

スタンダード論文答練ガイドンス

2015 最新合格者再現答案 **大** 分析会

◆ 民 事 系 ◆

辰巳専任講師・弁護士

福田 俊彦 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

● 目 次 ●

◆ 民事系第1問再現答案	1
★合格者甲さんの答案	1
●合格者乙さんの答案	5
■不合格者丙さんの答案	9
◆ 民事系第2問再現答案	13
★合格者甲さんの答案	13
●合格者乙さんの答案	17
■不合格者丙さんの答案	21
◆ 民事系第3問再現答案	25
★合格者甲さんの答案	25
●合格者乙さんの答案	29
■不合格者丙さんの答案	33

※ なお、本ガイダンス配付レジユメの再現答案「合格者甲さん」「合格者乙さん」「不合格者丙さん」は、各科目（公法系・民事系・刑事系）を通して同一人物です。

平成27年論文式試験民事系第1問

★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P 1 設問 1

2 第 1 (1)について

3 1 Aの主張

4 (1) Aとしては、Cに対して、材木①の所有権に基づく返還
5 請求をすることが考えられる。当該請求に必要な主張は、
6 (i)Aの材木①所有、(ii)Cの材木①占有である。7 (2) 本件では、(i)平成23年4月1日のAB間の丸太を目的物とする売買契約(民法(以下略)555条)において、
8 丸太の所有権移転時期が代金の支払い時とされている。所有権留保付売買契約においては、当事者間の選択した形式を尊重して、目的物の所有権が売主に留保され、買主は目的物の利用権を付与されるにすぎないものと解される。したがって、本件では、Bは丸太の代金を支払っていないので、AB間の合意通り、丸太の所有権はAが有する。よって、丸太を製材した材木①の所有権もAが有するものといえる。そして、(ii)Cは、材木①を自分の倉庫に保管しているから、材木①を占有している。したがって、(i)(ii)を満たし、Aの主張には根拠がある。

19 2 Cの反論

20 (1) これに対して、Cは、材木①を即時取得(192条)したとの反論をすることが考えられる。即時取得の成立に必要な主張は、(i)動産の取引行為、(ii)(i)に基づく引渡しである。186条1項により、平穩・公然・善意の占有取得が推定されて、立証責任が転換され、また、188条により前主が適法に処分権限を有する者と推定される結果、前主を所有者と信託して取引に入ることが許され、無過失が推定されるからである。

P.2

2 により前主が適法に処分権限を有する者と推定される結果、
3 前主を所有者と信託して取引に入ることが許され、無過失
4 が推定されるからである。5 (2) 本件で、(i)平成23年4月15日、CはBとの間で材
6 木①を含む丸太の売買契約を締結しており、動産の取引行為がある。そして、(ii)同月25日、上記契約に基づいて、
7 材木①がCの倉庫に搬入されているから、(i)に基づく引
8 渡しも認められる。したがって、(i)(ii)を満たし、Cの
9 反論は認められるとも思える。10 (3) このCの反論に対して、Aは、Cには「過失」があるから
11 即時取得は成立しないと再反論をすることが考えられる。12 即時取得における「過失」とは、前主が権利者であると
13 信じたことにつき過失があることをいう。本件では、Cは
14 建築業者であり材木の取引に関する専門家であることから、
15 AB間の丸太売買に所有権留保特約が付いており、Bによ
16 って代金が支払われていない可能性を考慮すべき立場にあ
17 った。実際、Cはそれまでの取引経験から、Aが丸太を売
18 却するときには、所有権移転時期を代金支払時とするのが
19 通常であることを知っていた。また、Cは、Bに対し製材
20 した丸太の売却を申し入れた際に一度断りを受けていること、
21 最近もAB間で代金支払前に丸太を転売したことによる
22 トラブルが生じたことを知っていたことからすれば、C

P.3 は、Bが代金を支払っていないことにつき十分予見できた
2 といえる。よって、Cには、A及びBに対し、Bの代金の
3 支払の有無につき照会する注意義務があったといえる。そ
4 うであるにもかかわらず、AB間で代金の支払いが既にさ
5 れているものと即断して、当該義務を果たしていない。し
6 たがって、Cには「過失」が認められ、Aの再反論が認め
7 られる。

8 (4) 以上から、Cの反論は認められず、Aの請求が認められる。

9 第2 (2)について

10 1 (1) まず、Aは、動産売買先取特権の物上代位（311条5
11 号・320条・304条1項）の行使により、Dに対し、
12 150万円の支払を請求することが考えられる。

13 (2) しかし、Dは以下のように反論する。仮にリフォーム工
14 事による600万円の報酬の一部は、動産の転売による代
15 金と同視できるとしても、Dとリフォーム工事の請負契約
16 （632条）を締結し、報酬の支払いを受けたのはCであ
17 るから、「債務者が受けるべき金銭」とはいえない。よって、
18 このDの反論は正当である。

19 (3) したがって、物上代位によるAの請求は認められない。

20 2 (1) 次に、Aは、償金請求（248条）を根拠として、Dに
21 対し、150万円の支払を請求することが考えられる。償
22 金請求は、703条・704条の規定に従うものとされて
23 いるから、当該請求に必要な主張は、(i)Dの受益、(ii)
P.4 Aの損失、(iii)(i)と(ii)の因果関係、(iv)法律上の原因
2 の不存在である。

3 (2) 本件では、(i)Dは、材木②を使ったリフォーム工事
4 により、材木②の加工（246条2項）によって所有権を取
5 得し、乙建物の価値の増大という利益を受けているから、
6 Dの受益が認められる。また、(ii)Aは、Bから丸太の代
7 金支払いを受けていないにもかかわらず、材木②が加工さ
8 れ、Aは材木②の所有権を失っているから、Aに損失が認
9 められる。しかし、(iii)AがBから代金の支払いを受けて
10 いないのは、BがAとのトラブルで高額な解決金請求を取り
11 下げない限り丸太の代金を支払うことはできない旨を主
12 張していることが理由であるにすぎない。したがって、
13 (i)と(ii)の因果関係は認められない（これがDの反論と
14 なる）。

15 (3) 以上から、Aの償金請求は認められない。

16 設問2

17 第1 (1)について

18 1 Gとしては、Eの請求に対して、Eが丸太③につき対抗要件
19 を具備していないことを理由として、Eを丸太③の所有権者
20 として認めないと主張することになる。このGの主張において主
21 張立証すべき事実は(i)Gが「第三者」（177条）にあたる
22 こと、(ii)対抗要件具備までEを丸太③の所有権者として認め
23 ないとの権利主張である。

P.5 2 「第三者」とは、当事者若しくはその包括承継人以外の者で
2 あって、対抗要件欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者
3 をいう。本件では、GはFとの寄託契約（657条）に基づき
4 丸太③を保管する者であるから「第三者」には当たらないと思
5 える。しかし、寄託者Fは、Aとの間で本件立木の売買契約を

