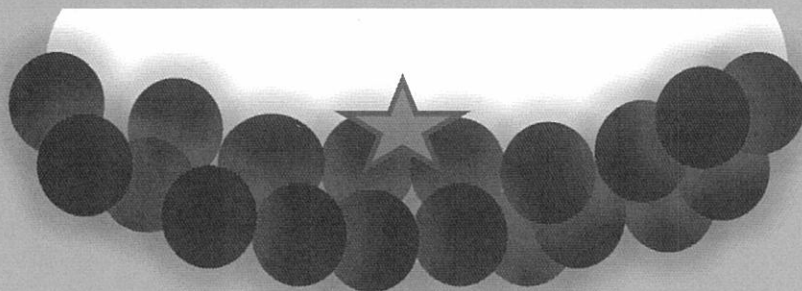


平成 25 年度 司法試験（論文式試験）

（中村充講師の）

出題趣旨分析セミナー



成 績 付 再 現 答 案 レ ジ ュ メ

< 民 事 系 >

TACw セミナー 司法試験講座

< T A C > 無断複製・無断転載等を禁じます。

民事系目次

第1問

問題	．．．．．	1
出題趣旨	．．．．．	5
再現答案①	．．．．．	7
再現答案②	．．．．．	11

第2問

問題	．．．．．	17
出題趣旨	．．．．．	21
再現答案①	．．．．．	23
再現答案②	．．．．．	27

第3問

問題	．．．．．	33
出題趣旨	．．．．．	37
再現答案①	．．．．．	41
再現答案②	．．．．．	45

〔第 1 問〕（配点：100〔設問 1〕、〔設問 2〕及び〔設問 3〕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。

【事実】

1. 甲土地は、平成 22 年 5 月当時、A が所有しており、A を所有権登記名義人とする登記がされていた。また、乙土地は、その頃、B が所有しており、B を所有権登記名義人とする登記がされていた。
2. B は、医療機器の製造と販売を主たる事業としていたが、事業用の建物を賃貸して収益を得たいとも考えていた。B は、事業用の建物を所有するには甲土地が立地として適しているのに対し乙土地が必ずしも適さないことから、乙土地を売却処分して甲土地を取得したいと考え、A との間で甲土地の売買について交渉を試みた。この交渉において、B は、A に対し、代金を支払うための資金を乙土地の売却処分により調達する予定であることを説明し、A は、その事情に理解を示すとともに、代金債務の担保として適当な連帯保証人を立てることを求めた。
3. この交渉の結果として、A 及び B は、平成 22 年 6 月 11 日、代金を 6000 万円として甲土地を A が B に売る旨の契約を締結した。この契約においては、代金のうち 1500 万円は同月中に B が A に支払うこと、残代金 4500 万円の支払の期限は平成 22 年 8 月 10 日とすること並びに代金の全部が支払われた後に甲土地についての所有権の移転の登記及び甲土地の引渡しをするものとすることが約された。
4. また、保証人を立てることについて、B は、A に対し、B の友人である C を連帯保証人とすることを提案した。B は、このことについて C の了解を得ていなかったが、B と長く交友関係があった C に事情を説明すれば、甲土地を入手するために C が協力をしてくれるものと想定していた。
A は、B の提案を了承し、【事実】3 の売買契約が締結された平成 22 年 6 月 11 日、A 及び B は、C がその売買契約に係る代金債務の連帯保証人になる旨の書面を作成した。その書面は、2 通作成され、それらの内容は同じものである。すなわち、そこには、【事実】3 の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が連帯して保証する旨が記され、A 及び B が署名し、B の署名には、B が C の代理人である旨が示されていた。A 及び B は、この書面をそれぞれ 1 通ずつ持ち帰ることとした。B は、この書面を作成する際、C が連帯保証人になることについて、C から代理権を授与されてはいないが、C の追認を速やかに得たい、と A に説明した。
5. B は、平成 22 年 6 月 15 日、C と会い、C に対し、【事実】4 の連帯保証の書面を示し、その書面に記されているとおり、【事実】3 の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が連帯して保証する旨の契約をしたこと、及び連帯保証人になることについての C の追認を後日に得たいと A に告げたことを説明した。その上で、B は、C に対し、C を連帯保証人にする旨の契約をしたことを認めて欲しい、と要請した。C は、これを承諾して、その席から A に電話をし、連帯保証人になることに異存はない旨を告げた。
6. 【事実】3 の売買契約の代金のうち 1500 万円は、平成 22 年 6 月 25 日、B が A に支払った。しかし、残代金の支払のために B が進めた乙土地の売却処分は実現しないまま、やがて平成 22 年 8 月 10 日が到来した。そこで、A は、同月 18 日、B に対し残代金 4500 万円を速やかに支払うよう求めるとともに、C に対し同じ額の支払を求めた。
これに対し、C は、A C 間の連帯保証契約は書面でされておらず、その効力を生じないから A の求めに応ずるつもりがないことを告げた。

〔設問 1〕 【事実】1 から 6 ままでを前提として、次の問いに答えなさい。

A が、C に対し、保証債務の履行を請求するには、どのような主張をする必要があるかを検討

し、また、その主張に含まれる問題点を踏まえてその当否を論じなさい。

Ⅱ 【事実】 1 から 6 までに加え、以下の【事実】 7 から 16 までの経緯があった。

【事実】

7. その後、B は、乙土地の売却について用途がついたことから、A と話し合い、A との間において、【事実】 3 の売買契約の残代金を支払う期限を平成 22 年 12 月 15 日とすることに合意した。B は、乙土地の売却処分によって得た資金を用い、平成 22 年 12 月 10 日、残代金を A に支払った。同日、甲土地は A から B へ引き渡され、また、同月 18 日、甲土地について A から B へ売買を原因とする所有権の移転の登記がされた。

8. そこで、B は、甲土地上に建物を建設するため、銀行である D 及び建設業を営む株式会社である E と折衝を始めた。

まず、建設資金の融資を B から要請された D は、平成 23 年 1 月頃、甲土地及びその上に建設される建物について第 1 順位の抵当権の設定を受けることを条件として、B に対し、建物の建設資金として 8000 万円を融資する旨の意向を示した。

また、B 及び E は、平成 23 年 2 月 28 日、E が甲土地の上に建物を建設し、これに対する報酬として B が E に 1 億 3000 万円を支払う旨の請負契約を締結した。

9. 【事実】 8 の請負契約に基づき、E は、甲土地上に建物を建設し、平成 23 年 8 月 31 日、B に対し、この建物（以下「丙建物」という。）を引き渡した。同日、D は B に 8000 万円を貸し渡し、B は、B が別に用意した 5000 万円を加え、請負の報酬として 1 億 3000 万円を E に支払った。

10. また、D による B への金銭の貸渡しに係る消費貸借の返済条件は、毎月 78 万円の元利均等払で期間は 10 年とされた。また、この貸金の返済について 2 回の債務不履行がある場合には B は期限の利益を失い、返済されていない額の全部を直ちに D に返済することも約された。

そして、B 及び D は、この消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、平成 23 年 8 月 31 日、甲土地について抵当権を設定する旨の契約を締結した。これに基づき、同日、甲土地について、D を登記名義人とする抵当権の設定の登記がされた。この抵当権に優先する担保権の登記はされていない。

丙建物は、平成 23 年 9 月 14 日、B を登記名義人とする所有権の保存の登記がされた。同日、B 及び D は、上記の消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、丙建物について抵当権を設定する旨の契約を締結し、これに基づき、D を登記名義人とする抵当権の設定の登記がされた。この抵当権に優先する担保権の登記はされていない。

11. B は、F との間において、平成 23 年 10 月 1 日、丙建物の 1 階部分について、コーヒーショップとして使用することを目的とし、賃料を月額 40 万円として、これを F に賃貸する旨の契約を締結した。この賃貸借契約においては、各月の賃料を前月の 25 日に支払うものとするのが約された。この賃貸借契約に基づき、同日、B は、F に対し丙建物の 1 階部分を引き渡した。

12. B は、G との間において、平成 23 年 11 月 1 日、丙建物の 2 階部分について、学習塾として使用することを目的とし、賃料を月額 30 万円として、これを G に賃貸する旨の契約を締結した。この賃貸借契約においては、各月の賃料を前月の 25 日に支払うものとするのが約された。この賃貸借契約に基づき、同日、B は、G に対し丙建物の 2 階部分を引き渡した。

13. F は、【事実】 11 の賃貸借契約の締結に当たり、丙建物の 1 階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営む H に相談し、B から丙建物の設計図を取り寄せるなどして、H と共に内装の仕様及び施工方法を検討した。その上で、F は、その検討結果の概要を B に説明し、それに従い H に内装工事を行わせることについて B の承諾を得た。これを受けて、F は、平成 23 年 10 月 3 日、H に内装工事を発注し、同月 25 日に工事が完了した。そこで、

- Fは、平成23年11月1日、丙建物の1階部分において、営業を始めた。
14. 平成24年2月末頃、丙建物の1階部分で雨漏りが発生するようになった。
15. Fから雨漏りを防ぐ措置を求められたBは、Eに調査を依頼した。この調査の結果、【事実】13の工事の際にHが誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが雨漏りの原因であることが明らかとなった。
16. Bは、このままでは丙建物の維持に支障が生じると考え、Eに【事実】15の亀裂の修繕を発注し、その修繕の工事は、平成24年3月20日に完了した。そこで、Bは、それに対する報酬として100万円をEに支払った。このBがEに支払った報酬の額は、【事実】15の亀裂の修繕に要する工事の対価として、適正なものである。

〔設問2〕 【事実】1から16までを前提として、Bは、【事実】16においてEに支払った報酬に相当する金銭の支払をFに対し求めるために、どのような主張をすることが考えられるか。また、それに対し、Fは、どのような主張をすることが考えられるか。それぞれの主張の根拠を説明し、いずれの主張が認められるかを検討しなさい。

Ⅲ 【事実】1から16までに加え、以下の【事実】17及び18の経緯があった。

【事実】

17. その後、Bは、医療機器の製造販売の事業に失敗して、資金が不足するようになり、Dに対する平成24年6月分及び7月分の貸金の返済について遅滞が生じた。そこで、Dは、抵当権に基づく物上代位によって貸金の回収を図ることを考え、差し当たり丙建物の2階部分の賃料について、丙建物を目的とする【事実】10の抵当権に基づく物上代位による貸金の回収を始めることとした。また、丙建物の1階部分の賃料については、【事実】16の修繕費用をめぐる問題が解決してから、同様の手順を採ることを考えた。
- そこで、Dは、平成24年9月18日、抵当権に基づく物上代位権の行使として、BがGに対して有する賃料債権のうち、平成24年9月25日以降に弁済期が到来する同年10月分から平成25年9月分までについて差押えの申立てをした。この差押えに係る差押命令は、平成24年9月21日、B及びGに送達された。
18. この送達が行われる前の平成24年9月初旬、大型で強い台風が襲い、丙建物の2階部分は、暴風のため窓が損傷し、外気が吹き込む状態となった。そのままでは丙建物の2階部分で児童や生徒に対し授業をすることにも支障が生ずるため、Gは、すぐにこの状況をBに知らせようとしたが、Bの所在を把握することができなかった。
- Gは、やむなくEに連絡を取って相談をし、E及びGは、平成24年9月8日、Eが丙建物の2階部分の修繕をし、それに対する報酬としてGがEに対し30万円を支払うことを約した。この報酬の額は、修繕に要する工事の対価として、適正なものである。翌9日にEがこの修繕を完了したことから、同日、Gは、Eに対し30万円を支払った。

〔設問3〕 【事実】1から18までを前提として、次の問いに答えなさい。

平成24年12月7日、Dは、同年10月分から同年12月分までの賃料（それぞれ同年9月25日、同年10月25日及び同年11月25日に弁済期が到来したもの）の合計額である90万円の支払をGに対して求めたが、Gは、【事実】18の報酬の相当額である30万円を差し引き、60万円のみを支払うと主張した。これに対して、Dは、「まず、Gが、報酬の相当額を支払うようBに対し請求する権利を有することについて、説明して欲しい。また、仮にそのような権利があるとしても、判例によれば、それと賃料債権を相殺することをもって、Dに対抗することはできないから、GはDに対して90万円全額の支払義務を負うはずである。」と反論した。Dが依拠する判例とは、下記に【参考】として示すものである。

この D の反論を踏まえた上で、G がどのような主張をしたらよいか、理由を付して説明しなさい。

【参考】

最高裁判所第三小法廷平成 13 年 3 月 13 日判決・最高裁判所民事判例集 55 巻 2 号 363 頁

【事案の概要】

P が Q に対して負う貸金債務を担保するため、P が所有する建物について根抵当権が設定され、その登記がされた後、当該建物の 1 階部分について、P を賃貸人とし、第三者 R を賃借人とする賃貸借契約が締結され、3150 万円の保証金が R から P に預託された。

その後、P 及び R は、当該建物の 1 階部分について、それまでの賃貸借契約をいったん解約し、改めて賃料を月額 33 万円とする賃貸借契約を締結し、その際、保証金を 330 万円に減額した。その結果、P は、R に対し差額の 2820 万円の返還債務を負った。しかし、この返還債務を P が履行することができなかったため、P が R に対して負う保証金返還債務の一部については、以後 3 年間、R が P に対して負う賃料債務と、賃料支払期日ごとに対当額で相殺することが P R 間で合意された。

さらにその後、Q は、上記の根抵当権に基づく物上代位権の行使として、P が R に対して有する賃料債権のうち、差押命令送達時以降 900 万円に満つるまでのものを差し押さえ、差押命令が P 及び R に送達された。

そして、Q は、R に対し、5 か月分の賃料の支払を求めて訴えを提起したが、これに対して、R は、P との相殺合意に基づく相殺を主張して争った。

第 1 審及び第 2 審では、いずれも Q が勝訴し、R の上告を受けた最高裁判所は、次のとおり判示して上告を棄却する判決を言い渡した。

【判旨】

「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるから、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。」

【出題趣旨】

本問は、A から甲土地を買うこととした B が、その代金債務について、C を代理して C を保証人とする契約を締結し、また、買い受けた甲土地の上に築造した丙建物について、その建設資金の貸主である D のために抵当権を設定するとともに、丙建物の各部分を F 及び G に賃貸したという事例に関して、民法上の問題についての基礎的な理解に加え、その応用を問う問題である。制度の趣旨を踏まえ妥当と認められる解決を説明する能力、当事者間に生じた事態について法律関係の正確な理解に基づき分析する能力及び事案の解決において参考となる判例の趣旨を理解して事案との比較検討を的確に行う能力などが試される。

まず、設問 1 は、無権代理人が保証契約を締結し、それが後に追認された場合の保証契約の効力を検討する問題であり、保証契約の成立要件についての基礎的知識、特に書面の作成が必要であること（民法第 4 4 6 条第 2 項）、及びこの要件に関連して従来は必ずしも十分に議論されていなかった問題について、自らの見解を説得的に展開する能力を問うものである。

設問 1 では、「保証債務の履行を請求するには、どのような主張をする必要があるか」が問われているから、主債務の成立の指摘を含め、保証債務の履行を請求することができるための要件を網羅して掲げる必要がある。

