその訴訟に参加する訴訟形態である(47条1項後段)。

本件Fは、独立当事者参加の形態により訴訟1に参加しようとしている。かかる参加は認められるだろうか。

2. 参加の可否は、いかなる請求を定立するか次第である。

本件では、FはAに甲土地の所有権名義を得させようとしているのだから、Cを被告として、Aが甲土地の所有権を有することについての確認請求を定立することになるだろう。

ここで、独立当事者参加も一種の訴訟提起であるから請求には訴えの利益が必要となるところ、かかる確認請求については、Aがそのような請求をなすことは当然としても、FはAとは別主体であるから、訴えの利益(確認の利益)が認められない。

3. したがって、Fが独立当事者参加をすることはできない。

第2 共同訴訟参加について

1. 共同訴訟参加とは、訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合に、当該第三者が共同訴訟人としてその訴訟に参加する訴訟形態である(52条1項)。

- 2 (1) では、本件Fが訴訟1に参加することは、「合一にのみ確定すべき場合」といえるか。

- (2) 52条が合一確定を要求している趣旨は、実体法上・訴訟法上矛盾のない法律関係を形成することにある。そこで、合一確定の要請の有無は、①実体法的観点に加えて、②訴訟法的観点から矛盾が生じるか否かによって判断すべきである。

- (3) 本件では、①FはCを被告として、Aが甲土地の所有権を有することの確認訴訟を提起するものと考えられる。実体法上、甲土地の所有者はAかCかのいずれかと考えられる。しかし、Fの参加を認めなければ、訴訟が区々になる結果としてこの点につき矛盾した判断が生ずるおそれがある。よって、実体法的観点からは、Fの参加を認めるべきである。

また、②訴訟1の訴訟物は所有権移転登記手続請求権であるから、甲の所有者がAであるとの判断がなされたとしても、これは理由中の判断にすぎず、よってこの点につき既判力は及ばない(114条1項)。そうだとすると、Fの参加を認めなければ、訴訟法的にも甲土地の所

- 93 有者につき矛盾した判断がなされるおそれがある。
- 94 したがって、合一確定の要請は認められる。
- 95 3. 以上から、Fの訴訟1への共同訴訟参加は認められる。
- 96
- 97 [設問3]
- 98 1. 前提となる理解および事実
- 99 (1) Nは、自己所有の土地である乙土地の上にK所有の丙建物が建って
- 100 いることから、Kに対し所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟を
- 101 提起した。これに対して、Kは乙土地がK所有であることの中間確認
- 102 の訴え(145条)を提起した。
- 103 (2) その後、Kは死亡し、相続人であるLおよびMがKを受継(124条1
- 104 項1号)した。
- 105 これにより、訴訟2の訴訟物はLおよびMに対する建物収去土地明
- 106 渡請求権に、中間確認の訴えの訴訟物はLMN間におけるLMの乙土地
- 107 共有にかかる確認請求権に、それぞれ変更された。
- 108 (3) しかるのち、Mは単独で本訴請求を認諾し、中間確認請求を放棄し
- 109 た。
- 110 2. Mによる認諾の効力
- 111 (1) では、かかる本訴の認諾は有効か。もし訴訟2が必要的共同訴訟(40
- 112 条)であった場合には、訴訟行為は全員の利益においてのみしか効力
- 113 が発生しないため(同条1項)、Mの単独での認諾は無効となる。そこ
- 114 で、訴訟2が必要的共同訴訟といえるかどうかが問題となる。
- 115 (2) 必要的共同訴訟であるためには、合一確定の要請が必要となる(同
- 116 条1項)。そして、設問2で述べた通り、合一確定の要請の有無は、
- 117 ①実体法および②訴訟法の両観点から判断する。
- 118 (3) 本件では、①建物収去土地明渡請求が問題となっている。建物を収
- 119 去し、土地を明け渡すという義務は、不法行為(民法709条)に基づ
- 120 く可分債務である。したがって、LMのうち一方にのみ同義務が認定さ
- 121 れることとなっても、実体法上矛盾した法律関係とまではいえない。
- 122 また、②訴訟法的にも、LMのうち一方にのみ同義務が認定され既
- 123 判力が生じることとなっても、可分債務である以上矛盾とまではいえ
- 124 ない。
- 125 よって、訴訟2は合一確定の要請はなく、通常共同訴訟の規律(38
- 126 条)に服する。
- 127 (4) 以上から、Mの認諾は有効であると同時に、その効力はMにのみ及
- 128 ぶ。
- 129 3. Mによる放棄の効力
- 130 (1) 本件中間確認の訴えは、40条の規律に服するか、38条の規律に服
- 131 するか。合一確定の要請の有無が問題となる。
- 132 (2) 本件請求は、土地の共有権につき確認を求めるものであるから、実
- 133 体法的にも訴訟法的にも矛盾のない解決が望まれる。
- 134 よって、合一確定の要請は認められ、40条の規律に服する。
- 135 (3) したがって、共同訴訟人に不利となる放棄は、M単独では効果を有
- 136 しない。

以上