締結し、有効な取引関係に立つ者であるから、対抗要件欠缺の主張につき正当な利益を有する「第三者」にあたる。そして、寄託者と受寄者は、寄託物についての権利関係につき密接な関係にあるから（660条参照）、Gは、Fの「第三者」としての地位を援用できる立場にあるといえる。よって、(i)を満たす。また、Gは、Eの請求を拒否しており、(ii)も満たす。

3 以上から、Gの反論は認められる。

第2 (2)について

1 Gは、丸太④につき留置権（295条1項）の成立を主張することが考えられる。

2 判例上、寄託契約における報酬債務（665条・648条）と目的物返還債務は同時履行の関係（533条参照）にあるものとされている。これは、報酬債務と目的物返還債務の履行が同時に行われることが公平だと考えられるからである。とすれば、同じく公平の観点から認められる留置権も成立するものと考えられ、寄託契約上の報酬債権は「その物に関して生じた債権」にあたるといえる。

3 本件では、丸太④につき報酬債権を被担保債権とする留置権が成立する。そして、Gは、Fから丸太の保管料の支払いを受けておらず、GF間の寄託契約上の報酬の支払いを受けていないので、GはEに対し留置権の成立を主張して引渡しを拒絶できる。

4 したがって、Gの主張は認められる。

設問3

第1 (1)について

1 Lは、Cに対して、不法行為（709条）に基づく損害賠償請求をすることが考えられる。これは、Cの長男Hは満15歳であり、未成年者であるが「自己の行為の責任を弁識するに足る知能を備えていなかった」（712条）とはいえ、Lに監督者責任（714条）は認められないからである。そして、714条は、責任能力ある未成年者の親の不法行為責任を排斥するものではないので、709条による請求が考えられることになる。

2 当該請求に必要な主張は、①故意・過失行為、②権利侵害、③損害の発生、④①と②の因果関係である。

本件では、CはHの親であるから監護義務を負う（820条）。Hは中学2年生の終わり頃から急に言動が粗暴になり、喧嘩で同級生に怪我を負わせるなど、その行動に特別な注意を要する状態にあったといえる。また、Cは、Hと同居しているから、Hの行動を注視し、Hを管理できる立場にあったといえる。よって、CはHに対し、Hが悪質な行動をしないように特別の対策を講じるべき注意義務があった。そうであるにもかかわらず、Cは、Hに対して一般的な注意をするにとどまり、それ以上の特別の対策を講ずることをしていない。したがって、Cに上記義務違反があり、過失行為が認められる(①)。また、当該義務違反によって、Hは自宅前の道路に角材を置くに至り、この角材によってKは自転車を転倒させている。そして、Kの自転車転倒により、Lが右腕を骨折している。したがって、②③④も認められる。

3 以上から、Lの請求は認められる。

第2 (2)について

- 11 1 Cは、上記のLの請求に対して、損害額につき、過失相殺
12 (722条2項)を主張することが考えられる。
- 13 2 損害の公平な分担という見地からは、被害者と身分上生活関
14 係上一体とみられる者の過失は「被害者」の過失に含まれる。
15 本件では、KはLの親であるから、身分上生活関係上一体とみ
16 られる関係にあり、Kの過失は「被害者」の過失として過失相
17 殺の対象となる。
- 18 3 Kは、携帯電話で通話運転をしており片手で自転車を運転し、
19 また、前照灯の故障を修理せずに自転車で暗がりを運転してい
20 たから過失が認められる。そして、これらの過失は、事故の原
21 因となったことが確認されている。
- 22 4 したがって、過失相殺が認められる。

以 上

平成27年論文式試験民事系第1問

● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P 1 【設問1】

2 第一 小問(1)について

3 1(1) まず、AはCに対して所有権に基づく返還請求権としての
4 明渡請求をすることが考えられる。5 (2) この請求の一般的要件は(ア)所有および(イ)相手の占有で
6 ある。7 (3) したがって、Aは(ア)に該当する事実としては平成23年
8 4月1日時点における材木①の所有を、(イ)に該当する事実
9 として、現在Cが材木①を占有していることを主張する。10 2(1) これに対してCから、売買契約による所有権喪失の抗弁の
11 反論がありうる。12 (2) かかる抗弁の一般的要件は(ア)売買契約の成立であって、
13 民法(以下略)555条から目的物の確定、代金額またはその
14 決定方法の合意を主張すればいい。15 (3) よってCは、Aが平成23年4月1日、Bに材木①を1本
16 15万円で売った、と主張する。17 (4) しかしながらこれに対して更にAから、所有権留保の再抗
18 弁がなされる。すなわち、売買契約において、代金完済まで
19 売主に目的物の所有権を留保する旨の特約があるときには、
20 代金の弁済までは売主は所有権を喪失しない。したがってA
21 は、A・B間での材木①の売買契約において、所有権移転の
22 時期を代金弁済時とする特約があると主張する。23 そして、Bは現在においても、Aがトラブル解決金の請求
P.2 の取下げをするまでは代金を支払わないとして弁済をしてい
2 ないから、弁済の再々抗弁を立てることはできない。3 3(1) しかし、さらにCからは即時取得による所有権喪失の抗弁
4 の反論がありうる。5 (2) 即時取得の一般的な要件事実は(ア)取引、(イ)(ア)に基づ
6 く占有取得、(ウ)占有取得時における善意、(エ)無過失、
7 (オ)平穩かつ公然である。しかし、(ウ)(オ)については18
8 6条1項の暫定真実規定によって無条件に推定されるため、
9 また、(エ)についても188条の規定から占有の事実から推
10 定されるため、主張が不要である。11 (3) よって、Cとしては、(ア)および(イ)として、CがBから
12 4月18日材木①を買う合意をし、そして同月25日その引
13 き渡しを受けた、との事実を主張する。14 (4) これに対してAからは、有過失の再抗弁の反論がありうる。
15 有過失は、(ア)調査確認義務、および(イ)その懈怠からな
16 る。17 本件においてCについてみるに、Cはそれまでの取引の経
18 験からAが丸太を売却するときにはその所有権移転の時期を
19 代金の支払期とするのが通常であり、しかもAB間でトラブ
20 ルが発生しているのを知っていた。したがってCには調査確
21 認義務として、BがAに弁済をしたかどうかをAやBに確認
22 する義務があった。にもかかわらず、Cはかかる確認を怠り、
23 弁済はあるものと即断して照会を行わなかった。よって、C