その上で、考察を要する問題点としては、第一に、契約締結時（平成 22 年 6 月 11 日）には B に代理権がなかったことをどのように考えるべきであるか、第二に、無権代理人 B が作成した契約書が民法第 4 4 6 条第 2 項の要件を満たすのか、という点が挙げられる。もっとも、前者の問題は、同月 15 日に C は B から説明を受けた上で承諾したのであるから、追認があったものと評価することができる（同法第 1 16 条）。したがって、後者の問題が、本問の中心的な論点となる。

本問の事実関係において、書面の作成という保証契約の要式性を充足するとみるかどうか、については、両様の考え方が成立可能であると考えられる。同法第 4 4 6 条第 2 項の規定の趣旨は、保証契約の内容を明確に確認し、また、保証意思が外部的に明らかになることを通じて保証をするに当たっての慎重さを要請するものである、というような説明がされてきた。無権代理人が作成した書面でも本人の追認があったことにより要式性の要件を充足することになるか、という問題を考察するに当たっても、このような立法趣旨の説明が参考となる。ただし、これのみから直ちに結論を導くことには、やや論理的に無理があり、より説得力のある論述にするためには、有権代理の場合に書面性の要件を充足するのはどのような場合かといった点を含め、更に深く立法趣旨を検討することが望ましい。考え方としては、保証をすることやその契約内容が書面により明確に確認される契機を重視するものと、保証人が主体的に書面を作成することを重視するもの等が想定される。前者は、本問における書面性を肯定する見解に、後者であれば否定する見解に、それぞれ結び付きやすいと思われるが、いずれにしても、立法趣旨について深く検討して理解した上で、本問での事実関係を検討することが求められる。

設問 2 は、賃借物が破損した場合において、その破損が生じた原因が、賃借人 F からその内装工事の発注を受けた H にある事例を題材として、次の三つの点について、債務不履行責任に関する基本的な理解を問うものである。

第一は、この事例において、賃借人 B がその修繕に要した費用に相当する金銭の支払を賃借人 F に求めるためにまず考えられるのは、賃借人 F が賃貸借契約によって負担する賃借物の保管義務の違反、つまり債務不履行を理由とする損害賠償請求（同法第 4 15 条）という構成であり、そのためには、賃借人がその賃貸借契約上の保管義務に違反し、それにより賠償されるべき損害が発生したこと（損害の発生と因果関係）が必要となることが正確に理解されているかどうかである。

第二は、以上の要件を満たすときでも、同法第 4 15 条によると、賃借人に責めに帰すべき事由がないときは、賃借人は損害賠償責任を免れること、そしてそこでは、H が賃借人 F の負う保管義務の履行補助者に当たることから、本問では履行補助者責任が問題になることが正確に理解されているかどうかである。例えば、伝統的通説によると、履行補助者には、真の意味での履行補助者と履行代行者があるとされ、本問の H は F とは独立の事業者であることから、後者の履行代行者に相当する。その他の見解では、このような区別はしないものの、履行代行者に相当するものも含めて、履行補助者責任が問題とされている。

第三は、このように履行補助者責任が問題になるとして、賃借人 F が損害賠償責任を免れることができない

いとすれば、それはなぜであり、責任を免れることができるか、それはなぜであるかを的確に説明し、その当否を論じることができるかどうかである。

例えば、伝統的通説によると、履行代行者については、①明文上履行代行者を使用することができないのに使用した場合、②明文上積極的に履行代行者の使用が許される場合、③いずれでもなく、給付の性質上履行代行者を使用しても差し支えない場合が区別され、債務者が責任を負うための要件もそれに応じて区別される。これによると、本問では、F が H とともに内装の仕様及び施工方法につき検討した結果について B が承諾をしていることが②に当たるかどうか特に問題となる。もっとも、学説では、このような分類に対して強い批判があり、履行補助者責任を「他人の行為に対する責任」として使用者責任の対比で基礎付けを図る見解のほか、履行補助者責任を契約不履行責任の一般的な枠組みの中に位置付け、その基礎付けを図ろうとする見解も有力に主張されている。本問では、いずれの見解によるとしても、その論旨が説得的に展開されているかどうか重要であり、それに即して本問に含まれる事実を適切に評価し、それぞれの主張を基礎付けることが求められる。

なお、賃借人 F に対する請求の根拠としては、ほかに、不法行為に基づく損害賠償請求、事務管理による費用償還請求、不当利得返還請求等も考えられるが、本問の具体的事案の内容に照らせば、少なくとも第一次的には債務不履行責任を検討すべきであり、必ずしもこれ以外の法律構成の検討まで求められているわけではない。

設問 3 は、抵当権設定登記の後に賃借人に対して取得した債権を自働債権として賃料債権との相殺の意思表示をした賃借人と抵当権の物上代位権に基づき当該賃料債権を差し押さえた抵当権者の優劣について判断した【参考】判例を提示して、本問の具体的事案の下でも【参考】判例にのっとった結論を導くことが相当かどうかを問うものであり、これによって法的思考力や事案に即した分析力を試すことを意図した問題である。また、この点を検討する前提として、必要費償還請求権の成立要件についての理解とその当てはめを的確に行うことが求められている。

判例法理の射程について議論をする際には、単に【参考】判例と本問とでは事案が異なるから、D の依拠する判例法理が本問には適用されない、とするのみでは十分でない。【参考】判例の事案におけるどのような特徴が判旨の示すルール的前提となっているのかを論理的に明らかにし、その特徴がどのように変化すれば、ルールがどのように変化するのかを明らかにしなければならない。その上で、本問の事案においては、どのようなルールが適用されることの結果として、G の主張に沿う結論となるものであるか、を示す必要がある。

また、判例法理の射程を問題とせずに【参考】判例の示したルールそのものを批判する場合であっても、十分な理由付けを示し、説得的な論述をしなければならない。そして、あるべきルールを明らかにし、その適用の結果も示す必要がある。

なお、G のすべき主張について問われているのであるから、仮に D の反論が完全に適切なものであると解答者が考えたとしても、あり得べき G の主張を考察しなければならない。また、賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか、という問題もあるが、「30 万円を差し引いて支払う」という G の主張を基礎付けることが求められているのであるから、その問題自体を論じる必要はない。

第 1 設問 1

- 1 AがCに対して履行を請求するためには、①主債務の発生原因事実、
②保証契約の締結、③②を書面ですること（446 条 1 項、2 項）及び④
②をするについての代理権の授与又は追認が必要である。

要件事実を列挙する必要は
あまりないなあ…などと思
いながら書いたため、いい加
減になってしまった。

本件では、Cは③を否定している。

- 2 (1) Cが書面性を否定していることから考えると、Cは自己のAに対す
る電話が②にあたり、保証契約の締結が書面でなされていない以上、
保証債務は発生していないと主張しているものと考えられる。

事案では「追認をした」とい
う表現は用いられていない
ので、Aに対する電話は追認
ではなく契約の締結である
とする余地もあると考えた。

- (2) これに対し、Aとしては、Cの自己に対する電話が追認（113 条 1
項）にあたることを前提として、書面性には問題がないと主張するこ
とが考えられる。

- 3 (1) まず、Aに対する電話が追認にあたるかであるが、Cは「連帯保証
人とする契約をしたことを認めて欲しい」とBから言われたうえで、
Aに対して「連帯保証人となることに異存はない」と述べており、B
が既にした無権代理契約を追認する意思表示をしたことが認められ
る。

すると、これによりBが書面をもって締結した契約が遡及的に有効
になり（116 条本文）、書面性は満たされるとも思える。

- (2) しかし、追認についても書面性が要求されるのではないかは、別途
問題となるだろう。

446 条 2 項が書面性を要求した趣旨は、保証契約の締結に慎重さを
要求するためであるが、追認についてもこの趣旨は当てはまる。

理由が薄すぎたか…。ただ、
三段論法のかたちを維持で
きたのは良かったかな？

そこで、追認においても、それが書面でされるか、又は書面の内容
を明確に認識したうえで追認がされる必要があると解するべきであ
る。

本件では、CはBから書面を示され、その内容を明確に認識したう
えてAに対して追認を行っており、書面性の要件は満たされる。

- 3 以上より、AのCに対する請求は認められる。

第 2 設問 2

- 1 (1) Bは、Fに対して、善管注意義務（400 条）違反を理由として、債
務不履行に基づく損害賠償請求（415 条前段）を請求することが考え
られる。

そのためには、①賃貸借契約の締結、②①に基づく丙建物の引渡し、
③債務不履行の存在、④損害の発生及びその額、⑤③と④の因果関係
を主張・立証する必要がある。

これに対して、Fは、自己はHに工事させない義務を負っていなか
ったから、自己には債務不履行（又は過失）はないと反論することが
考えられる。

債務不履行の話なのか過失
の話なのかがよくわからな
いが、基本件でもこの両者は
厳密に区別できないとか言
いてあったから、まあいい
か。

- (2) ア まず、工事を行う者いかによっては賃借目的物の維持に重大
な影響が及ぶことがあることからして、賃借目的物に工事を行う
ことができる場合であっても、一般的には、賃借人は不適な者に
工事をさせない義務を負っているものと解される。

ただ、本件では、B自身がHに工事を行わせることを承諾しており、さらに、Hはいわば内装工事のプロだったのだから、Fが、H
に工事をさせない義務を負っていたとは考えられない。

善管注意義務をいきなりあ
てはめに用いるとごり押し
的な論証になりがちなので、
下位規範を定立することに
した。

また、Fは、Hと共に内装の仕様及び施工方法を検討してはいる

＜総合コメント＞

難易度的には普通と感じました。

設問 1 は、追認も書面をする必要があるのか的な話が出てくるのはわかったものの、それだけだと事案をあまり生かせないなあ、と思い、電話（及び B への承諾。これには結局触れられていないが）が追認なのかどうかをやや丁寧に認定することにした。

設問 2 は、いろいろな法律構成が浮かんだものの、どのみち注意義務違反の有無を検討することになると思い、善管注意義務に的を絞って具体的に論じた。

設問 3 は、考えたこともなかった話なので、素直に誘導に乗るように心掛けた。

＜時間配分＞

答案構成： 65 分

答案作成： 55 分

なお、設問ごとに構成→記述，構成→記述，構成→記述 という順でやりました。

MEMO

第 1 設問 1

1 A の C に対する保証債務履行請求

(1) A が、C に対し、保証債務の履行を請求するには、保証債務履行請求権の発生原因事実を主張する必要がある。すなわち、①主債務の発生原因事実、②①の主債務を保証する旨の保証債務の発生原因事実、③②が書面でなされたこと（民法 446 条 2 項（以下、法典名は省略する。）、を主張する必要がある。

連帯保証の点はどうなるのか？と思ったが、分からない時は無視することに決めていたので、単に「保証債務」と書いて、あてはめで「連帯」と書いた。

(2) 本件では、A は、①A 及び B は、平成 22 年 6 月 11 日、代金を 6000 万円として甲土地を A が B に売る旨の契約（555 条）を締結した事実、②A 及び C は、平成 22 年 6 月 15 日、①の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が連帯して保証する旨の契約（454 条参照）を締結した事実、③②の契約が平成 22 年 6 月 11 日に B が C の代理人となって A との間で書面（446 条 2 項）が作成された事実、を主張する必要がある。

2 上記の A の主張に含まれる問題点とその当否

(1) 上記の A の主張③については、A C 間で契約時に直接書面が作成されていないという問題点がある。すなわち、②の契約が締結された平成 22 年 6 月 15 日には、B が C と会い、B が C に対し、C を連帯保証人にする旨の契約を締結したことを認めてほしいと要請し、C がこれを承諾して、その席から C が A に電話をし、連帯保証人になることに異存はない旨を告げたにとどまり、その際に A C 間で書面が作成されたわけではない。

そこで、平成 22 年 6 月 11 日に A B 間で締結された売買契約の際に B が C の代理人となって A との間で書面が作成された事実をもって、「書面」（446 条 2 項）に代用できるのか、「書面」の意義が問題となる。

(2) 一般に、446 条 2 項が「書面」を要求した趣旨は、保証人の責任の内容が、主債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うという重い責任（446 条 1 項）であることに鑑み、保証人となろうとする者に契約締結を慎重にするように自覚させる点にある。

このような規範にしたが、C は B から全て事情を聞いているのに、このような規範でいいのか不安に思った。

そうだとすれば、保証契約締結以前に保証人以外の者によって作成された書面は、当該保証人が保証契約締結時に当該書面を現認した上で署名するなどの特段の事情のない限り、保証人となろうとする者が契約締結を慎重にするように自覚させる趣旨を全うできないため、「書面」にあたらないと解する。

(3) 本件では、確かに、C は、平成 22 年 6 月 15 日に B と会った際に、B から A B 間の売買契約に基づき B が負う代金債務について C が連帯して保証する旨の契約を締結した事実、及び連帯保証人になることについての C の追認を後日に得たいと A に告げたことの説明を受けている。その上で、C は、C を連帯保証人にする旨の契約をしたことを認めてほしい旨を B から依頼され、これを承諾している。そうすると、C は自己が連帯保証人になること自体は納得していたといえる。

しかし、C は、その際に、B から、B が C の代理人となって A との間で C が連帯保証人となる旨の書面を作成した事実についての説明を受けていない。また、C は実際にその書面を現認した上で署名したなどの事実も存在しない。そうすると、C は連帯保証人となる際に契約締結を慎重にするように自覚できる機会があったとはいえ、事前に A B 間で作成された書面をもって代用することは、446 条 2 項の趣旨に反する。

よって、A が主張する③の書面は、「書面」にあたらない。

47 (4) 以上より、Aの主張③は妥当でない。

48 第 2 設問 2

49 1 Bの主張

50 (1) 本件では、Bは、Fとの間において、平成 23 年 10 月 1 日、丙建物の
51 1 階部分について、コーヒーショップとして使用することを目的とし、賃
52 料を月額 40 万円として、これをFに賃貸する旨の契約を締結している
53 (601 条)。

54 その後、平成 24 年 2 月末頃、B所有の丙建物の 1 階部分で雨漏りが発
55 生するようになったが、調査の結果、その原因は、Fが内装工事を依頼し
56 たHが工事の際に誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことにあった
57 ことが明らかとなった。

58 (2) そこで、Bは、丙建物の 1 階部分で雨漏りが発生するようになったの
59 は、Fが選定した履行補助者たるHの過失によるものであり、これは信義
60 則上（1 条 2 項）Fの過失と同視できるとして、Fに対して、Eに支払っ
61 た報酬に相当する 100 万円について、債務不履行に基づく損害賠償請求を
62 することが考えられる（415 条前段）。

63 2 Fの主張

64 (1) 上記のBの主張に対し、Fとしては、そもそも賃貸借契約の賃借人は
65 賃料支払義務（601 条）を負担するのみであって、その他の義務を負担す
66 ることはないため、Fには債務不履行の事実はない旨を主張すること が
67 考えられる。

実際はこんな主張はしないか
も、と思ったが、履行補助者の
故意・過失だけでは不安だった
ので、書いた。点にならないか
もしれない。

68 一般に、賃借人は、賃料支払義務を負う（601 条）ことに加え、賃貸借
69 契約の終了時には賃借物を返還する義務を負担している（616 条、597 条
70 1 項）。そうすると、賃借人は、賃借物を賃貸人に返還するまでの間は、
71 当該賃借物につき善管注意義務を負っている（400 条）というべきである。
72 従って、上記Fの主張は認められない。