- P.3 には調査確認義務及びその懈怠が認定できるから(ア)と(イ)
2 は満たされる。
3 したがってCの即時取得による所有権喪失の抗弁は認めら
4 れない。
5 以上より、Aの請求は認められる。
6 第二 小問(2)について
7 1(1) AからDに対して、248条の準用による703条に基づ
8 く不当利得返還請求がなされる。
9 (2) 同条に基づく請求の要件は、242条を用いる場合(ア)
10 「付合」(242条)していること、(イ)利益、(ウ)損失、
11 (エ)因果関係である。
12 (3) まず、「付合」について。社会経済上の不利益防止という
13 242条の趣旨から、「付合」とは分離復旧に過大な費用を
14 要するか、または、損傷無くして分離できない場合を言う。
15 そして本件についてこれを見るに、材木②はリフォーム工事
16 のために使用され、Cが所有する乙建物の柱の取替などのた
17 めに使用されてしまっており、分離復旧に過大な費用を要す
18 るし、かつ、損傷無くして分離できない状態になっており
19 「付合」しているといえる。よって(ア)は満たす。
20 また(イ)について、Dが「付合」によって材木②を取得し
21 たことを主張する。
22 また(ウ)について、Aは「付合」によって、その所有権を
23 留保していたはずの材木②の所有権を失ったことを主張する。
P.4 そして(エ)について、材木②はAからB、BからC、Cか
2 らDと占有が移転しており、(イ)と(ウ)との間には社会通念
3 上の連結関係が認められる。
4 2 これに対してDからは次の反論がありうる。すなわち、Dは
5 Cに対して、リフォームの工事代金として600万円を支払っ
6 ている以上、(イ)の利益はもはや存在しないと主張である。
7 たしかにDの報酬支払によって、(イ)利益は失われているから、
8 この反論は認められる。
9 よって、Aの請求は認められない。
10 【設問2】
11 第一 小問(1)について
12 1 Gは、丸太③をEが所有することを争うと主張している。か
13 かる主張は、対抗要件の抗弁である。
14 2 177条はすべての不動産物権変動に適用がある。よって、
15 丸太③の所有権移転についても適用がある。
16 対抗要件の抗弁の一般的な要件は、(ア)「第三者」(177
17 条)にあたること、及び、(イ)対抗要件を具備するまで原告が
18 所有者であることを認めない旨の権利主張である。
19 3 まず(ア)「第三者」、すなわち、対抗要件の欠缺を主張する
20 正当な利益を有する者にあたるというための事実として、Gは、
21 自らが丸太③をFとの有償寄託契約に基づいて受託し、これを
22 占有していることを主張する。
23 また(イ)として、Eが丸太③について対抗要件を備えるまで
P.5 はEを所有者と認めないとの権利主張をする。
2 第二 小問(2)について
3 1 Gは留置権を主張してEの請求を拒否すると考えられる。
4 2 留置権(295条)の要件は(ア)「他人の物の占有者」であ
5 ること(イ)「その物に関して生じた債権を有する」こと

(ウ)(イ)が弁済期にあること、である。

3 本件において、まず(ア)については丸太④はEが所有し、Gがこれを占有していることに争いが無いから、問題なく認められる。

(イ)について。留置権の趣旨は、債務者に対し、物の引き渡しを拒むことで心理的圧迫を加えて弁済を促すことにある。したがって、物の引渡請求権者と債務者が同一でなければならない。しかし本件では、物の引渡請求権者はEであるが、有償寄託契約に基づく保管料債権の債務者はFである。よって、物の引渡請求権者と債務者が同一でないから(イ)を満たさない。よって、Gの主張は認められない。

【設問3】

第一 小問(1)について

1 LのCに対する請求の根拠としていかなるものが考えられるか。

2 思うに、加害者が責任能力があるために、714条の監督責任が問えない場合にも、709条によって監督者に責任は問いうる应考虑すべきである。なぜなら、714条は被害者保護のために立証責任を転換する規定にすぎず709条を排除していないし、709条による請求が認められないと親の資力による被害者救済という714条の趣旨が没却されるためである。

したがって、監督者の監督義務違反と、加害行為の結果との間に相当因果関係が認められれば、加害者の親も709条に基づいて損害賠償責任を負う。

3 本件において、加害者のHは事件当時15歳であり、責任能力は認められる(712条参照)。よって714条に基づく請求はできない。

では、709条による請求はどうか。監督義務というのは、不法行為上の一般的な注意義務をいう。

本件において、Hは、中学2年生の終わり頃から急に言動が粗暴になり、ケンカで同級生に怪我をさせたり自転車にいたずらをしたりなどのせいで、親であるCが何度も学校から呼び出しを受けていた。このことからすれば、CにはHの親として、こういった他人に迷惑をかけるような言動は避けるよう、徹底して指導をすべき注意義務を負っていた。

にもかかわらずCは「他人に迷惑をかけないように」といった一般的な注意をするにとどまった。これは、親ならば誰でも子に対して通常する程度の注意にすぎず、Hのような非行性的性向のある子を有する親として十分なものであったとはとても言いがたい。したがってCは、上記の注意義務を怠った違法がある。

また、Cがかかると注意義務を怠らなければ、Hが道路に本件角材を置いてしまうことで、Kの運転する自転車がそのせいで転倒してLが骨折してしまうこともなかった。よって、監督義務違反と加害行為の結果との間に相当因果関係が認められる。

よってLのCに対する請求は認められる。

第二 小問(2)について

1 (1) Lからの請求に対するCの反論として、722条2項に基づく過失相殺が考えられる。かかる反論をする上で、同条に言う「過失」に被害者のみならず被害者側の過失を含むか。

(2) 思うに、同条の趣旨は損害の公平分担である。したがって、

- 11 被害者のみならず、被害者と身分上ないし生活関係上一体と
12 なっている者の過失についても「過失」に含まれると解すべ
13 きである。
- 14 (3) したがって本件においても、被害者L自身には過失がない。
15 しかしながら、Kはまだ3歳のLの母であるところ、3歳
16 の子とその母との間には、身分上及び生活関係上強い一体性が
17 認められる。よって、Kに過失があれば、これを「過失」と
18 することができる。
- 19 2(1) そして、Kには次の2つの過失が認定できる。
- 20 (2) まず、事故の際にKが携帯電話で通話をしており片手運転
21 になっていたことがこれにあたる。携帯電話で通話をしてい
22 なければ、Kはきちんと両手運転をしていたはずである。両
23 手運転をしていれば、自転車が本件角材に乗り上げてしまっ
P.8 た場合にも、上手にバランスをとるなどして転倒をさけ、L
2 の骨折を防ぐことができたといえる。したがって、これは
3 「過失」にあたる。
- 4 (3) また、事故以前からKが自転車の前照灯の修理を怠ってい
5 たこともこれにあたる。たしかに本件角材は、夜間であれば
6 歩行者でもかなりの注意をしなければそれに気づくことが出
7 来ないものであった。しかし、仮にこの修理を行っていたら、
8 前照灯によって本件角材が照らされこれに気がつき、乗り上
9 げる前に自転車を停止できたといえる。したがってこの点も
10 「過失」にあたる。
- 11 以上より、Kについて認められる上記2点の過失を「過
12 失」(722条2項)として、Cの過失相殺の反論は認めら
13 れる。

以 上

平成27年論文式試験民事系第1問

■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

P 1 第1 設問1

2 1 小問(1)

3 (1) AはCに対して材木①の所有権(206条)に基づく返還請求
4 権としての引渡請求をするものと考えられるが認められるか。

5 (2) まず、AはBとの間で材木①の材料となった本件丸太を売却
6 (555条)しているが、その所有権をAに留保している。かかる
7 所有権留保は、その所有権を留保するという形式を重視して、
8 売主に条件が成就するまで所有権が存在する。本件では、本件丸
9 太の売却代金が支払われるという条件が成就した場合に本件丸太
10 の所有権が移転するとの合意がAB間にある。そして、Bはまだ
11 代金を支払っていないため、本件丸太の所有権はBに移転せず、
12 未だAのもとにある。したがって、本件丸太すなわち材木①の所
13 有権はAにある。

14 (3) また、材木①の占有はCのもとに存在する。

15 (4) よって、Aの当該請求は認められるとも思える。

16 (5) これに対して、本件丸太はBの加工(246条1項但書)によ
17 り「工作によって生じた価格が材料の価格を著しく超えた」とし
18 て材木①の所有権がBに移転したとCは反論する。

19 この点、たしかに「材料」の本件丸太は1本15万円であり、
20 Bが製材して1本20万円で売却できる材木に価値を高めたが、
21 元の価格の3分の1にあたる5万円しか価値が上昇しておらず、
22 また、材木は丸太と外形上ほとんど異ならず別の価値を新たに得
23 たともいえない。とすると、Bの製材によって「材料の価格を著
P.2 しく超え」たとはいえない。したがって、246条1項本文より、
2 材木①の所有権は材料の所有者たるAに存在するため、かかる反
3 論は認められない。

4 (6) 次に、材木①の所有権はAにあったことから、BC間の材木①
5 の売買契約(555条)は他人物売買(560条)にあたり、C
6 に所有権は移転しないが、即時取得(192条)により、Cが材
7 木①の所有権を原始取得するとCは反論する。

8 まず、Bは材木①の無権利者であり、かかるBとCは売買とい
9 う「取引行為」をした。そして、CはBから現実の引渡しを受け
10 て材木①たる「動産」の「占有を始めた」。また、CはAの存在
11 を知らなかったため、占有開始時に他人物売買であることにつき
12 「善意」であり、「公然」「平穩」な占有をしている。

13 では、「過失がない」といえるか。本件では、CはBがこれま
14 までに所有権留保の形式で材木を調達していることを知っており、
15 代金を未払いのままトラブルとなっていたことも知っている。と
16 すると、材木①についても代金が未払いのまま所有権をBが得て
17 いないことも容易に予見できる。したがってCにはBが代金を支
18 払ったか確認すべき注意義務がある。にもかかわらず、CはBが
19 所有権を得ていると断断してAに何ら確認をとっていない注意義
20 務違反が存在する。以上より、Cに「過失」がある。

21 したがって、Cは材木①を即時取得できないため所有権はAに
22 存在する。

23 (7) よって、Aの当該請求が認められる。

P.3 2 小問(2)

2 (1) AはDに対して、材木②の付合による償金請求(248条・7
3 03条)として代金相当額150万円の支払いを求めることがで
4 きるか。

5 (2) まず、「付合」(242条本文)とは不動産から当該物を分離し
6 ようとすると社会経済上著しい不利益を生じるものをいう。本件
7 では、材木②はDが「所有する」乙建物たる「不動産」の柱に利
8 用されており、家の柱は取り外そうとすれば家の倒壊の恐れもあ
9 るほど強固に接合されているため、分離しようとするれば建替費用
10 など社会経済上著しい不利益を生じる。したがって、材木②は乙
11 建物に「付合」している。以上より、材木②の所有権は242条
12 本文によりDに移転している。

13 とすると、Dは材木②の所有権という「利益」(703条)を
14 得て、Aはこれを失う「損失」を受けていて両者に因果関係もあ
15 る。

16 (3) これに対して、Dは請負代金をCに支払って材木②の所有権を
17 取得したため、かかる「利益」に「法律上の原因」が存在すると
18 反論する。

19 そもそも、「法律上の原因なく」とは利益の移転を実質的相対
20 的に正当化する理由がないことをいう。本件では、Dは材木②の
21 所有権がAに存在することにつき悪意及び過失が存在しない。そ
22 して、Dは材木②の対価を含めた請負代金600万円をCに支払
23 っているため材木②を得たことに対価関係が存在する。したがっ
P.4 て、Dが材木②を得たことの実質的相対的に正当化する理由が存
2 在するため「法律上の原因」がある。

3 (4) よって、Aの当該請求は認められない。

4 第2 設問2

5 1 小問(1)

6 (1) EのGに対する本件請求の訴訟物は、所有権に基づく返還請求
7 権としての丸太③引渡請求権である。そして、かかる請求原因は
8 (1)Eの丸太③のもと所有と(2)Gの丸太③の現在占有である。

9 (2) これに対して、Gは、Eが丸太③の対抗要件を具備したこと
10 により、Eが所有権を喪失したとの抗弁を主張する。

11 本件において、EがAから売買契約(555条)により丸太③
12 となる立木の所有権を取得した(176条)。その後、FはAから
13 売買契約により甲土地とともにかかる立木の所有権を取得した
14 ことにより、「第三者」(177条)となった。かかる立木の二重
15 譲渡の場合、土地の登記を具備される前に明認方法を具備しな
16 ければ、土地の所有者に立木の所有権を対抗できなくなる。この
17 ことから、(3)土地とともに立木の所有権を取得したこと、(4)明認
18 方法に先立ち土地の所有権移転登記を具備したことが、立木の所有
19 権喪失の抗弁の抗弁事実となる。

20 (3) 以上より、Gは、(3)としてFがAから平成24年1月17日に
21 甲土地とともに本件立木の所有権を売買契約により取得した事実、
22 (4)として本件立木に明認方法がなく、それに先立つ同日に甲土地
23 の所有権移転登記をFが具備した事実を主張・立証するべきである。

P.5 2 小問(2)

2 (1) EはGに対して丸太④の所有権(206条)に基づく返還請
3 求権としての引渡請求をするもと考えられるが、Eの所有と
4 Gの占有は争いなく認められる。