73 (2) また、Fとしては、賃借物の修繕義務は、特約がない限り賃貸人が負
74 担する（606 条 1 項）ものであって、賃借人が賃借物について 必要費を
75 支出したときは、賃貸人に対して直ちにその償還を請求することができる
76 （608 条 1 項）ところ、丙建物の雨漏りの修繕費用は必要費であって、他
77 に特約はないことから、賃貸人たるBが負担するべきであり、Fが負担す
78 るものではない旨を主張することが考えられるが、かかる主張は認められ
79 ない。なぜなら、賃借物の修繕義務を賃貸人に負担させる 606 条 1 項の規
80 定や、賃借人による必要費の償還請求を規定する 608 条 1 項の規定は、い
81 ずれも賃借人が賃借物につき善管注意義務（400 条）を遵守したにもかか
82 わらず生じた賃借物の修繕について利益の調整を図る趣旨であって、善管
83 注意義務に違反した賃借人の責任を免責するものではないところ、後述の通
84 り、Fが善管注意義務を順守したとはいえないからである。

85 (3) 更に、Fとしては、丙建物の 1 階部分で雨漏りが発生するようになっ
86 た原因は、Fから独立した第三者であるHが工事の際に誤って丙建物の一
87 部に亀裂を生じさせたことにあり、F自身の過失はないことから、債務不
88 履行責任を負わない旨の主張をすることが考えられる。

89 一般に、契約当事者の一方が第三者を利用して自己の活動の範囲を広げ
90 ている場合において、当該第三者の過失により債務不履行がなされたにも
91 かかわらず当該第三者を利用した者の過失として構成しないと相手方当
92 事者の利益を著しく害し、公平の理念に反する。そこで、履行補助者の故

意・過失は、信義則上（1 条 2 項）利用者の故意・過失と同視すべきである。

そして、履行補助者の故意・過失が利用者の故意・過失と同視される根拠は公平の理念にあることから、履行補助者に当たるか否かは、①当該第三者を利用するに至った経緯、②第三者を利用した当事者の関与の程度、③相手方当事者の関与の程度、という事情を総合考慮し、いずれの当事者に費用を負担させるのが公平であるかという観点から決すべきと解する。

履行補助者の故意・過失をメインに聞いていると思ったが、どんな規範にしたらいいかかわらなかった。とにかく、問題文の引用評価が勝負だと割り切った。

本件では、F は、コーヒーショップとして使用することを目的として B との間で丙建物の 1 階部分の賃貸借契約を締結し、当該契約の締結に当たり、丙建物の 1 階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営む H に相談したのがきっかけで H が内装工事に関与したものであり、第三者たる H を利用するに至った経緯は F 側の事情による（要素①）。

また、F は、建物の 1 階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営む H に自ら相談し、B から丙建物の設計図を取り寄せるなどして、H と共に内装の仕様及び施工方法を検討し、B の承諾を得て、D が H に内装工事を発注したものである。そうすると、H に内装工事を発注するに至るまでの全過程について、F が主導的な役割を担っている（要素②）。

他方で、B は F との賃貸借契約締結の際に、F がコーヒーショップとして使用する目的であることを知っており、F が H と内装の仕様及び施工方法を検討する際に、丙建物の設計図を渡し、また、F から検討結果の概要の説明を受けて、それに従い内装工事を行わせることについて F に承諾を与えている。しかし、B による上記行為は、全て F からの求めに応じたものであって、B が主導的に H の内装工事に関与したものではない（要素③）。

以上の事情を考慮すると、H による内装工事については B よりも F が主導的な役割を演じたといえ、F がより H に深く関与していたといえる。そうすると、H の過失による費用負担は F に負わせるのが公平であるといえ、H は履行補助者にあたるというべきである。

従って、上記の F の主張は認められない。

3 結論

以上より、F の主張はいずれも認められず、B の主張が認められる。

第 3 設問 3

1 G の B に対する請求の根拠

(1) 本件では、D が「G が、報酬の相当額を支払うよう B に対し請求する権利を有することについて、説明してほしい。」と反論している。これに対し、G としては、G が E に支払った報酬の相当額である 30 万円は「必要費」（608 条 1 項）にあたり、G は E に対し 30 万円相当の必要費償還請求権を有すると主張すべきである。

(2) すなわち、G は、B との間において、平成 23 年 11 月 1 日、丙建物の 2 階部分について、学習塾として使用することを目的とし、賃料を月額 30 万円として、これを B から賃借する旨の契約を締結している（601 条）。従って、G は「賃借人」（608 条 1 項）にあたる。

また、平成 24 年 9 月初旬、大型で強い台風が襲い、丙建物の 2 階部分は、暴風のため窓が損傷し、外気が吹き込む状態となった。そのままでは丙建物の 2 階部分では児童や生徒に対し授業をすることにも支障が生ずる

状況であった。そうすると、2 階部分の修繕は、G が学習塾として丙建物の 2 階部分を利用するためには必要不可欠であることから、G が E に依頼した修繕に対する報酬 30 万円は「必要費」（608 条 1 項）にあたる。

さらに、G は、丙建物の 2 階部分の窓の損傷につき、すぐに状況を B に知らせようとした（615 条）が、B の所在を把握できなかったことから、やむなく G は E に 2 階部分の修繕を依頼したものである。そうすると、G は 615 条に関する義務を果たしたといえ、G が E に依頼した修繕に対する報酬 30 万円は「賃貸人の負担に属する」（608 条 1 項）といえる。

- (3) 以上より、G は、必要費償還請求権（608 条 1 項）を根拠に、報酬の相当額 30 万を請求することができ、これを自働債権として賃料債権と 30 万円の範囲で相殺（505 条 1 項）すると主張すべきである。

2 平成 13 年判例について

- (1) そうだとしても、D は、「判例によれば、G の必要費償還請求権と賃料債権を相殺することをもって、D に対抗することはできないから、G は D に対して 90 万円全額の支払い義務を負うはずである。」と反論している。この反論を踏まえて、G はどのような主張をしたらよいか。

- (2) 平成 13 年判例は、抵当権者の利益と抵当不動産の賃借人の相殺の利益との調和の観点から、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後に限って、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することができない、とするものである。

そうだとすれば、平成 13 年判例の反対解釈として、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えがなされる前であれば、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することも許されると解する。

- (3) 本件では、D が抵当権に基づく物上代位権の行使として、B が G に対して有する賃料債権のうち、平成 24 年 9 月 25 日以降に弁済期が到来する同年 10 月分から平成 25 年 9 月分までについて差押えの申立てをしたのは、平成 24 年 9 月 18 日であり、この差押えに係る差押命令が G に送達されたのは平成 24 年 9 月 21 日である。

他方で、丙建物の 2 階部分の窓が損傷し、外気が吹き込む状態となったのは、平成 24 年 9 月初旬であり、E 及び G がこの 2 階部分の修繕について契約を締結したのが平成 24 年 9 月 8 日であり、G が E に報酬を支払ったのは翌 9 日である。そうすると、G は B に対して「直ちに」（608 条 1 項）必要費償還請求権を取得するから、G の B に対する必要費償還請求権が発生したのは、平成 24 年 9 月 9 日であり、これは D が抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えがなされる前にあたる。

- (4) 以上より、G としては、G の B に対する必要費償還請求権が発生したのは、D が抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えがなされる前にあたるため、平成 13 年判例の射程が及ばず、G は B に対する報酬の相当額である 30 万円を自働債権として 90 万円の賃料債権との相殺をもって、D に対抗できる、と主張すべきである。

以上

時間がないので、理由付けが、これだけになってしまった。本当は、趣旨から言いたかった。

＜総合コメント＞

トイレに行く時間がなくて後悔。

民法は、要件事実の部分が苦手であるので、ボロが出ないように短く書くように努めた。
また、問題文の事情をたくさん引用するように努めた。

＜時間配分＞

答案構成： 30 分

答案作成： 90 分

MEMO

〔第 2 問〕（配点：100 〔設問 1〕から〔設問 3〕までの配点の割合は、2：5：3）

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。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）の定款は、別紙のとおりである。

甲社の発行済株式の総数は 1000 株であり、その資本金の額は 4 億円である。甲社は、会社法上の大会社ではない。

2. 甲社は、亡 P が創業し、その妻 Q、長男 A、二男 B、三男 C らと共に発展させてきた会社であり、株主構成としては、Q が 120 株、A が 400 株、B が 250 株、C が 150 株を有し、そのほか、A の長男 D が 30 株、亡 P の弟 E が 50 株を有していた。

甲社における取締役は A、B、C 及び Q の 4 人であり、代表取締役社長は A であった。これらの取締役は、いずれも平成 23 年 3 月に開催された定時株主総会（以下「平成 23 年総会」という。）で再任され、その任期は、平成 24 年 12 月 31 日に終了する事業年度に関する定時株主総会の終結の時までであった。

3. 平成 23 年総会においては、取締役全員の報酬の総額を年 6000 万円以内とする旨の決議がされ、その直後の取締役会において、全員一致により、次の定時株主総会までの間の各取締役の報酬の額を A につき 2000 万円、B につき 1500 万円、C につき 1200 万円、Q につき 1000 万円とする旨の決議がされた。

その後、平成 24 年 3 月に開催された定時株主総会の直後の取締役会においても、全員一致により、次の定時株主総会までの間の各取締役の報酬につき、上記と同額とする旨の決議がされた。

4. 平成 24 年 10 月、Q が死亡した。Q の相続人は、A、B 及び C の 3 人であり、Q は、遺言をしていなかった。

遺産分割協議では、A、B 及び C が互いに譲らない状況が続いていた。A、B 及び C は、Q が有していた甲社株式についての権利行使者に関しても協議したが、合意に至らなかったため、平成 25 年 1 月 20 日、B 及び C は、上記の権利行使者を B とすることに合意し、甲社に対し、連名でその旨を通知した。

5. 平成 25 年 1 月下旬、A は、E から、E の経営する会社が資金繰りに窮したために緊急にその有する甲社株式を換金したい旨の相談を受けた。

A は、自己の意向に沿う株主を増やすことを企図し、E に対し、友人である資産家の F を紹介した。F は、A から、甲社株式を保有して A を支持すれば、株式の価値も上がり良い投資になる旨説得され、株式の取得を承諾した。

同年 2 月 13 日、E は、F との間で、その有する甲社株式 50 株を代金 1 億円で売り渡す旨の売買契約を締結し、甲社に対し、会社法所定の記載がされた株式譲渡承認請求書を提出した。

A は、取締役会において F が甲社株式を取得することについて承認しない旨の決定がされることを懸念し、他の取締役に対し、E から株式譲渡承認請求書が提出されたことを伝えなかった。

6. その後、甲社において取締役会は開催されず、甲社から E に対して何の連絡もないまま、2 週間が経過した。

平成 25 年 3 月 1 日、A は、F に対し、「F が甲社株式を取得することについて取締役会の承認の効力が生じたので、今後は、株券の交付さえ受ければ、特段の手続を要することなく、F は、正式に甲社の株主として扱われることになる。」などと伝えた。F は、A の発言を信じ、E に対し甲社株式の代金 1 億円を支払い、E から株券の交付を受けた。F は、甲社に対し、名義書換の請求手続を採らず、甲社において、名義書換の手続はされなかった。

E は、受領した代金をその経営する会社のために使用した。

7. 一方、A は、甲社における自己の支配権を確立する目的で、あらかじめ自らの払込金を用意した上で、B 及び C が短期間に調達することが困難な多額の出資を伴う株主割当てによる募集株式の発行を実施しようと考えていた。そして、A は、銀行から一定額の融資を受ける見込みとなっ

たが、なお払込金に不足する部分につき、取締役の報酬の増額により捻出しようと考えた。

8. 甲社では、平成 25 年 3 月 7 日に開催された取締役会において、同月 16 日を開催日として、平成 24 年 12 月 31 日に終了した事業年度に関する定時株主総会（以下「平成 25 年総会」という。）を招集することとされ、平成 25 年総会に、①計算書類の承認議案を提案すること、並びに②任期満了を迎える A、B 及び C のほか、D 及び甲社の総務部長 G を取締役候補者とする旨の取締役選任議案を提案することが、全員一致で承認された。

平成 25 年 3 月 8 日、甲社は、A、B、C、D 及び F に対し、平成 25 年総会の招集通知を発送した。その招集通知には、第 1 号議案として上記①の議案が、第 2 号議案として上記②の議案が記載されていた。なお、平成 25 年総会における議決権の行使につき、基準日は定められなかった。

9. 平成 25 年総会においては、A、B、C 及び D が出席し、F は、D を代理人として、一切の議決権の行使を委任していた。

第 1 号議案及び第 2 号議案が満場一致で承認可決された後、A は、株主総会の席上で、取締役全員の報酬の総額を年 3 億円以内に引き上げる旨の議案を提案した。B は、甲社の経営状態を理由に反対する旨述べたが、株主総会の議長である A は、採決をすることとした。

A は、Q が有していた甲社株式についての B による議決権行使に関しては、その株式についての権利行使者の指定につき A の同意がないから、無効として取り扱うこととし、その結果、賛成した議決権の数が 480 個（内訳は、A 400 個、D 30 個、F 50 個）、反対した議決権の数が 400 個（内訳は、B 250 個、C 150 個）となり、可決を宣言した（以下「本件報酬決議」という。）。

A は、閉会の宣言をし、平成 25 年総会は、終了した。

10. 平成 25 年総会の直後に開催された甲社の取締役会においては、取締役への就任を承諾した A、B、C、D 及び G が出席した。

この取締役会において、A から、(a)代表取締役として A を選定すること、(b)次の定時株主総会までの間の各取締役の報酬の額を A につき 2 億円、B につき 1500 万円、C につき 1200 万円、D 及び G につき各 2000 万円とすること、並びに(c)株主割当ての方法により募集株式を発行することが提案された。上記(c)については、株主に対しその有する株式 5 株につき 2 株の割当てを受ける権利を与えること、引受けの申込みの期日及び払込みの期日を平成 25 年 4 月 1 日とすること、募集株式 1 株の払込金額を 200 万円とすることなど、会社法所定の事項についての提案がされた。

上記(a)から(c)までの議案について、B 及び C は反対したが、A 並びに A から事前に話を聞いていた D 及び G が賛成したため、これらの議案は、賛成多数により可決された。

11. 平成 25 年 3 月 17 日、甲社は、株主に対し、上記 10 の株主割当てに係る募集事項その他の会社法所定の事項を通知し、その通知は、同日、株主全員に到達した。

12. 平成 25 年 4 月 1 日、甲社は、各取締役に対し、上記 10 で定められた報酬の全額を支払った。同日、A、D 及び F は、募集株式の割当てを受ける権利を行使し、その払込金額の全額の払込みをした。B 及び C は、甲社の経営の主導権を握りたかったが、その払込金額の一部しか資金を用意することができず、募集株式の割当てを受ける権利を行使しなかった。