5 (2) では、Gは丸太④の保管料が支払われるまで留置権(295

6 条1項本文)により丸太④の占有正権原を主張できないか。

7 (3) まず、丸太④はEが明認方法をFの甲土地の登記に先立って
8 具備されているから、上述のことから、Eの所有が認められる
9 ため「他人の物」にあたる。そして、GはFとの寄託契約(6

10 57条)によりこれを「占有」している。
11 また、EF間において寄託につき保管料を支払う特約(64
12 8条)を結んでいるから、Eは丸太④に「関して生じた債権」
13 として保管料30万円の支払請求権を有している。そして、E
14 F間で保管料支払いの履行期を平成24年2月9日とする合意
15 (648条2項但書・624条2項)をしており、これを経過
16 したから「弁済期」(295条1項但書)が到来している。

17 (4) これに対して、丸太④はEの他人物であるため295条2項
18 により留置権は否定されないか。そもそも「不法行為」とは7
19 09条の不法行為と同義であるため、他人物であることに故意
20 または過失が必要であるところ、Gは何の事情も知らずに丸太
21 ④を保管していることから故意及び過失なく占有しているとい
22 え「不法行為」は認められない。

23 (5) よって、Gは留置権により丸太④の占有正権原を有するとの
P.6 主張が認められるから、Eの当該請求は認められない。

2 第3 設問3

3 1 小問(1)

4 (1) LはCに対してHの監督義務者の責任(714条1項)に基づ
5 き治療費30万円の損害賠償請求をすることができないか。

6 (2) まず、Hは角材を公道に置いてLを転倒させることでLの身体
7 の安全という「権利」(709条)を「侵害」している。そして、
8 Lに治療費30万円という「損害」を生じさせ、因果関係も認め
9 られる。また、Hは15歳の中学3年生であり、もはや角材の放
10 置で人が転倒するとの是非判断能力と行動制御能力が十分に備わ
11 っているといえるため責任能力(712条)を有する。したがっ
12 て、H自身に不法行為責任(709条)が生じる。

13 (3) とすると、Hは「責任無能力」(714条1項)といえないた
14 め、Lの当該請求は認められない。

15 (4) しかし、CにHの親としてHの行動を管理する点で独自の注意
16 義務違反が認められれば「過失」(709条)ありとして、Lは
17 Cに対して直接に不法行為責任(709条)に基づく損害賠償請
18 求ができる。

19 本件では、Cは親としてHを監護教育すべき地位にあるところ、
20 Hはこれまで悪質ないたづらをしてきたことから特別な指導をす
21 べき状況にあったのであり、本件のようないたづらの可能性も容
22 易に予見できた。したがって、特別な指導をする注意義務がCに
23 あったのにこれをなしていないため「過失」が認められる。

よって、Lの当該請求が認められる。

P.7 2 小問(2)

3 (1) まず、KはLの親であり社会的に同一の身分にあるためKの過
4 失は被害者側の過失として722条2項の類推適用により、損害
5 額を減少させ得る。

6 (2) そして、本件事故はKのよそ見運転も原因となっているためK
7 の過失が認められる。

8 (3) よって722条2項類推適用により損害額は減少する。

9 以 上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験民事系第2問

★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P 1 設問 1

2 1(1) 甲社取締役Bは、甲社に対し、会社法（以下略）423条1
3 項に基づく損害賠償責任を負うことが考えられる。

4 (2) 423条1項の任務懈怠責任の要件は、①任務懈怠、②損害
5 の発生、③①と②の因果関係、④帰責事由（428条1項参
6 照）である。Bの任務懈怠の内容としては、(ア) 競業禁止義
7 務違反（356条1項・365条1項）、及び(イ) 洋菓子工
8 場の工場長の引抜きによる善管注意義務違反（330条・民法
9 644条）が考えられるため、以下各別に検討する。

10 2 (ア)について

11 (1) ①任務懈怠とは、法令定款違反行為又は善管注意義務違反行
12 為をいう。

13 (2)ア 判断の前提として、Bが乙社株式の90%を取得し、顧問
14 に就任したことが356条1項1号に該当するか検討する。

15 イ 競業取引規制の趣旨は、取締役が自己又は第三者の利益を
16 図り、会社に損失を与えるのを防止することにある。とすれ
17 ば、「株式会社の事業の部類に属する取引」とは、会社の事
18 業と目的物及び市場において競合し、会社と取締役の間に利
19 益衝突を来たす可能性のある取引のことをいう。この会社の
20 事業には、会社が進出を具体的に企図していた場合を含むも
21 のと解される。

22 本件では、甲社は洋菓子の製造販売業を営んでおり、乙社
23 も洋菓子の製造販売業を営んでいるから、目的物において競
合するものといえる。市場につき、乙社は関西地方で洋菓子

P.2

2 を販売しており、甲社は首都圏のデパートで洋菓子を販売し
3 ているため、競合しないとも思える。しかし、甲社は関西地
4 方への進出を企図しており、実際にマーケティング調査会社

5 に市場調査を委託するなど、関西地方への進出を具体的に企
6 図していたといえる。よって、甲社の事業と市場においても
7 競合するものといえる。したがって、乙社の顧問として乙社

8 を経営することは、甲社の事業と目的物及び市場において競
9 合し、甲社とBの間に利益衝突を来たす可能性のある取引に
10 あたるものといえ、「株式会社の事業の部類に属する取引」

11 にあたる。

12 ウ 「自己又は第三者のため」とは、自己または第三者の計算
13 において、という意味である。本件では、Bは乙社の90%
14 の株式を取得し、顧問として乙社の経営に携わっていたから、

15 自己ないし第三者乙社の計算によるものといえる。よって、
16 「自己又は第三者のため」といえる。

17 エ 以上から、356条1項1号該当性が認められる。

18 (3) したがって、Bの乙社株式取得・顧問就任には、取締役会の
19 承認が必要である。本件では、Bは、他の甲社取締役A及びC
20 に対して、乙社の発行株式の90%を取得し、乙社の事業にも
21 携わることを告げ、A及びCは特段の異議を述べていないため、
22 実質的に取締役会の承認があるとも思える。しかし、356条
23 1項本文は「重要な事実」を開示して取締役会の承認を得るこ

- P.3
2 とを要求している。ここでいう「重要な事実」とは、競業取引
3 が会社に及ぼす影響を判断するために必要な事実をいう。
4 本件では、Bが乙社の顧問に就任して洋菓子事業の陣頭指揮
5 を執り、経営に大きくかかわることになることや、乙社の業務
6 の具体的な範囲や規模を明確にしていない。したがって、Bの
7 乙社株式取得・顧問就任によって、甲社に及ぼす影響を判断す
8 るために必要な事実が開示されているものとは評価できない。
9 よって、取締役会の承認があるとは認められない。
- 10 (4) 以上から、Bの行為は、356条1項1号・365条1項に
11 違反する。したがって、Bには法令違反行為が認められ、任務
12 懈怠があるといえる(①)。Bには少なくとも過失が認められ、
13 帰責事由がある(④)。
- 14 (5) そして、356条1項1号違反の事実があるので、423条
15 2項により、「得た利益の額」が損害額と推定される。本件で
16 は、乙社の営業利益は平成21年度から800万円増加してい
17 る。そして、800万円の損害発生の推定を覆す事情はない。
18 したがって、800万円の②損害と③因果関係が認められる。
- 19 (6) 以上から、Bは甲社に対し、800万円につき任務懈怠によ
20 る損害賠償責任を負う。
- 21 3 (イ)について
- 22 (1) ①任務懈怠の有無について判断する。取締役は会社の営利を
23 求め、会社に不当な損失を生じさせない義務を善管注意義務の
24 内容として負っている。そして、個人には転職の自由があるから、
25 転職の勧誘行為は直ちに善管注意義務違反を構成しないが、
26 転職の勧誘行為が不相当な態様にわたる場合には、会社に不当
27 な損失を与えるものとして善管注意義務違反を構成する。
- 28 本件では、Bが転職を勧誘したのは洋菓子工場の工場長であり、
29 甲社の洋菓子製造において重要な地位を占めるものである
30 といえ、取締役であるBはこれを当然認識していた。こうした
31 重要な地位にある工場長が突然退職すれば、甲社の洋菓子工場
32 の運営は立ち行かなくなる。実際に、甲社の洋菓子工場は操業
33 停止を余儀なくされ、3日間受注ができない状態となって多大
34 な損失を被っている。また、Bの工場長引抜き目的は、甲社
35 のライバル企業である乙社において甲社のノウハウを活用する
36 ことを専らの目的とするものであり、会社の利益を犠牲にして
37 自己の利益を図ろうとするものである。以上から、Bの工場長
38 の引き抜き行為は、不相当な態様によるものといえ、善管注意
39 義務違反が認められる。したがって、Bに任務懈怠が認められ
40 る(①)。また、Bには少なくとも過失があり、帰責事由も認め
41 られる(④)。
- 42 (2) Bの上記任務懈怠行為によって、甲社の洋菓子工場は3日間
43 受注が出来ず、300万円相当の売り上げを失ったから、30
44 0万円の損害発生(②)及び因果関係(③)が認められる。
- 45 (3) 以上から、Bは甲社に対し、300万円の任務懈怠による損
46 害賠償責任を負う。なお、甲社の市場調査委託料やBの顧問料
47 は、Bの上記行為と因果関係がある損害とは言えないので損害
48 賠償責任は認められない。
- P.5
2 4 以上から、Bは甲社に対し、1100万円につき任務懈怠によ
3 る損害賠償責任を負う。
- 4 設問2
- 5 1(1) 第1取引及び第2取引は、甲社の洋菓子工場に係る土地およ

6 び建物，そしてP商標に係る商標権を丙社に移転し，全体とし
7 て甲社の洋菓子部門全部の売却を目的とするものであるから，
8 両者は一体として考えることができる。

9 (2) そこで，当該取引が467条1項2号に該当するか，該当す
10 れば株主総会決議（467条1項柱書・309条2項11号）
11 が必要となるため問題となる。

12 (3) 「事業の…譲渡」とは，①一定の事業目的のために組織化さ
13 れ有機的の一体として機能する財産が譲渡され，これによって②
14 譲渡会社の事業を譲受人が承継し，③譲渡人がそれに伴い法律
15 上当然に競業禁止義務を負う結果となるものをいうとする。そ
16 して，③につき，21条は競業禁止義務を事業譲渡の効果と規
17 定しているし，競業禁止義務は範囲が限定されており（21条
18 参照），株主の利益に決定的な違いを及ぼさないから，競業
19 禁止義務が特約で排除された場合には，③要件は不要と解される。

20 本件では，第1取引及び第2取引によって，甲社の洋菓子工
21 場に係る土地および建物，P商標権が譲渡されている。また，
22 甲社の従業員は一旦甲社との雇用関係を終了させるものの，丙
23 社がその全員を再雇用しており，従業員も承継していると評価
P.6 できる。さらに，取引先についても，その全部につき丙社との
2 間で取引を開始することとされているから，得意先関係等の移
3 転もなされているといえる。したがって，洋菓子事業目的のた
4 めに組織化され有機的の一体として機能する財産が譲渡されて
5 いるといえる（①）。そして，上記のように，丙社は，甲社洋菓
6 子事業部門の事業を当然に承継することが予定されているから
7 ②も満たす。また，甲社の競業が禁止されない旨の特約がなさ
8 れているので，③要件は不要である。したがって，「事業の…
9 譲渡」といえる。

10 (4) 「重要な一部」の判断は，株主の重大な利害にかかわる事業
11 再編か否かの観点から，量的及び質的双方の側面で判断される。

12 本件では，洋菓子事業部門の資産合計額は2億5000万円
13 であり，資産金7億円の甲社の20%を大きく上回る額の財産
14 が譲渡されるものといえる。したがって，量的に重要な一部で
15 あるといえる。また，P商標は，世界的に著名なP社ブランド
16 の商標権であり，その商標を付したチョコレートが甲社の洋菓
17 子事業部門の主力商品となっていたのであるから，甲社の主要
18 なイメージの1つともいえる財産である。よって，P商標を含
19 む洋菓子事業部門の売却は，甲社にとって質的にも重要なもの
20 といえる。

21 以上から「重要な一部」にあたる。

22 (5) したがって，本件取引は467条1項2号に該当する。しか
23 し，本件では，株主総会決議を経ていないため，株主総会の承
P.7 認決議を欠く事業譲渡の効力が問題となる。

2 467条1項の趣旨は，事業譲渡は会社の事業の在り方に重
3 要な影響を及ぼし，株主の利害に関わる重大な事項であるから，
4 株主総会特別決議を要求して株主を保護するところにある。と
5 すれば，株主総会の承認決議を欠く事業譲渡はおよそ無効であ
6 る。これは，会社側からも相手方からも主張することができる。

7 (6) 以上から，本件でも，第1取引及び第2取引は無効となり，
8 その無効は甲社及び丙社が主張できる。

9 設問3

10 1(1) 新株発行無効の訴え（828条1項2号）により，事実16

11 記載の甲社株式は無効となることが考えられる。原告適格は、
12 828条2項2号の者に認められる。甲社定款には譲渡による
13 甲社株式の取得につき取締役会の承認を要する定めがあるので、
14 甲社は非公開会社であるから（2条5号参照）、提訴期間は1
15 年である（828条1項2号括弧書）。