【設問 1】 上記 5 の E の F に対する甲社株式の譲渡が甲社に対する関係で効力を生ずるかどうかについて検討したうえで、甲社が平成 25 年総会において F を株主として取り扱うことの可否について、論じなさい。

【設問 2】

- (1) B が本件報酬決議の効力を否定するために会社法に基づき採ることができる手段について、

論じなさい。

- (2) 甲社は、A、D 及び G に対し、上記 12 において支払済みの報酬の全部又は一部の返還を請求することができるかどうかについて、論じなさい。ただし、取締役の会社に対する任務懈怠責任（会社法第 423 条）については、論じなくてよい。

〔設問 3〕 B が、①上記 11 の時点において、募集株式の発行を阻止するために会社法に基づき採ることができる手段、及び②上記 12 より後の時点において、募集株式の発行の効力を否定するために会社法に基づき採ることができる手段について、論じなさい。

別 紙

甲 株 式 会 社 定 款

（商号）

第 1 条 当社は、甲株式会社と称する。

（目的）

第 2 条 当社は、次の事業を営むことを目的とする。

- 一 自動車部品の製造
- 二 不動産の賃貸
- 三 前二号に附帯関連する一切の事業

（本店の所在地）

第 3 条 当社は、本店を乙県丙市に置く。

（発行可能株式総数）

第 4 条 当社の発行可能株式総数は、2 0 0 0 株とする。

（株式の譲渡制限）

第 5 条 当社の株式を譲渡により取得するには、取締役会の承認を受けなければならない。

（株主割当ての方法による募集株式の発行）

第 6 条 当社は、会社法第 1 9 9 条第 1 項の募集において、株主に株式の割当てを受ける権利を与える場合には、取締役会の決議により、同項各号に掲げる事項及び同法第 2 0 2 条第 1 項各号に掲げる事項を定めることができる。

（株券の発行）

第 7 条 当社は、発行する株式に係る株券を発行する。

（機関）

第 8 条 当社は、株主総会及び取締役のほか、取締役会及び監査役を置く。

2 当社の監査役の監査の範囲は、会計に関するものに限定する。

（株主総会の招集権者及び議長）

第 9 条 株主総会は、代表取締役社長が、これを招集し、その議長となる。

（代表取締役社長）

第 10 条 取締役会は、その決議により、代表取締役社長を選定する。

（事業年度）

第 11 条 当社の事業年度は、毎年 1 月 1 日から 1 2 月 3 1 日までの 1 年とする。

以上は、甲社の定款の全部である。

【出題趣旨】

本問は、非公開会社である甲社において代表取締役が自己の支配権を確立するために一連の方策を講じた事例に関して、譲渡制限株式の譲渡の効力と名義書換未了の場合の取扱い（設問 1）、株主総会における取締役の報酬の増額決議の効力、この決議に基づいて支払われた報酬の返還請求の可否及び範囲（設問 2）、株主割当てによる新株発行の差止めの可否及び新株発行の効力（設問 3）を問うものである。

設問 1 前段は、E の F に対する株式譲渡の甲社に対する効力を問うものである。甲社は、株券発行会社であり、非公開会社であるから、甲社株式の譲渡が甲社に対する関係で効力を生ずるには、株券の交付により当事者間における株式譲渡の効力が発生することを前提として、取締役会の決議により株式譲渡の承認がされなければならない。本問では、会社法第 145 条の規定によるみなし承認の要件を形式的に充足していることを踏まえた上で、代表取締役 A が、取締役会において F に対する株式譲渡が承認されないことを懸念し、これを取締役に諮ることを回避して上記のみなし承認の要件を充足させたという事情を指摘する必要がある。そして、このような本来の制度の目的とは異なる目的でみなし承認の制度を利用した点がみなし承認の効力に影響を与え得るか否かについて、株式譲渡自由の原則、株式の譲渡制限とみなし承認の制度趣旨、甲社の既存株主又は譲受人 F のいずれの利益を保護すべきか等に触れながら、説得的に論ずることが求められる。

設問 1 後段では、基準日の定めがなく、株主総会当日の株主に議決権を行使させればよいことを前提として、名義書換をしていない F を会社側から株主として取り扱うことができるか否かについて、名義書換が対抗要件であること（会社法第 130 条）やその趣旨に照らして論ずることが求められる（最判昭和 30 年 10 月 20 日民集 9 卷 11 号 1657 頁参照）。本問では、代表取締役 A の言動が原因となって F から名義書換の請求がされていないことから、F に法定の手続を履践していないという一定の落ち度は認められるものの、名義書換の不当拒絶に類似する状況であるという視点から論ずることも考えられる。設問 1 前段において、みなし承認の効力を否定し、E の F に対する株式譲渡は甲社に対して効力を生じていないという結論を採った場合には、株式譲渡の効力要件を具備しながらも名義書換未了の株主を会社側から株主として取り扱うことができるかという問題とは異なることを意識した上で、論ずることが必要である。

設問 1 全体を通じて、株式譲渡の当事者間における効力、会社に対する効力及び会社に対する対抗要件について、その制度趣旨、要件、相互の論理的関係等を理解した上で、筋の通った解答をすることが求められる。

設問 2 前段は、平成 25 年総会における取締役の報酬の増額決議の効力を問うものである。具体的には、まず、①取締役会設置会社である甲社の株主総会において、その招集の際に定められた株主総会の目的である事項（会社法第 298 条第 1 項第 2 号）以外の事項について決議をしたことについて、同法第 309 条第 5 項に違反し、株主総会の決議方法の法令違反という同法第 831 条第 1 項第 1 号の決議取消事由に該当することを指摘する必要がある。また、②Q の死亡により遺産共有状態にある株式の権利行使者の指定（同法第 106 条）が共有者の持分の過半数の同意により行われたことについて、同条の規定の趣旨、上記の権利行使者の指定の持つ意味、権利行使者の指定に共有者の全員一致を要とする見解との比較等を踏まえ、その指定の効力を論じた上で、議長 A が B による議決権の行使を認めなかった取扱いの法的評価につき、上記①と同様の決議取消事由に該当するか否かを論ずる必要がある（最判平成 9 年 1 月 28 日民集 18 1 号 83 頁参照）。さらに、③同法第 831 条第 1 項第 3 号の決議取消事由に関しても、取締役の報酬総額を定める株主総会決議について取締役である株主が特別利害関係人に該当するか否か、その議決権行使によって著しく不当な決議がされたか否かについて、本問の事実関係に即して論ずることが求められる。上記①から③までに加え、設問 1 において、譲受人 F を株主として取り扱うことができないという結論を採った場合には、E に株主総会の招集通知を発していないこと及び F の議決権行使を許容したことについても、決議取消事由に該当するか否かを論ずることが考えられる。なお、これらの決議取消事由については、同法第 831 条第 2 項の裁量棄却の余地があるか否かを論ずることも期待される。

設問 2 後段では、平成 25 年総会における取締役の報酬の増額決議が取り消されると、当該増額決議は遡及的にその効力を失うこと、その結果、平成 23 年総会における取締役の報酬総額の決議がなお効力を有することとなることを前提として、平成 23 年総会において定められた報酬総額の枠を超える額の個別報酬額

を定めた取締役会決議の効力を論ずる必要がある。具体的には、この取締役会決議が全部無効となるのか又は一部無効にとどまるのか、一部無効となる場合には、各取締役に対する報酬決定について無効となる金額、全部無効となる場合には、全部返還を求め得るのか等の検討を踏まえて、結論の妥当性をも意識しつつ、各取締役に対して不当利得として報酬の返還を求め得ること及びその具体的金額について、説得的かつ論理的に論ずることが求められる。

設問 3 前段は、本問のような株主割当てによる新株発行に対し、不公正発行を理由とする差止請求（会社法第 210 条第 2 号）ができるか否かを問うものである。同号は、株式の発行が「著しく不公正な方法」により行われることを要件とするところ、本問では、株主全員に申込みの機会を付与する株主割当ての事案であること、新株発行の目的が A による支配権の確立にあること、A は、取締役の報酬の増額により、払込資金を用意するために有利な状況を自ら作出していること等の事実を的確に摘示した上で、上記の要件に該当することを説得的に論じ、また、「株主が不利益を受けるおそれ」という要件についても、株主 B が持株比率の低下という不利益を受けるおそれがあることを記述することが必要である。さらに、差止請求の実効性を確保する観点から、これを被保全権利とする仮処分（民事保全法第 23 条第 2 項）についても、保全の必要性に関する事情を指摘しつつ、言及すべきである。

設問 3 後段では、新株発行無効の訴え（会社法第 828 条第 1 項第 2 号）の可否について論ずることが求められる。この訴えに係る無効事由について法の定めがないことを前提として、新株発行により形成された法律関係の安定性や新株発行が会社の業務執行に準ずるものであることを重視する見解（最判平成 6 年 7 月 14 日集民 17 2 号 771 頁参照）を踏まえつつ、本問では、甲社が非公開会社であり、株主の持株比率の利益が重視されるべきであること、他方で、B は、新株発行差止請求権を被保全権利とする仮処分により救済を受けることが可能であったこと等を意識しながら、説得的に論ずることが必要である。

1 設問 1

2 1 設問前段

3 (1) E の F に対する甲社株式譲渡は、本件株式が譲渡制限株式である
4 ことから、会社の承認が必要である。本件では、株主 E からの譲渡
5 承認請求がなされているが（会社法（以下略）136条）、甲社では
6 かかる請求に対し何らの連絡もないまま、2週間が経過しているとい
7 うのであるから、145条1号により譲渡承認がなされたものとみ
8 なされることになる。

何とか現場で条文を探し当
てた。

9 (2) そして、甲社は株券発行会社であるところ、EF間では株券の交付
10 が現になされている（128条1項本文）。

11 (3) もっとも、本件譲渡を甲社に対抗するには、名義書換が必要なところ、
12 そもそも名義書換は対抗要件に過ぎず、会社の事務処理上の便宜
13 のための制度に過ぎない。そのため、事務処理上の便宜を超えて、会
14 社が名義書換を不当拒絶していると同視しうるときには、信義則上、
15 会社側から、名義書換がなされていないことを主張することはできな
16 いというべきである。

ここは書くか迷った。会社
との関係を聞かれていると
考えて書いたが、設問後段
が名義書換えの問題だった
ので、書くとしてもそちら
で書くべきだった。

17 本件では、甲社代取 A が特段の手續は不要である旨の虚言が申し
18 向けられたことによるものであるから、信義則上、不当拒絶と同視
19 しうる。

20 したがって、本件では、甲社は、名義書換がなされていないこと
21 を主張することはできない。

22 (4) したがって、EF間の株式譲渡は甲社に対する関係で有効である。

23 2 設問後段

24 先に述べたように、株主名簿とその書換えは、会社の事務処理上の便宜
25 の見地から設けられた制度に過ぎないのであるから、仮に、名義書換が甲
26 社に対抗できないとしても、甲社は自己の危険において、Fを株主と取り
27 扱うことはできる。

典型論点でさして争いはな
いところだと思ったのであ
っさりと書いた。

28 設問 2 (1)

29 1 (1) Bは「株主」として、本件報酬決議から3ヶ月以内に取消訴訟を提
30 起することができる（831条1項）。

31 (2) 取消事由 1

32 Q死亡による相続により B が権利行使者として定められた株式の
33 議決権行使を認めなかったが、まず、被相続人の株式は相続により遺
34 産分割まで共有となるが（民法898条、同264条）、かかる共有
35 状態にある株式の権利行使者の指定は共有物の管理にあたるので、共
36 有者の過半数によって決することになる（民法252条）。

37 本件では持分各3分の1ずつの相続人のうち、BCがBを権利行
38 使者として指定してその旨甲社に通知しているのであるから、10
39 6条本文により適法に権利行使者の指定がなされているといえる。

40 しかし、本件決議において、かかる B に議決行使を認めなかつ
41 たことは決議方法に法令違反があることになる（831条1項1号）。

42 (3) 取消事由 2

43 本件報酬決議は招集通知に記載されていない事項（298条1項
44 2号参照）であるところ、これは株主総会の権限を制限した295
45 条2項に違反する。

309条5項を失念。痛い
と思う。

46 したがって、本件決議をすることは決議方法に法令違反があるこ

47 とになる（831条1項1号）

48 （4）裁量棄却（831条2項）の可否

49 上記取消事由1及び2はいずれも、決議方法の法令違反であるが、
50 議決権行使が株主権の基本権ともいえるべきものであることからする
51 と重大な違法であって、また、Bが議決権を行使していれば結果に影響
52 を及ぼしたともいえるので、裁量棄却は認められない。

ここは積極ミス。少数説にせよ、こうした構成が有り得るのなら多少なりとも救われるが、なぜ書いてしまったか大後悔。

53 2（1）Bは本件決議が361条1項1号に反し、総会決議としては内容の
54 法令違反として無効確認訴訟を提起することができる（830条）。

55 （2）すなわち、取締役の報酬を総会決議にかからしめた趣旨は、取締役
56 のお手盛り防止にあるため、総額を定めれば、一応、かかる趣旨には
57 反しないといえる。しかしながら、それまでの報酬総額が6000万
58 円であったのに対し、今回は、自己の会社支配権を維持するため募集
59 株式を行って、その払い込み費用を捻出するためにBは報酬決議案
60 を提出しており、これは、先にみた取締役のお手盛り防止という36
61 1条1項の趣旨に反するものである。

ここは何を書かせたいのか題意を掴めず失敗。特定の教材で議論されている内容を知らなくても、素直に考えれば足りたのかもしれない。

62 （3）したがって、本件報酬決議は内容の法令違反として無効である。

63 設問2（2）

64 本件報酬決議が無効ないし取消しとなれば、AないしDは支給報酬相当分
65 について不当利得返還債務を負うことになる（民法703、704）。

66 もっとも、取締役の報酬は職務の対価であるので、とりわけDGに対して
67 は返還させるのは酷である。そこで、2億円のうち、Aの従来の報酬200
68 0万円を控除した1億8000万円について不当利得として返還請求を認
69 めるべきである。

設問3はサービス問題であったのに設問2までに時間を使いすぎた。時間配分の明らかなミス。非常に残念。

70 したがって、甲社はAに対し1億8000万円の返還を請求することが
71 できる。

72 設問3

73 1 設問前段

74 Bは事実11の時点では、募集新株発行差止め（210条）とともに、
75 仮処分申立て（民保23条2項）をすべきである。

慌てていたのも、株主の不利益要件（210条柱状）の認定を落とす。

76 本件では、Aは甲社における自己の支配権を確立する目的で株式発行を
77 行うものであって、資金調達目的もないので、主要目的ルールに照らすと、
78 著しく不正な方法による場合（210条2号）にあたる。

採点実感でも繰り返し触れられていたので、簡単に触れておいた。

79 したがって、Bの申立ては認められる。

80 2 設問後段

81 Bは事実12の時点では、新株発行無効の訴えを提起すべきである（8
82 28条1項2号、2項2号）。

規範と当てはめをきちんと分けたかったが時間がこの時点で5分を切っていた。

83 無効事由は法文上明らかではないため、もっぱら解釈に委ねられるが、
84 一般には、取引の安全も考慮して重大な違法がある場合をいう。

85 本件では、Aの会社支配の意図を実現する手段として株式発行が利用さ
86 れ著しく不正であることから重大な違法といえる。

ここは実際には殴り書き状態。落ち着けばちゃんと点が取れる問題だとは思うが…。

87 しかしながら、甲社は非公開会社ではあるが、閉鎖会社ではないので、
88 依然として取引の安全に配慮すべきであるから、無効事由にはあたらない
89 というべきである。

以上

＜総合コメント＞

今回の試験で、刑法と並んで一番の失敗科目。出題の意図を掴み損ね（設問 1）、ピンボケ・積極ミス（設問 2）、時間不足（設問 3）とまったく良いところなし。30 点台を覚悟すべきかもしれない。

今振り返ると何でこんなことを書いたかと思うが、本試験はやはり魔物が棲んでいる（かも）。

＜時間配分＞

答案構成：45 分

答案作成：75 分

MEMO

第1 設問1

1 設問1 前段

(1) 本件で、EのFに対する甲社株式の譲渡が甲社に対する関係で効力を生ずるか。

(2) 甲社は株券発行会社であり（甲社定款7条、会社法128条1項）であり、株

式の譲渡（会社法127条）には、株券の交付（128条1項）が必要であるところ、

FはEに対し甲社株式の代金1億円を支払い、Eから株券の交付を受けている。

もっとも、甲社定款によると、甲社株式を譲渡により取得するには、取締役会の承認を受けなければならないこととされており（甲社定款5条）、甲社の株式は譲渡制限株式（会社法2条17号（以下、法典名は省略する。））にあたる。

そうすると、EのFに対する甲社株式の譲渡が甲社に対する関係で効力を生ずるためには、株式の譲渡に係る承認手続（会社法（以下、法典名は省略する。）136条以下）を経なければならない。

本件では、平成25年2月13日、Eは、Fとの間で、その有する甲社株式50株を代金1億円で売り渡す旨の売買契約を締結し、甲社に対し、会社法所定の記載がされた株式譲渡承認請求書を提出している（138条1号、136条）。もっとも、これを受けたAは、取締役会においてFが甲社株式を取得することについて承認しない旨の決定がされることを懸念し、他の取締役にたいし、Eから株式譲渡承認請求書が提出されたことを伝えていなかったため、甲社においては取締役会が開催されず、甲社からEに対して何の連絡もないまま、2週間が経過している。そうすると、甲社は、136条の承認をする旨の決定をしたものとみなされる（145条1号）。

そうすると、本件では、甲社の株式の譲渡に係る承認手続（会社法（以下、法典名は省略する。）136条以下）を経たといえる。

(3) そうだとしても、本件では、AからFに対し、「株券の交付さえ受ければ、特段の手続を要することなく、Fは、正式に甲社の株主として扱われることになる。」などと伝えられたこともあって、Fは、甲社に対し、名義書換の請求手続（133条1項）を採っていない。

一般に、株式の譲渡は、その株式を取得した者の氏名又は名称及び住所を株主名簿に記載し、又は記録しなければ、株式会社に対抗することができない（130条2項1項）。

本件では、Fは、甲社に対し、名義書換の請求手続を採らず、甲社において、名義書換の手続はされなかった。そうすると、Fは甲社に対し、EF間の株式の譲渡を対抗できない。

(4) 以上より、EF間で生じた株式譲渡の効力を甲社に対抗できないことから、EのFに対する甲社株式の譲渡は甲社に対する関係で効力を生じない。

2 設問1 後段

(1) 前述の通り、Fは、甲社に対し、名義書換の請求手続を採っておらず、130条2項1項により、EのFに対する甲社株式の譲渡は甲社に対する関係で効力を生じないため、甲社は平成25年総会においてFを株主として取り扱うことはできないのではないかと。

(2) 一般に、130条2項1項が株式譲渡を会社に対抗するために名義書換を要求した趣旨は、会社が株主を取り扱う際の事務処理上の便宜を考慮した点にある。そうだとすれば、会社がかかる利益を放棄するというのであれば130条の適用を排除したとしても130条の趣旨に反しない。また、130条1項は「対抗することができない。」と規定するにとどまり、会社との関係で一律に効力を否定するような文言にはなっていない。

今時、株券発行会社なんてありえないだろう、と少しイライラしていた。

この条文に答案構成段階で気がつかず、答案作成段階で気付いたため、答案を大幅に訂正することになってしまい、枚目の答案用紙が汚くなってしまった。

従って、名義書換未了の株主であっても、会社側が名義書換未了による事務処理上の便宜の利益を放棄することを認めている場合には、会社側から名義書換未了株主を株主として取り扱うことも許されると解する。

(3) 本件では、Fは、甲社に対し、名義書換の請求手続を採っていないが、平成 25 年 3 月 8 日、甲社は、A、B、C、Dに加えてEではなくFに対して、平成 25 年総会の招集通知を発送している。そうすると、本件は、甲社側が名義書換未了による事務処理上の便宜の利益を放棄することを認めている場合にあたる。

(4) 以上より、甲社が平成 25 年総会においてFを株主として取り扱うことは許される。

本件のように、Eに何の連絡もなかったり、Fに「特段の手続を要する必要がない」と虚偽の内容を伝えている事情があった場合に、この規範が使えるかよくわからなかったが、時間がないので深く考えないことにした。

第2 設問2

1 小問(1)

(1) Bが本件報酬決議の効力を否定するために、本件報酬決議の取消しの訴え(831 条 1 項)を提起することが考えられる。

ここで、Bは甲社の株式を 250 株保有しており、「株主等」(831 条 1 項柱書)にあたる。また、平成 25 年総会が開催されたのは平成 25 年 3 月 16 日であり、平成 25 年 6 月 16 日までに訴えを提起すれば、「3 箇月以内に、訴えをもって」(831 条 1 項柱書)の要件をも満たす。

では、本件報酬決議に決議取消事由(831 条 1 項各号)があるか。

(2) 決議取消事由

ア 一般に、招集通知には、株主総会の目的である事項があるときは、当該事項を記載し、又は記録しなければならない(299 条 4 項、298 条 1 項 2 号)。

本件では、甲社の招集通知(299 条 1 項)には、第 1 号議案として、計算書類の承認議案を提案すること、および、第 2 号議案として、取締役選任議案を提案することが記載されていたのみであり、Aが株主総会の席上で提案した議案である取締役全員の報酬の総額を年 3 億円以内に引き上げることについては招集通知に記載されていなかった。

そうすると、本件報酬決議は、「招集の手続」(831 条 1 項 1 号)に、299 条 4 項、298 条 1 項 2 号に違反するという「法令・違反」(831 条 1 項 1 号)があるといえ、取消事由が存在する。

この部分は自信がない。問題文の雰囲気から、書いてしまった。

イ また、一般に、取締役は、株主総会において、株主から特定の事項について説明を求められた場合には、当該事項について必要な説明をしなければならない(314 条 1 項)。

本件では、株主Bは甲社の取締役でもあり、甲社の経営状態を理解していると思われる。このような株主Bから、甲社の経営状態を理由に反対する旨述べられた場合には、甲社の経営状態を考慮してもなお当該議案の議決する合理的な必要性がある旨を説明しないと、株主は当該議案について合理的な判断をすることができない。そうすると、Bの発言には、説明を求める趣旨が含まれており、株主総会の議長であり当該議案を提案した代表取締役社長であるAは、採決をする前に議案を提案する合理的な必要性を説明する義務があったといえる。

それにもかかわらず、Aは、何ら説明をすることなく採決するに至っており説明義務違反(314 条違反)があるといえる。

従って、本件報酬決議は、「決議の方法」(831 条 1 項 1 号)に、314 条に違反するという「法令・違反」(831 条 1 項 1 号)があるといえ、取消事由が存在する。

ウ では、Aは、Qが有していた甲社株式についてのBによる議決権行使については、その株式についての権利行使者の指定(106 条 1 項)につきAの同意がない

から無効として取り扱った点については取消事由となるか。

一般に、106 条本文に基づく権利行使者の指定は、管理行為（民法 252 条本文）に準ずるから、持分の過半数によって決すべきと解する。

本件では、A の持分は 400 株、B の持分は 250 株、C の持分は 150 株であって、B 及び C の持分を合計しても 400 株であり過半数の要件を満たしていない。そうすると、平成 25 年 1 月 20 日に、B 及び C から甲社に対してなされた権利行使者を B とする旨の通知は無効であるといえる。

従って、Q が有していた甲社株式について無効として取り扱った点については、取消事由とならない。

(3) 裁量棄却 (831 条 2 項)

一般に、招集手続や決議方法が法令や定款に違反するときであっても、裁判所は、その違反事実が重大でなく、かつ、決議に影響を及ぼさないものであるとみとめるときは、請求を棄却することができる(831 条 2 項)。

本件では、取消事由のうち招集通知に報酬引き上げの件を記載していない瑕疵は重大な瑕疵であるといえる。なぜなら、招集通知への記載は、株主が出席の機会と準備の余裕のために要求されるものであるところ、仮に記載されていれば、少なくとも F は D を代理人として議決権行使を委任していなかったかもしれず、株主の議決権行使に重大な影響をあたえる瑕疵であるといえるからである。

また、賛成した議決権の数である 480 個の内訳は、A 400 個、D 30 個、F 50 個であり、D は A の長男であり、また F は D を代理人として一切の議決権行使を委任していたのであるが、仮に F が報酬引き上げの件を事前に承知していたなら、代理人 D に委任せず自ら反対に回った可能性もあり「決議に影響を及ぼさないもの」であったといえない。

よって、裁量棄却はされない。

(4) 以上より、B は本件報酬決議の効力を否定するために、本件報酬決議の取消しの訴えを提起するという手段を採ることができる。

2 小問 (2)

(1) 取締役会決議の有効性

一般に、取締役会決議について特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることはできない (369 条 2 項)

本件では、議案 (a) は、平成 25 年総会直後に開催された甲社取締役会において、各取締役の報酬を A は 2 億円という破格の報酬に増額したのに対し、B の 1500 万円と C の 1200 万円は、平成 23 年総会直後の取締役会で決定された B、C の報酬額と同一である。また、D と G は経験のない新米の取締役であるにもかかわらず、B、C よりも高額の 2000 万円の報酬額である。そうすると、議案 (a) は、A、D、G のみ合理的な理由なしに高額な報酬を支払うという内容であり、これは甲社の利益と両立しえない A の個人的な利益を図るものであるため、A、D、G は「特別の利害関係を有する取締役」にあたる。

それにもかかわらず、A、D、G は (a) の議案について議決に加わっているため、当該取締役会決議は 369 条 2 項に違反し無効である。

(2) 返還請求の可否

一般に、無効な取締役会決議に基づいて代表取締役によってなされた業務執行行為は、取引安全の観点から有効であるのが原則である。

もっとも、取引安全を考慮する必要がない場合には、会社の利益保護の観点から例外的に、当該業務執行行為は無効となる。

本件では、平成 25 年 4 月 1 日に、甲社は、無効な取締役会決議に基づいて、

裁量棄却はいつも答練でよく忘れるので、更正段階で大きく書いた。

すでに、残り時間が迫っていたので、あてはめ中心に記載するように心がけた。

A、D、Gに対して報酬が支払われている。しかし、A、D、Gはいずれも無効な取締役会決議に参加していたものであり、甲社の内部者であるから取引安全を考慮する必要がない場合に当たる。

以上より、甲社は、A、D及びGに対し支払済みの報酬のうち適正な報酬額を超える部分について不当利得返還請求（民法 703 条）をすることができる。

第 3 設問 3

1 ①について

(1) 平成 25 年 3 月 17 日の時点では、引受けの申込みの期日及び払込みの期日である平成 25 年 4 月 1 日より以前であり、募集株式の発行の効力が発生していないため、Bは、募集株式発行の差止請求（210 条）をすることが考えられる。

(2) まず本件発行価額は募集株式 1 株の払込金額を 200 万円とするものであり、甲社の発行済株式総数が 1000 株であって、資本金額が 4 億円であることからすると、1 株あたり払込金額 200 万円は 5 倍程度高額な金額であるといえるので、「募集株式を引き受ける者に特に有利な金額」（199 条 3 項）であるとはいえない。そうすると、取締役会において議案 (c) を決議した点は、199 条 3 項に違反するものではなく、210 条 1 号には該当しない。

この部分は不要だったかもしれない。

(3) では、210 条 2 号に該当するか。

一般に、休眠会社でない限り、資金調達目的は存在するのが通常である。そこで、「著しく不公正な方法」であるか否かは、主要目的が自らの会社支配維持の目的で募集株式の発行がなされているか否かで決すべきである。

本件では、Aは自己の意向に沿う株主を増やすことを企図し、Eに対し自己の友人であるFを紹介している。また、Aは、甲社における自己の支配権を確立する目的で、あらかじめ自らの払込金を用意した上で、B及びCが短期間に調達することが困難な多額の出資を伴う株主割当てによる募集株式の発行を実施しようと考え、その計画に従い、平成 25 年総会で招集通知にない報酬引き上げの議案を議決した上、直後の取締役会で自らの報酬だけ 2000 万円から 10 倍に当たる 2 億円に引き上げ、本件募集株式の発行に及んでいる。

以上の事情に照らすと、Aによる募集株式発行は主たる目的は資金調達目的でなく、甲社における自己の支配権を確立する目的にあるといえ、「著しく不公正な方法」であるといえる。

(4) 以上より、Bは、募集株式発行の差止請求（210 条）をすることができる。

2 ②について

(1) 平成 25 年 4 月 1 日より後の時点では、すでに引受けの申込みの期日及び払込みの期日を経過しているため、効力が発生している。そこで、Bは、募集株式の発行等無効の訴え（828 条 1 項 2 号）を提起することが考えられる。

(2) 一般に、差止事由があったとしても、効力発生後は当該事由が無効事由にならないのが原則である。なぜなら、発行された株式は転々譲渡されるのが通常であり、取引の安全を図る必要があるからである。

しかし、譲渡制限株式を発行する会社の場合には、株式が転々譲渡されないため、取引安全を考慮する必要がない。よって、かかる会社においては、差止事由も無効事由になると解する。

ここは、よくわからなかった。時間がなかったので思いつきで書いた。

(3) 本件では、甲社は譲渡制限株式を発行している（甲社定款 5 条）ことから、差止事由も無効事由になる。

(4) 以上より、Bは、募集株式の発行等無効の訴え（828 条 1 項 2 号）を提起することができる。

以上

＜総合コメント＞

商法は苦手科目なので、開始前にずっと緊張していた。商法は苦手意識がずっとあったので、慎重になりすぎて、設問 1 で、ほぼ 1 頁にわたって大訂正してしまった。

苦手科目は作らないように準備することが重要だと、後になって痛感した。

＜時間配分＞

答案構成：50 分

答案作成：70 分

MEMO

〔第 3 問〕（配点：100〔設問 1〕から〔設問 4〕までの配点の割合は、2.5：2.5：2：3）

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕から〔設問 4〕までに答えなさい。

【事例 1】

A は、甲 1 及び甲 2 の二筆の土地を所有していたところ、平成 24 年 9 月 30 日、土地甲 1 を B に遺贈する旨の遺言（遺言①）をし、同年 10 月 31 日、土地甲 2 を C に遺贈し、遺言執行者として D を指定する旨の遺言（遺言②）をした。A の夫は、既に亡くなっており、子 E がいるものの A とは疎遠となっており、B 及び C はいずれも A の友人である。A は、同年 12 月 1 日、死亡した。