- 16 (2) 新株発行事由につき、明文の規定はないが、取引安全の保護
17 を考えれば、新株発行手続に重大な瑕疵があった場合に限られ
18 るというべきである。
19 (3) そこで、まず、上場条件を変更した取締役会決議の有効性
20 について検討する。

21 新株予約権の行使期間（911条3項12号ハ参照）は長期
22 にわたることもあるため、発行後の状況変化により行使条件を
23 変更する必要性はある。しかし、238条2項が新株予約権の
P.8 発行において株主総会決議を要求した趣旨は、既存株主の持株
2 比率の保護にある。とすれば、取締役会が株主総会の委任（2
3 39条1項）に基づいて一旦定めた行使条件を実質的に変更す
4 ることは、実質的に株主総会決議を欠く第三者割当と同視でき、
5 既存株主の持株比率に影響を与える以上許されない。

6 本件では、本件新株予約権は甲社株式が上場した場合の成功
7 報酬、すなわちストックオプションとしてGに付与されたもの
8 である。したがって、上場条件を廃止することは、本件新株予
9 約権の行使条件のうち最も基本的な条件の廃止を意味するため、
10 行使条件の実質的変更にあたるといえる。

11 よって、取締役会決議には瑕疵があり無効となる。

- 12 (4) 次に、上記新株発行手続の瑕疵が重大な瑕疵として無効事由
13 にあたるか検討する。

14 先述したように、甲社は非公開会社であり、持株比率維持の
15 要請が強いといえる。また、実質的な新株予約権行使条件の変
16 更は、実質的に株主総会決議を欠く第三者割当と同視できるも
17 のといえる。したがって、上記瑕疵は重大な瑕疵として無効事
18 由に当たる。

- 19 (5) 以上から、新株発行無効の訴えが提起されれば、甲社株式は
20 無効となると考えられる。

以上

平成27年論文式試験民事系第2問

● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P 1 【設問1】

2 1 Bは甲社に対して、会社法(以下略)423条の責任を負わな
3 いか。

4 2 同条の要件は(ア)「役員」が(イ)任務を懈怠し(ウ)それ「によ
5 って」(エ)「損害」が発生し、(オ)(イ)について故意過失のある
6 こと(428条参照)である。

7 3(1) まず、(ア)について、Bは甲社の取締役であるから問題なく
8 満たす。

9 (2) 次に(イ)について、Bが乙社の監査役を辞任し、顧問に就任
10 したあと、同社の洋菓子事業の陣頭指揮をとったことは356
11 条1項1号に反しないか。

12 同条項号の趣旨は、株式会社において重要なポストを占め機
13 密情報を知る取締役等が、自己または第三者の利益を図ること
14 で、会社の利益が害されることを防止することにある。したが
15 って「競業」というのは、現在または近い将来において、会社
16 と市場において取引先や目的物が競合する事業に関与すること
17 をいう。

18 本件において、甲社は乳製品及び洋菓子の製造販売業を営
19 む株式会社であり、洋菓子事業は工場で製造した洋菓子を首都
20 圏のデパートに販売している。また、同社同部門は、世界的
21 に著名なP商標を付したチョコレートを主力商品としている。
22 また同社は、関西地方への進出を企図してマーケティング
23 調査に乗り出していた。

P.2 一方、Bが顧問となった乙社は、関西地方において洋菓子の
2 製造販売業を営む会社である。同社はさらに、Bの顧問就任後、
3 チョコレートで著名なQ商標を独占使用する権利を得、関西地
4 方のデパートへの販路拡大を行った。

5 甲社は乙社とチョコレートという市場を共有しており、また
6 両社は同様にブランド力のある高級なチョコレートを主力商品
7 としていること、甲社が関西地方への進出を企図していること、
8 などに鑑みると、両社は近い将来、関西地方のチョコレート市
9 場において、取引先や目的物が競合する可能性が十分に高いと
10 いうことができる。

11 よって、Bが乙社の顧問に就任し、洋菓子事業を陣頭指揮し
12 たことは「競業」にあたる。

13 また、Bは乙社の90%の株式を取得しており、経済的利益
14 はBに帰属するから、Bの「ために」すなわちBの計算で行っ
15 ているといえる。

16 したがって、Bの就任及び陣頭指揮は356条1項1号に該
17 当する。

18 にもかかわらずBは、甲社の取締役であるAとCに「乙社の
19 90%の株式を取得する。そして乙社の事業にも携わる」と述
20 べたのみで「重要な事実を開示して」承認を得ていない。よっ
21 て、同条項号に反しており、これは任務懈怠である。

22 さらにBは、甲社のノウハウを乙社での競業に利用する不当
23 な目的のもと、洋菓子工場の工場長たるEを甲社から突然に引

- P.3
2 き抜いており、これはBの甲社に対する善管注意義務（330
3 条、民法644条）違反にあたるため、これも任務懈怠にあたる。
4 またこれらの任務懈怠について、Bに「故意」を認めること
5 ができるので(オ)も満たす。
6 (3) では、任務懈怠「によって」、すなわちこれと因果関係のある
7 「損害」はいくらか。
8 まず、423条2項によって、競業により得た利益は因果関係
9 ある「損害」と推定されるため、乙社がB就任後に増やした
10 営業利益である800万円が「損害」といえる。
11 また、甲社は、Bの競業によって関西地方進出のための50
12 0万円のマーケティング調査費用を無駄にしましており、
13 これも因果関係ある損害といえる。
14 さらに、Eを引き抜いたという任務懈怠について、これによ
15 って甲社工場は3日間操業停止を余儀なくされており、300
16 万円の損害を受けている。
17 (4) 以上より、(ウ)(エ)に関して、1600万円の因果関係ある
18 損害が認定できる。
19 したがって、Bは甲社に対して423条の責任として160
20 0万円の損害賠償責任を負う。
21 【設問2】
22 1(1) 第一取引と第二取引の効力いかん。
23 まず、両取引の効力について検討する上で、両取引は一体の
P.4 ものとして捉えるべきである。なぜなら両取引は、甲社が洋菓
2 子事業部門を丙社に売却しようとの意図のもとほぼ同一時期に
3 行われているものであるからである。
4 したがって、両取引が一体のものとして、事業譲渡に当たる
5 か否かが問題となる。
6 (2) 「事業譲渡」（467条1項2号）とは(ア)一定の事業目的
7 のために組織的に機能し、有機的一体となっている財産の全部
8 または一部の譲渡で(イ)譲受会社はその事業を継続して行う場
9 合を言う。
10 ここで、(ウ)として、譲受会社が法律上当然にまたは契約上
11 の特約として競業禁止義務を負うという要件を加える見解もある
12 が、これは事業譲渡の結果にすぎず、要件と考えるべきはな
13 いため、必要ないと考える。
14 (3) 本件についてみるに、まず(ア)について。まず本件で次のよ
15 うな譲渡方法が取られている。すなわち、洋菓子工場に係る土
16 地及び建物を丙社に売却している。また、P商標に係る商標権
17 も丙社に売却されている。そして、たしかに甲社の従業員や取
18 引先との契約関係については一旦これらを精算したうえで丙社
19 が再度契約し直すという形をとっている。しかし、従業員につ
20 いても、取引先についても、第一及び第二取引後に、それらの
21 全部について新たに契約しなおすことが約束されていたもので
22 あり、実質的には甲社が丙社にこれらを譲渡したものとみること
23 ができる。
P.5 これらから、甲社から丙社には、土地及び建物という不動産
2 関係のみならず、従業員関係、取引先関係をも譲渡されてい
3 るとわかる。また、甲社の洋菓子事業の主力商品の要であったP
4 商標に係る商標権をも売却していることにも照らすと、洋菓子
5 事業目的のために組織的に機能し、有機的一体となっている財
産の全部または一部の譲渡、ということができから(ア)を満