遺言①の存在を知った E は、平成 25 年 1 月 10 日、遺言①は A が意思能力を欠いた状態でされたものであり無効であると主張し、B を被告として、遺言①が無効であることの確認を求める訴えを提起した（訴訟 I）。

以下は、B の訴訟代理人である弁護士 L 1 と司法修習生 P 1 との間でされた会話である。

L 1：遺言無効確認の訴えは、遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、確認の利益は認められるでしょうか。判例はありますか。

P 1：はい。最高裁判所昭和 47 年 2 月 15 日第三小法廷判決（民集 26 巻 1 号 30 頁）は、三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において、次のように判示しています。

「本件記録によれば、X ら（原告・控訴人・上告人）は、訴外某が昭和 35 年 9 月 30 日自筆証書によつてなした遺言は無効であることを確認する旨の判決を求め、その請求原因として述べるところは、右某は昭和 37 年 2 月 21 日死亡し、X ら及び Y 1 から Y 5 まで（被告・被控訴人・被上告人）が同人を共同相続したものであるところ、右某は昭和 35 年 9 月 30 日第一審判決別紙のとおり遺言書を自筆により作成し、昭和 37 年 4 月 2 日大分家庭裁判所の検認をえたものであるが、右遺言は、右某がその全財産を共同相続人の一人にのみ与えようとするものであつて、家族制度、家督相続制を廃止した憲法 24 条に違背し、かつ、その一人が誰であるかは明らかでなく、権利関係が不明確であるから無効である、というものである。これに対し、Y 1 を除くその余の被上告人らは、本訴の確認の利益を争うとともに、本件遺言により右某の全財産の遺贈を受けた者は Y 2 であることが明らかであるから、本件遺言は有効である旨抗争したものである。第一審は、遺言は過去の法律行為であるから、その有効無効の確認を求める訴は確認の利益を欠くとして、本訴を却下し、右第一審判決に対して X らより控訴したが、原審も、右第一審判決とほぼ同様の見解のもとに、本訴を不適法として却下すべき旨判断し、X らの控訴を棄却したものである。

よつて按ずるに、いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めることとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとつていても、遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるものと解される場合で、原告がかかる確認を求めるにつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的な法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の有効の可否を判断することによつて、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかなからである。

以上説示したところによれば、前示のような事実関係のもとにおける本件訴訟は適法というべきである。それゆえ、これと異なる見解のもとに、本訴を不適法として却下した原審ならびに第一審の判断は、民訴法の解釈を誤るものであり、この点に関する論旨は理由がある。したがって、原判決は破棄を免れず、第一審判決を取り消し、さらに本案について審理させるため、本件を第一審に差し戻すのが相当である。」

L 1：ありがとう。ただ、訴訟Ⅰの事案には昭和 47 年判決の事案とは異なるところがあるように思います。昭和 47 年判決を前提としながら、事案の違いを踏まえ、E が提起した遺言①の無効確認を求める訴えが確認の利益を欠き不適法であると立論してみてください。

〔設問 1〕

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

【事例 1（続き）】

C は、平成 25 年 3 月 1 日、土地甲 2 につき、遺言執行者 D とともに遺贈を原因とする所有権移転登記手続の申請をし、同日、上記登記が経由された。

E は、同年 5 月 1 日、遺言②は A が意思能力を欠いた状態でされたものであり無効であると主張し、D を被告として、上記所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（訴訟Ⅱ）。

以下は、D の訴訟代理人である弁護士 L 2 と司法修習生 P 2 との間でされた会話である。

L 2：E が D を被告として本件訴えを提起したのはなぜですか分かりますか。

P 2：はい。遺言執行者は、遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有しており、遺言執行者がある場合に、相続人は相続財産についての処分権を失い、右処分権は遺言執行者に帰属します（民法第 1012 条、第 1013 条）。また、最高裁判所の判決にも、「相続人は遺言執行者を被告として、遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができるのである。」と述べるものがあります（最高裁判所昭和 51 年 7 月 19 日第二小法廷判決・民集 30 巻 7 号 706 頁）。E はその趣旨に従ったのだと思います。

L 2：なるほど。ただ、本件でもそのように言うことができるでしょうか。私としては、本案前の抗弁として、訴訟Ⅱの被告適格は受遺者 C にあり、遺言執行者 D には被告適格がないと主張し、訴えの却下の判決を求めようと考えています。このような立場から立論してみてください。

〔設問 2〕

あなたが司法修習生 P 2 であるとして、弁護士 L 2 から与えられた課題に答えなさい。

【事例 2】

材木商 F は、土地乙をその所有者 J から賃借し、材木置場として利用していたところ、平成 15 年 4 月 1 日、死亡した。F の相続人は、その子である G 及び H の 2 名であり、F の妻 I（G 及び H の母）は F より先に亡くなっている。

G は、F の死亡後、家業を継ぎ、土地乙を引き続き材木置場として利用している。

ところが、土地乙については、平成 13 年 4 月 1 日に同日付け売買を原因とする J から H への所有権移転登記がされている。

G は、平成 23 年 1 月 10 日、H を被告として、土地乙につき G が所有権を有することの確認及び G への所有権移転登記手続を求める訴えを提起したところ、H は、土地乙の明渡しを求める

反訴を提起した。

この訴訟（以下「前訴」という。）において、Gは、土地乙は、Gの父Fからその生前に贈与を受けた資金でGがJから買い受けたものであると主張し、Hは、Jから土地乙を買い受けたのはGではなく、Hの父Fであり、その後HがFから土地乙の贈与を受けたと主張した。

前訴の裁判所は、審理の結果、土地乙をJから買い受けたのは、GではなくFであると認められるが、HがFから土地乙の贈与を受けた事実は認められないとの心証を得たものの、それ以上、何らの釈明を求めることなく、Gの本訴請求とHの反訴請求をいずれも棄却する判決を言い渡し、同判決は、そのまま確定した。

ところが、その後もHが贈与により土地乙の単独所有権を取得したと主張したため、Gは、平成25年3月15日、Hに対し、土地乙がFの遺産であることを前提として、相続により取得した土地乙の共有持分権に基づく所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起した。

この訴訟（以下「後訴」という。）において、Hは、前訴の本訴請求についての判決により、土地乙はGの所有でないことが確定しており、この点について既判力が生じているから、Gは相続による共有持分の取得を主張することもできないと主張している。

以下は、後訴におけるGの訴訟代理人である弁護士L3と司法修習生P3との間でされた会話である。

P3：前訴判決の認定によれば、土地乙はFの遺産に属し、したがって、Gは法定相続分に応じた共有持分権を有していることになるので、前訴において、Gの請求はその限度で認容されるべきであったのではないのでしょうか。

L3：確かにそのような疑問は湧きますね。そもそも訴訟物のレベルにおいてGが単独所有権に基づく請求をしているのに、共有持分権の限度で請求を認容することが一部認容としてできるかについては議論がありますが、両者は実体的に包含関係にあり、一個の訴訟物の一部として共有持分権の限度で請求を認容することは可能であるという前提で考えてください。

P3：分かりました。

L3：それから、今の点とは別に、Gが相続によって不動産を取得したことを主張する場合の請求原因が何であるか確認する必要がありますね。その上で、主張のレベルにおいて、裁判所は、請求原因の一部であってGが主張していない事実を判決の基礎とすることができるといえることが問題になりそうです。検討してみてください。

【設問3】

- (1) 相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因は何か。本件の事実関係に即して説明しなさい（共有持分の割合に関する部分は捨象すること。）。
- (2) 前訴における当事者の主張を前提とすると、裁判所は、適切に釈明権を行使したならば、上記請求原因を判決の基礎とすることができるかどうか、検討しなさい。

【事例2（続き）】

以下は、数日後に弁護士L3と司法修習生P3との間でされた会話である。

L3：さて、我々としては、前に検討してもらった諸点を踏まえて、Hの上記主張に対し、Gの法律上の反論を考えることになりますが、見通しはどうですか。

P3：法律論としてまとめきれていないのですが、前訴ではHの反訴請求も棄却されているにもかかわらず、後訴で前訴判決の既判力を持ち出してGの共有持分権を否定するというHの態度には問題があるような気がします。既判力によっては妨げられない訴えを信義則に基づいて却下した判例（最高裁判所昭和51年9月30日第一小法廷判決・民集30巻8

号 799 頁，最高裁判所平成 10 年 6 月 12 日第二小法廷判決・民集 52 巻 4 号 1147 頁）と関連付けて法律論を組み立てられないかと考えています。

例えば，平成 10 年判決は，次のように述べています。いわゆる明示の一部請求の訴訟物は，その債権全体のうちの一部請求部分に限られるという考え方を前提とする判旨です。

「一個の金銭債権の数量的一部請求は，当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり，債権の特定の一部を請求するものではないから，このような請求の当否を判断するためには，おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。すなわち，裁判所は，当該債権の全部について当事者の主張する発生，消滅の原因事実の存否を判断し，債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し（最高裁判平成 2 年（オ）第 1146 号同 6 年 11 月 22 日第三小法廷判決・民集 48 巻 7 号 1355 頁参照），現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し，現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し，債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって，当事者双方の主張立証の範囲，程度も，通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は，このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて，当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって，言い換えれば，後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない。したがって，右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは，実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり，前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し，被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと，金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは，特段の事情がない限り，信義則に反して許されないと解するのが相当である。」

L3：そうですね。既判力は前訴の訴訟物の範囲について生じ，その範囲で後訴において作用するのが原則ですが，あなたが指摘してくれた昭和 51 年判決や平成 10 年判決のように，判例は，訴訟物の範囲を超えて後訴における蒸し返しを封じる場合を認めています。訴訟物の範囲を超える部分では信義則が働くという論法です。

このように信義則を理由として訴訟物の範囲よりも広く蒸し返しを禁じること（遮断効の拡張）が認められるのであれば，信義則を理由として既判力の作用を訴訟物よりも狭い範囲に止めること（遮断効の縮小）も認められるかもしれません。遮断効の縮小に関しては，色々な考え方がありますが，本件では，平成 10 年判決を参考にして立論することにしましょう。言うまでもなく，信義則は一般条項ですから，これを持ち出す場合には，どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎付けるのか，十分検討する必要があります。困難な課題ではありますが，H の上記主張に対し，G の立場から考えられる法律上の主張を立論してみてください。

〔設問 4〕

あなたが司法修習生 P3 であるとして，弁護士 L3 から与えられた課題に答えなさい。

【出題趣旨】

本問は、二つの相続紛争事案を基に、確認の利益（設問 1）、当事者適格（設問 2）、弁論主義（設問 3）及び判決の効力（設問 4）について検討することを求めている。問題文には、事実関係のほか、関係する判例や考え方の方向性等が示されており、受験者にはこれらの情報を踏まえた上でその先の考察を行うことが期待されている。

〔設問 1〕は、遺言無効の確認を求める訴えである訴訟Ⅰについて、訴えが確認の利益を欠き不適法であるとする立場からの立論を行うこと、換言すれば、本件には最高裁判所昭和 47 年 2 月 15 日第三小法廷判決・民集 26 卷 1 号 30 頁の判例の射程が及ばず、本件で遺言無効の確認を求めることは確認対象の選択において適切でないと論じることを求めている。

一般に、現在の権利又は法律関係の存否ではなく、その前提に過ぎない過去の実事や法律関係の存否を問題とすることは、多くの場合迂遠であるし、その後の法律関係の変動が考慮されず、現在の紛争の解決に役立つとも限らないことから、過去の法律関係の存否の確認を求める訴えには、原則として確認の利益がないとされている（売買契約の無効の確認を求める訴えにつき最高裁判所昭和 41 年 4 月 12 日第三小法廷判決・民集 20 卷 4 号 560 頁）。【原則及びその根拠】

昭和 47 年最判によれば、遺言が無効であることの確認を求める訴えは適法として許容される場合があるとされているけれども、同最判の事案は、多数の不動産等を含む全財産を一人の相続人に遺贈するというものであり、そのような場合に個々の財産について原告の共有持分権に引き直してその確認を求めるとすれば、特定の財産を漏らしたりする危険もある。そのようなことを想定すると、遺言が複数の財産を対象とするような事案においては、対象財産全てに共通する遺言という基本的法律行為の無効を既判力により確定する方が、より直接的かつ抜本的な紛争解決につながるものといえる。【昭和 47 年最判の理解】これに対し、訴訟Ⅰで問題とされている遺言①の対象財産は、土地甲 1 だけであり、遺言①の無効の確認を求めることによって多数の紛争を一挙に解決できるという関係にない。E としても、B を被告として現在の法律関係である土地甲 1 の所有権の確認を求める訴えを提起できれば紛争の解決として十分である。昭和 47 年最判は本件とは事案を異にし、本件にその判例の趣旨は及ばない。【本件事案への当てはめ】昭和 47 年最判についてはより広く遺言無効の訴えを許容したものという理解もあり得るが、設問の趣旨に沿って訴訟Ⅰが確認の利益を欠くというためには、以上のように立論することになる。

過去の法律関係の存否の確認を求める訴えが許されないという原則の根拠に関し、設問に対する解答を超えて確認の利益の一般論（対象選択の適否、手段としての適否等）を論じて、特に評価の対象とはしない。昭和 47 年最判との関係では、なぜ上記原則の例外が認められるのか、その理由を説明することが必要である。本件事案への当てはめに関しては、昭和 47 年最判の事案と本件の事案とが区別できること、換言すれば、二つの事案の相違とその意味することを理解し、答案に表現できていることが必要であるが、重要なのは対象財産の個数であり、相続人の人数の多寡や受遺者が相続人であるか否かがポイントになっているわけではない。

〔設問 2〕は、所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えである訴訟Ⅱについて、被告とされた遺言執行者 D が被告適格を欠き、訴えは不適法であるとする立場からの立論を行うこと、換言すれば、遺言執行者が遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有することを定めた民法の規定や、相続人が遺言執行者を被告として遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができる旨述べる最高裁判決があるにもかかわらず、訴訟Ⅱの被告適格は受遺者 C にあり、遺言執行者 D には被告適格が認められないことを、その根拠と共に論じることを求めている。

遺言執行者が相続財産について有する管理処分権、ひいては法定訴訟担当として認められるその当事者資格も、遺言執行という任務に由来するものであるが、訴訟Ⅱで問題とされている遺言②の対象財産は土地甲 2 のみであり、遺言②に基づく遺言執行の内容も同土地の所有権移転登記を行うことに尽きる。ところが、登記が受遺者 C に移転した以上、この遺言②の執行は終了しており、遺贈目的物の管理処分権も遺言執行者ではなく受遺者 C に帰属することからすれば、所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えは、登記名義人であり本来の登記義務者である受遺者 C を被告として提起すべきである。

遺言執行者 D が被告適格を欠くというためには、このように立論することになる。

相続財産に関する訴訟において遺言執行者に被告適格が認められることの根拠に関しては、遺言執行者の実体法上の地位（問題文に書かれている内容）を再確認し、法定訴訟担当であることなど遺言執行者の訴訟法上の地位に言及すべきであるが、設問に対する解答を超えて「そもそも当事者適格とは…」といった当事者適格の一般論を論じても特に評価の対象とはしない。本件事案への当てはめに関しては、登記の移転により遺言の執行が終了したこと及び遺贈目的物の管理処分権が受遺者に帰属していることの二点を指摘すべきであり、仮に遺言執行者が当事者適格をもち続けることとなれば、遺言執行者がいつまでも相続紛争から解放されないことになって不都合であるといった指摘があれば評価できる。

〔設問 3〕及び〔設問 4〕は、相続人である G 及び H のうち、G が相続財産である土地乙を占有し、H が同土地の登記名義を有しているという事実関係において、G が H に対し売買による土地乙の取得を請求原因として所有権移転登記手続を求める訴え等を提起し、H が G に対し同土地の明渡しを求める反訴を提起した（前訴）ところ、本訴請求及び反訴請求をいずれも棄却する判決がされて確定し、その後、G が H に対し今度は相続を請求原因として土地乙の共有持分権に基づく所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起した（後訴）という事案を基に、後訴において H がした主張、すなわち『前訴の本訴請求についての判決により、土地乙は G の所有でないことが確定しており、この点について既判力が生じているから、G は相続による共有持分の取得を主張することもできない』との主張に G の立場から反論することを求めている。

弁護士 L 3 と司法修習生 P 3 との会話にもあるとおり、前訴判決の認定によれば土地乙は F の遺産に属し、したがって、G は法定相続分に応じた共有持分権を有していることになるが、単独所有権と共有持分権は実体的に包含関係にあり、一個の訴訟物の一部として共有持分権の限度で請求を認容することは可能であるという理解を前提とする。

〔設問 3〕は、まず議論の前提を整理するものである。

小問 1 では、相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因を本件の事実関係に即して摘示することが求められている。請求原因事実その他の主要事実とは、法律要件に該当する具体的な事実をいい、抽象的な摘示、例えば、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の請求原因事実を「返還約束」と「金銭の授受」であると解答するようではいけない。本問では、①『F は平成 15 年 4 月 1 日死亡』、②『G は F の子』、③『J は土地乙をもと所有』、及び④『J F 売買』を摘示すべきであるが、上記③④の代わりに『F は①の当時土地乙所有』と書いた答案にも同じ評価をする。

小問 2 では、小問 1 で整理した請求原因ごとに各事実が当事者から主張されているか否かを検討することが求められている。具体的にみると、上記①、②及び③については、「父 F から」「その生前に」などの G の主張から読み取ることができるのに対し、上記④については、G はこれと矛盾する「J G 売買」を主張し、かえって H が④を主張していることから、このように請求原因の一部でありながら原告である G が主張していない事実を判決の基礎とすることができるか否かということが問題となる。

弁論主義は、裁判所と当事者との間の役割分担を問題とするものであるから、主要事実の主張はいずれの当事者からされてもよく、ある主要事実が既に当事者によって主張されているときは、それがたまたま主張責任を負っていない当事者によって主張されていても、裁判所は、この事実を斟酌でき（主張共通の原則）、そうすると、上記④についても判決の基礎とすることができる。

なお、上記③④に代えて『F は①の当時土地乙所有』を請求原因として挙げた場合は、この点は G も H も主張していないため、これ自体について主張共通の問題にはならないが、『F は①の当時土地乙所有』を基礎付ける上記③④のうち④について上記に述べた通り主張共通問題を生じることになる。

このように必要な請求原因事実の主張に欠けるところはないと理解すると、弁論主義の本来の趣旨からは、設問の場面において裁判所の釈明は不可欠なものでないことになるが、それが裁判所の心証の所在を敗訴の可能性のある当事者（この場面で言えば H）に対して明らかにし、注意を喚起するためのものであるなどの説明があれば評価できる。

〔設問 4〕は、既判力による遮断効の範囲が縮小するという理論構成をし、G の立場から H の主張に反論することを求めている。遮断効の範囲の縮小に関しては色々な考え方があり得るものの、本問では、問題文において示唆されているとおり、明示的一部請求の事案において、既判力によっては妨げられない訴えを信義則に基づいて却下した判例と関連付けて論じることが求められている。

前訴で G の所有権確認請求の全部棄却が確定した以上、G が乙土地について共有持分権を有するとの主張は既判力により遮断されるのが原則である。【原則の確認】

しかし、前訴で H は、反訴請求原因事実として J F 売買・F H 贈与を主張し、裁判所が前者を認め後者を否定した以上、前訴判決には乙土地が F の遺産であるとの裁判所の判断が示されており、設問 3 で検討したように、本来 G の本訴請求は相続分に応じた共有持分の限度で一部認容されるべきであったことを考えれば、後訴において、F からの相続による乙土地の共有持分権の取得を G が主張することが紛争の蒸し返しであるとは評価できない。【G の主張の評価】

かえって、後訴において H が、前訴裁判所の上記判断を前提として F の死亡によりその子 G が共有持分権を取得したとする G の主張を、G の所有権確認請求を全部棄却した内容的に不当な判決の既判力を持ち出して争うことは、上記判断が前訴における H の自己責任に基づく訴訟追行の結果であることに照らすと、信義則違反である。【H の信義則違反】

そうすると、G の所有権確認請求を全部棄却した確定判決の既判力は、後訴における G の上記主張を遮断しない限度で、訴訟物の枠よりも縮小される。【結論】

いずれにせよ、H の信義則違反に何らかの形で引き寄せて論じることが必要であり、また、信義則という一般条項を用いるからには、どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎付けるのかを具体的に論じなければならない。

MEMO

設問 1

1 昭和 4 7 年判決の事案は原告被告ともに相続人である。これに対して、
2 B は相続人ではない受遺者である点が異なる。

最初に見たときには全くわからなかったもので、とりあえず飛ばして、設問 2 を検討した。

2 (1) 相続人間の遺産についての争いであれば遺言が無効であるとされ
ると遺産分割の手続により紛争が解決されることが期待できる。し
かし、相続人でない者に対する遺贈の効力の争いは、その本質は目
的物の所有権にある。そうだとすると、遺言が無効であることにつ
き確認がなされても、受遺者が生前贈与があったと主張することが
考えられる。したがって、遺言が無効であることの確認は現在の特
定の法律関係が存在しないことの確認を求めているとはいいがたい。

確認の利益の類型を書こうかとも思ったが、時間がなかったので省略した。ただ、判例の枠組は書くべきだったと思う。

(2) 本件においても、遺言①が無効であることの確認がなされても、B
は A から甲 1 について生前贈与を受けたと主張して争うことができ
るので、紛争解決の機能が十分であるとはいえない。E は現在の法律
関係である甲 1 の所有権の確認を求めることにより、直接的に紛争解
決が図られるといえる。

規範として判例の射程を明らかにすべきだったと思う。

(3) したがって、E が提起した訴えは確認対象の利益を欠く。

3 以上により、E の提起した訴えは確認の利益を欠き不適法である。
設問 2

当事者適格の定義を忘れてしまっていた。

1 当事者適格の有無は紛争解決を図るためにより適切な者を選別する観
点から判断すべきと解する。よって、当事者が争う権利義務の主体に当事
者適格を認めるべきである。

2 昭和 5 1 年判決は相続財産に属しているものについて持分権を有する
ことの確認を求める訴えであった。これに対して、本件は目的物の甲 2 に
ついては既に受遺者の名義に所有権移転登記が完了しており、遺言の執行
は終了しているといえる。そうだとすると、遺言執行者に処分権はあると
はいえない。むしろ、所有権登記名義人である受遺者の支配下にあるとい
え、権利義務の主体としては受遺者がより適切であるといえる。

判例があったのを思い出したが、うろ覚えだった。

3 したがって、訴訟Ⅱの被告適格は所有権登記名義人の C にあるといえ
る。

ただ要件事実を並び立てればいいのか、それとも外のことを聞いているのか判断がつかなかった。

設問 3

1 (1) について

(1) 相続による特定財産の取得を主張するためには、①被相続人のもと
所有②被相続人が死亡したこと③原告は被相続人の子であることを
主張することを要する。

(2) したがって、本件における請求原因は①平成 1 3 年 4 月 1 日 J が乙
を所有していたこと、同日 J は F に乙を売ったこと、②平成 1 5 年
4 月 1 日 F が死亡したこと、③G は F の子であることである。

釈明権を行使すれば、欠けている請求原因事実を主張するのは？と思ったので、何を聞いているのか、全くわからなかった。

2 (2) について

(1) 裁判所は、当事者が主張していない事実に基づき裁判することはで
きない（弁論主義第 1 テーゼ）。その根拠は、私的自治の訴訟への反
映である。また、その機能は不意打ち防止にある。

そして、弁論主義第 1 テーゼが適用される「事実」は主要事実に限
られると解する。なぜなら、法律効果の要件となる事実である主要事
実について適用すれば、私的自治の尊重は達することができる。これ
に対して、間接事実、補助事実は証拠と同様の機能を有するので裁判
所の自由心証主義の領域にあるからである（2 4 7 条）。

とりあえず、多くの人が書きそうな弁論主義からアプローチしてみた。

(2) ここで、本件は所有権の来歴について争いがあるが、所有権の来歴は所有権の移転の原因となる事実であることから、主要事実であるといえる。よって、裁判所は当事者の主張するものと異なるものを認めることはできない。

余事記載だったかも知れない。

したがって、G の乙所有は認められないのが原則である。

(3) ア 本件においては、上記①の事実について H が主張している。そして、反対当事者が主張する主要事実についても裁判所は判決の基礎とすることができる。弁論主義は訴訟資料の提出について当事者と裁判所の役割分担を定めたに過ぎないので、どちらの当事者が提出したかは問題とならないからである。

したがって、裁判所は上記①の事実について判決の基礎とすることができる。

何か別のことを聞いていると思いつつ、これしかり思いつかなかった。

イ これに対して、H、G ともに②および③の事実は主張していない。

したがって、裁判所はこれらの事実を判決の基礎とすることはできない。

ウ もっとも、裁判所の釈明権の行使により、H が②および③の事実を主張した場合には、裁判所は判決の基礎とすることはできる。

第 3 設問 3

聞いたことのない問題で、戸惑った。

1 既判力は「主文に包含」されるもの、すなわち訴訟物に対する判断のみに及ぶと解される（114条1項）。そして、既判力は紛争の蒸し返しを防ぎ判決の実効性を確保するためにある。

そうだとすると、紛争の蒸し返しとはいえない場合には既判力は及ばないといえることができると解する。

2 本件において、前訴の判決では GH ともに乙の所有権を有しないとされている。そうだとすると、乙の所有権は A のままとなり、紛争解決基準が示されていないことになる。そして、G、H ともに F の相続人でありながら、相続分の主張もできないとすると、G、H の乙をめぐる紛争は解決しないことになる。

受験生の多くが、早くであろう既判力の根拠からアプローチを試みた。

3 また、前訴では F が乙を買い受けたと認定しており、G が主張する G が F を相続したことと、前訴の認定は矛盾するものではない。そうすると、G は乙の所有権について終局的解決を求めているものであり、前訴の争いについて紛争を蒸し返したのではない。

本件事案では、デッドロック状態になっているという特殊性があり、訴えにより解消させる途を残すべきだと考えた。

これに対して、H の主張は乙の所有権が死者である F にあるままであるべしとするものであり、紛争の解決をかえって妨げるものである。このように、紛争解決を妨げることは信義則に反し許されないものと解すべきである。

4 以上、H の主張は信義則に反し許されない。

以上

紛争解決は民事訴訟の目的なので、紛争解決を妨げることは信義則に反するとした。

＜総合コメント＞

設問 1 でいきなり躓く。10 分以上何も思いつかず、これはまずいと思いつつ設問 2 に何か手がかりはないかと思い飛ばして設問 2 を検討する。設問 3（2）は何を聞いているのかすらよくわからなかった。設問 4 は聞いていることはわかるが、純粋に難しかった。こんな調子なので、構成に手間取り、書く時間が不足した。

＜時間配分＞

答案構成：55 分

答案作成：65 分

MEMO

第 1 設問 1

1 E が提起した遺言①の無効確認を求める訴えは確認の利益を欠き不適法であるとの主張をする。具体的には、いわゆる遺言無効確認の訴えは、遺言が無効であることを確認するとの趣旨のもので、形式上過去の法律行為の確認を求めるものであり、確認の利益が原則否定され、例外的に肯定されるが、その例外に当たらないとの主張をする。

問題にて立場が指定されているから、このような立論。

2 確認の利益とは

点数稼ぎ。

まず、確認の利益とは、確認という観念的な行為はその対象が無制限なものとなるため、確認の訴えによることが有効・適切かを判断し、不必要な訴えを排除する機能をもつ。その内容としては、対象選択の適否、方法選択の適否、及び、即時確定の利益がある。

そして、過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えは、当該法律関係は時の経過とともに変化するため、その確認により紛争解決に資するといえず、対象選択が不適切なものとして、原則として確認の利益を欠く。つまり、過去の法律関係の確認に意味がないとの点と、現在の法律関係の確認にて手間をかけずに紛争解決が可能との点で、確認の利益が否定される。

もっとも、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとで提起される遺言無効確認の訴えは、現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求める場合には、当事者間の紛争の直接的な対象たる基本的法律関係である遺言の無効の当否を判断し、紛争の直接かつ抜本的解決に資する機能を有すると言える。さらに、現在の法律関係を確認した場合には、複数の訴えの提起が必要となる点で手間がかかるため、その手間を回避する必要性もある。

そのため、遺言無効確認の訴えについては、上記 2 点の批判が成り立たないことがあり、過去の法律関係等を基礎として現在の多数の権利関係が形成されているような場合において、過去の基本的な法律関係等の存否を確認することによって現在の個別の法律関係について包括的な解決指針を得ることができるときは、例外的に確認の利益が認められることがあるといえる。

事実の違い。人の複数か、物の複数かを指んだが、ごまかした。

3 昭和 47 年判決と訴訟 I との事案の違い

(1) 昭和 47 年判決は、三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力の確認の訴えであり、X 及び Y 1 から Y 5 までと、共同相続人が複数いる事案である。そのため、複数の共同相続人に対して個別に給付訴訟をするよりも、その基礎たる確認訴訟をすることが、紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要といえる。

(2) 他方で、訴訟 I は、土地甲 1 を B に遺贈する旨の遺言の効力の確認の訴えであり、推定相続人が E のみで、被告も友人 C 1 人である。そのため、C に対して給付訴訟を提起することで足り、過去にされた法律行為たる遺言の効力の確認の訴えは、紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要とはいえない。

4 よって、E が提起した遺言①の無効確認を求める訴えは確認の利益を欠き不適法である。

第 2 設問 2

1 訴訟 II の被告適格は受遺者 C にあり、遺言執行者 D には被告適格がなく、訴えの却下の判決がなされるべきであるとの主張をする。具体的には、遺贈の目的不動産につき遺言の執行としてすでに受遺者宛に遺贈による所有権移転登記がされている場合において、相続人が右登記の抹消登記手続を求めるときは、相続人は遺言執行者を被告として訴えを提起すべきであり、遺言執行者 D には被告適格がないとの主張をする。

被告適格の定義なんて覚えていない。その他の点につき丁寧に条文を引用しつつ解釈して、知っているかのようにごまかした。

2

(1) まず、訴訟における当事者適格とは、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、誰を本案判決の効力に服せしめるのが紛争解決にとって有意義であるかとの観点から決められる。

(2) そして、1013 条にて遺贈の目的不動産に関する相続人の管理処分権が奪われ、1012 条 1 項にて、遺言の執行に必要な限りにおいて遺言執行者に当該管理処分権が与えられている。そのため、遺言執行者の法律上の地位は、条文上は相続人の「代理人」（民法 1015 条）となっているが、訴訟担当者としての地位を有し、当事者として位置づけられる。

この遺言執行者の管理処分権は、遺言の執行として遺贈を実現することが遺言執行者の義務かつ

権利であるため、遺言の執行に必要な限りにおいて与えられているにすぎない。そのため、目的不動産につき遺言執行の業務たる登記の移転手続きを終えた時点、すなわち受遺者宛に登記が經由された時点以降は、抹消登記義務者は登記簿上の権利者であり、抹消登記手続請求の被告は登記簿上の権利者である受遺者となる。

今年は判例引用し
すぎ。

3 昭和 51 年判決と訴訟Ⅱとの事案の違い

(1) 昭和 51 年判決は、未だ遺言の執行としての遺贈による登記が經由されていない時点での事案であり、当該登記についての権利義務は排他的に遺言執行者に帰属し、被告適格は、遺言執行者に認められる。

(2) 一方で、訴訟Ⅱにおいては、C が、土地甲 2 につき、遺言執行者 D とともに遺贈を原因とする所有権移転登記手続の申請をし、すでに登記が經由されている。そのため、遺贈の目的不動産につき、一旦遺言の執行として受遺者宛に登記が經由された以てい、登記についての権利義務は受遺者に帰属し、遺言執行者は同権利義務を有するとは言えない状態にある。そのため、被告適格は遺言執行者にはない。

4 よって、訴訟Ⅱの被告適格は受遺者 C にあり、遺言執行者 D には被告適格がないため、訴えの却下の判決がなされるべきである。

配点が低いから、こんなもんだらうと少なめに結論のみ。のみ説の論証は時間が惜しかったか

第 3 設問 3 (1)

1 (1) 相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因としては、①被相続人が死亡時に特定財産を所有していたこと、②被相続人の死亡、③原告が被相続人の子であることがある。

このうち、①については権利自白が成立するが、被相続人の財産所有が争われているときには、同人が生前その財産の所有権を取得した事実を具体的に主張する必要がある。

(2) その他に、原告の他に相続人がいないことまで主張する必要があるか問題となるが、不要である。なぜなら、他に相続人がいたとしても、共同相続になるにすぎず、相続人が権利義務を包括的に承継することにはかわりなく（民法 882 条、887 条 1 項、896 条本文）、また、他に相続人がいないとの主張立証は困難であるためである。

問題が土地乙の遺産帰属につきどのような前提にたっているのかかわらず、当たり障りのない書き方をした。

2 本件の事実関係につき検討すると、GH 間で、土地乙が F の遺産であることを前提としておらず、被相続人の財産所有が争われているときには、① J が F に対して、土地乙を売ったこと、② F が平成 15 年 4 月 1 日に死亡したこと、及び③ G が F の子であることである。

一方で、GH 間で、土地乙が F の遺産であることを前提としているのであれば①の代わりに、①' F が土地乙を所有していたことを主張する。

第 4 設問 3 (2)

1 裁判所は、適切に釈明権を行使したならば、上記請求原因を判決の基礎とすることができるか。

2 (1) まず、訴訟資料の収集・提出を当事者の責任かつ権能とする弁論主義のうち、第 1 テーゼによれば、裁判所は当事者の主張していない主要事実を判決の基礎とすることはできない。このテーゼにより当事者は攻撃防御の対象を絞ることができ、弁論権が実質的に保障され、既判力が正当化される。

もっとも、弁論主義の形式的な適用による不合理を修正・補完して訴訟関係を明らかにする必要があるため、裁判所には釈明権（149 条）が認められる。

(2) そして、裁判所に権利として許される適切な釈明とは何かが問題となる。

この点、釈明の制度は、当事者の申立てや陳述に不明瞭な点がある場合において、できるだけ事案の真相をきわめることによって当事者間における紛争の真の解決を図ること、ひいては国民の司法への信頼を確保することを目的として設けられたものである。

そこで、適切に釈明権を行使するとは、所有権に基づく主張以外に、共有持分権に基づく更正登記手続請求につき主張するか否かを明らかにするように原告に促し、当事者双方に十分な主張立証の機会を与えることをいう。

そのため、原告の申立てに対応する請求原因として主張された事実関係と、これに基づく法律構成が、それ自体正当ではあるが、証拠資料によって認定される事実関係との間に食い違いがあ

問い方から弁論主義の問題と判断。しかし、「適切に釈明権を行使したならば」との問い方に疑問。配点のわりに釈明の一般論も聞いているのか。

って、その請求を認容することができないと判断される場合においてする釈明は許容されるといえる。

具体的には、その訴訟の経過やすでに明らかになった訴訟資料、証拠資料からみて、別個の法律構成に基づく事実関係が主張されるならば、原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の抜本的な解決が期待できるにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、しないことが明らかに原告の誤解又は不注意と認められるときは、その釈明の内容が別個の請求原因にわたる結果となる場合でも釈明は許容されるといえる。

(3) 本件において、G は所有権に基づく主張をする中で、「父 F」や、「その生前」という主張をしながら別個の法律構成である持分権に基づく主張をしておらず、それがされたならば、G の請求を認容することができ、当事者間における紛争の抜本的な解決が期待できるにかかわらず、G においてそのような主張をせず、かつ、しないことが明らかに G の誤解又は不注意と認められる。

よって、適切な釈明権の行使として、裁判所は、G に対し、裁判所により土地乙を J から買い受けたのが G ではなく F であると判断される場合には持分権に基づく主張をするか否かを問い、H に対し、それに対応する主張をするのか尋ねることとなる。

ここだけでも、最低限は点をもらえたと思う。

3 (1) 生前の所有について

その上で、弁論主義は、裁判所と当事者の役割分担を規律する概念であって、双方当事者のいずれかが主張した事実である限り、裁判所はこれを裁判の基礎とすることができる。

そのため、F が土地乙を所有していたことについて H が主張している以上、主張責任を負う G が主張していないとしても、主張共通の原則により、裁判所はこれを裁判の基礎とすることができる。

(2) 被相続人の死亡、子であることについて

前訴における当事者の主張によると、F の死亡と G が F の子であることにつき G も H もともに主張していない以上、裁判所は判決の基礎とすることができない。

しかし、G は「父 F」や、「その生前」という主張をしており、裁判所が適切に釈明権を行使することで、F が平成 15 年 4 月 1 日に死亡したこと、及び G が F の子であることを主張することとなる。

5 結論

裁判所は、適切に釈明権を行使したならば、上記請求原因を判決の基礎とすることができる。

設問に答える。

第 5 設問 4

1 G の立場からいかなる法律上の反論ができるか。

2 H の主張

(1) 前提として、H の主張を確認すると、H は、前訴の本訴請求についての判決の効力である既判力により、G は共有持分の取得を主張できないとの主張をしている。

(2) 既判力（114 条 1 項）とは、確定判決の判断内容の後訴における通有性ないし拘束力をいう。この既判力の根拠には、判決により確定された法律関係の法的安定を図り紛争の不当な蒸し返しを防ぐ必要と、前訴にて当事者双方に公平に主張立証の機会が与えられ、手続保障が十分に図られた結果としての自己責任による許容性がある。

そして、原則として、既判力は、「主文に包含するもの」（114 条 1 項）、つまり、訴訟物についての判断にのみ及ぶ。なぜならば、紛争解決のためには、訴訟物にのみ既判力を及ぼせば足り、また、訴訟物については手続保障が図られているためである。

本件では、前訴において G の乙土地についての所有権確認請求は棄却されているところ、共有持分も所有権の一部であることからすると、前訴所有権確認請求棄却判決は、所有権だけでなく共有持分の不存在をも確定するということができ、よって、G の相続による共有持分の取得の主張は前訴確定判決の既判力に抵触し許されないこととなる。

すぐには答えない。

3 G の法律上の反論

(1) G としては、既判力は前訴の訴訟物の範囲について生じて後訴において作用するのが原則である

が、例外的に信義則を理由としてその作用を訴訟物よりも狭い範囲に止めること（遮断効の縮小）も認められ、本件では、土地乙についての相続による共有持分権の取得の主張については、後訴にて遮断されないとの主張をする。

最後も判例。判例の要素を抽出する姿勢。

（2）平成 10 年判決における信義則（2 条）の適用

ア 明示的一部請求であっても、裁判所は、請求の当否を判断にあたり、債権の全部が請求されている場合と同様に当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断する。

また、当事者双方も主張立証の範囲、程度につき、債権の全部が請求されている場合と同様の主張を行う。

そのため、数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであり、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものとなり、原告が残部請求の訴えを提起することは、不当な蒸し返しとなる。

イ そして、どのような事情が、いかなる理由により、信義則の適用を基礎付けたのかは、民事訴訟における 3 者の立場から説明しうる。

つまり、①裁判所については、債権全体につき十分審理判断した上で、判決を行ったのであるから、確定判決に認められる既判力と同様の拘束力を認めることが許容される。

そして、②敗訴当事者に対しては、前訴にて十分な手続保障を与えられながら敗訴したことで、信義則による後訴の遮断が正当化できる。

また、③相手方にとっても、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものとなる。

（3）遮断効の縮小

ア この平成 10 年判決を参考とすると、①裁判所が、前訴にて十分な審理判断をしておらず、後訴で判決理由中の判断について争いを蒸し返されることが不当な蒸し返しと評価できないこと、②前訴敗訴当事者に実質的な手続保障が図られていないこと、③相手方当事者が前訴判決による利益を維持しながら、それに必然的に伴う不利益を免れようとするなど、紛争解決に対する期待が合理的なものでなく、また、主張立証の状況に鑑み、二重の応訴の負担とならないこととの要素から、信義則の適用が基礎付けられ、遮断効の縮小が認められ得る。

イ 本件では、①裁判所は、審理の結果、土地乙が F の遺産であるとの心証を得ていながら、何ら釈明権を行使せずに両請求を棄却しており、両当事者に主張立証の機会を与えた上で、共有持分権に基づく主張に関して実質的な審理を十分に行ったとは言えない。よって、後訴にて共有持分権について審理したとしても、それが当該裁判所における初めての審理といえ、前訴の蒸し返しであるとはいえない。

そして、②前訴の本訴請求にて敗訴した G には、裁判所による釈明権の行使がなかったことも相俟って、前訴にて相続による共有持分を有する旨の主張はしておらず、土地乙の半分につき有する共有持分権に基づく主張をすることができないまま敗訴しており、実質的な手続保障が図られていなかったと言える。

さらに、③相手方当事者である H は、前訴にて土地乙の単独所有につき手続保障が図られながらも反訴請求が棄却されているにもかかわらず、認められなかった主張を蒸し返して単独所有権を主張しており、その主張に対応して G は後訴を提起している。これは、前訴判決のうち、土地乙が F の遺産であるとの利益を維持しつつ、それに必然的に伴う G の持分権の分だけ自己の持分権が減少する不利益を免れようとするものである。また、G には共有持分権につき前訴で十分に手続保障が与えられていなかったことから、後訴で主張されても二重の応訴とはならず、正当な信頼を裏切るものではない。

（4）以上より、H の主張に対して、G は、本件では既判力の縮減が認められ、相続による共有持分の取得を主張することが出来るとの反論をすることができる。

以上

<総合コメント&時間配分>

15:20 着席

- ・「昨日のどら焼きは、注意事項7『試験室内の飲食…は禁止します。』にあたるから注意されたのだろう。では、ウィダーインゼリーは？」と思い、席で飲んでいたら、「ペットボトルに入った飲料以外は飲んではいけません」と注意された…ああ、そっちなんだ(+_+)

直前

- ・模試、百選まとめ、弁論主義、処分権主義、既判力まとめを眺める。

15:45 問題配布

- ・表紙の3「1ページから5ページ」。判例比較は1問あるだろうから、他を短めにと予定。

16:00 開始（青シールはがし成功。2日目は2勝1敗。）

- ・配点「2.5:2.5:2:3」。設問事例1で設問1、2、事例2で設問3、4と分断。
判例が昭和47年と平成10年の2つが引用。どれも誘導があり、かつ、要件事実もあり。

16:01 検討、条文さがし

《思い出した模試》

- 既判力の客観的範囲、時的限界…争点効と信義則による後訴での主張の遮断
- 一部請求後の残部請求の可否、信義則による後訴の遮断
処分権主義：当事者が訴訟の開始・訴訟物の内容・訴訟の終了について処分権能を有し、これらについて自由に決定できることをいう（246参照）。
…対象となる私法上の権利法律関係につき、実体法上、私的自治の原則が妥当し、当事者の自由な意思による処分が認められているので、訴訟上も（私的自治の訴訟法的反映）
…右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を煮し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるもの
- 明示的一部請求と過失相殺
処分権主義につき触れて、当事者（原告）の意思反映（+被告の防御権保障）、試験訴訟
⇒一部請求後の残部請求、一部請求による既判力の範囲と時効中断の範囲
…外側説の定義、具体的当てはめ
- 一部請求訴訟における相殺の抗弁の審理方法と自働債権の既判力の生じる範囲
…外側説の定義、具体的当てはめ
- 一部請求後の残部請求の可否、信義則による後訴の遮断

- ・設問1は「L1から与えられた課題に答えなさい」、「事案の違いを踏まえ」、「確認の利益を欠き不適法であると立論してみてください」。確認対象の適否or即自確定の利益。
- ・設問2ndは「L2ndから与えられた課題に応えなさい」、「遺言執行者Dには被告的確がない」。授業の課題で権ことがある論点。丁寧に条文の引用、解釈を意識。
- ・設問3（1）は「主張すべき請求原因は何か…説明しなさい」。（2）と合わせて配点「2」なので、最小限の理由を本件の事実関係に即して説明。あとは、抗弁、再抗弁も意識。
- ・設問3（2）は（1）を前提に「判決の基礎とすることができるか」。つまり弁論主義。弁論主義の定義、必要性、許容性について示したうえで、補う機能をもつ釈明権、そして、主張共通の原則についても触れる。
- ・設問4は「L3から与えられた課題に答えなさい」。や、やっぱり出たな福田反対意見。引用された平成10年判例に依拠した主張を展開。判旨がわざわざ引用してあるから、要素を抽出して、射程が及ぶことを示しつつ、自説の根拠に利用しよう。

16:25 答案構成終了

第1 設問1	約20分で答案作成
第2 設問2	約25分で答案作成
第3 設問3（1）	約5分で答案作成
第4 設問3（2）	約10分で答案作成
第5 設問4	約35分で答案作成

18:00 終了