たす。

また(イ)についても、丙社はこれらの財産を用いて洋菓子事業を継続するものであるから、問題なく満たす。

(4) であるにしても、簡易譲渡（467条1項2号かつ書き）に当たらないか。当たるとすると、総会の特別決議が不要になるため問題となる。

しかし、第一及び第二取引を一体とみると、それらの帳簿価額の合計は2.5億円であるのに対して、甲社の総資産額は7億円である（施行規則134条）。したがって、同号かつ書きには当たらず簡易譲渡ではない。

(5) また、「重要な一部」にあたるか。「重要な一部」であるかについては、法が総会の特別決議を要求した趣旨である会社の保護に鑑み、会社の運命に重大な影響を及ぼすかどうかで判断する。

本件においては、甲社は乳製品及び洋菓子事業部門からなるが、洋菓子事業部門はその経営の一端を担っており、Bの辞任後に売上が低迷している事実を踏まえても、その部門の譲渡は、いまだ甲社の運命にとって重大な影響を及ぼしうると考えられる。

したがって第一及び第二取引は「事業の重要な一部の譲渡」にあたるから、総会で特別決議を経る必要がある（467条1項2号、309条2項11号）。

2(1) では、総会の特別決議を経ない事業譲渡の効力はどうなるか。本件では、事業譲渡において取締役会決議を経たのみで、特別決議は経ていないので問題となる。

(2) 思うに、総会特別決議を経ていない事業譲渡は、これを無効と解すべきである。理由は2つである。まず、会社の保護のために特別決議を要求したという法の趣旨がある。もうひとつは、簡易譲渡に当たらないような重大な取引においては、相手方にデューデリジェンスとして総会決議の有無をチェックする負担を負わせても不当とは言えないから、これを怠った相手方の取引の安全の保護の必要性は低いからである。

(3) したがって本件においても、両取引は甲社において総会の特別決議を経ていないので、無効になる。

【設問3】

1 平成26年12月12日発行の甲社株式の効力いかん。これを828条1項2号を類推適用する訴えで無効にできないか。

2(1) まず、上場条件を廃止する決議は有効か。

(2) 思うに、新株予約権発行後の行使要件の取締役会における変更ないし廃止は、細目的な事項にかかるもの以外については無効と解すべきである。

なぜなら、法が非公開会社における新株予約権発行について総会の特別決議（238条2項、309条2項6号）を要求した趣旨に照らせば、これを認めてしまえば実質的には総会決議を経ないで行使要件を定められていることになってしまい、その趣旨を没却するからである。

そしてこのことは、行使要件の決定について委任された取締役会が、一度決定した行使要件を変更する際にも同様である。

(3) 本件において、上場条件の変更は有効か。そもそも本件で上場条件が設けられたのは、甲社が将来的に上場することを目指すために招いた経営コンサルのGに対して、インセンティブ報酬として新株予約権を与えるためである。かりに上場条件がなくなってしまうと「上場させよう」というモチベーションが失

11 われてしまい、インセンティブ報酬としての目的をまったく失
12 ってしまう。したがって、上場条件は細目的な事項ではなく、
13 重要な事項の変更ということができるから、その変更は無効で
14 ある。

15 3(1) では、828条1項2号類推適用の訴えにおける無効事由と
16 はいかなるものを言うか。

17 (2) 思うに、非公開会社において総会の特別決議を経ずに新株を
18 発行することは、無効事由にあたりと解すべきである。非公開
19 会社においては無効の訴えの出訴期間が一年と長く定められて
20 いる。また、新株発行において総会決議は単なる手続き的要件
21 ではなく、効力要件として定められている(199条2項, 3
22 09条2項5号)。このことから法は、非公開会社における株
23 主の、好ましくないものを経営に参加させないという利益を厚
P.8 く保護しているということができるからである。

2 そしてさらに、無効な行使要件変更を経た新株予約権の行使
3 による新株発行についても、同様に無効事由にあたりと解すべ
4 きである。

5 なぜならどちらも、新株が発行されるに至るまでに経るべき
6 総会特別決議を経ていないという点で同視することができる
7 からである。本来ならば、新たに行使要件を定めた新株予約権の
8 発行を、総会特別決議で承認されなくてはならない。

9 (3) したがって本件において、平成26年12月12日発行の新
10 株予約権行使による新株発行には、無効事由がある。本来なら
11 ば新たに総会を招集し、上場条件を定めていない新株予約権の
12 発行について承認を経るべきなのに、これを経ていないからで
13 ある。

14 よって甲社の株主らは、828条1項2号の類推適用による
15 訴えによって、その発行の無効を主張することができる。

16 以上

平成27年論文式試験民事系第2問

■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

P 1 第1 設問1

2 1 Bは甲社に対して(1)Bが乙社の顧問となって洋菓子事業の陣頭
3 指揮を執ったことが競業取引(356条1項1号)にあたるにもか
4 かかわらず取締役会決議(365条1項)を経ていない違反の点、
5 及び、(2)Bが甲社の従業員Eを引き抜いたことが忠実義務(35
6 5条)違反にあたる点を理由に423条1項に基づく損害賠償責
7 任を負うか。

8 2 (1)について

9 (1) まず、Bは甲社の「取締役」にあたる。

10 (2) 次に、Bの(1)の行為は競業取引にあたるか。

11 ア そもそも、「取引」とは当該会社の市場において、当該会
12 社の行う事業と同種の事業を行い当該取締役と当該会社の利
13 益が相反する場合をいう。本件では、たしかに、甲社は首都
14 圏で洋菓子事業を行っており、関西圏でこれを行っていない。
15 とすると、乙社の洋菓子事業は関西圏でのみ行われているから、
16 両者で市場は重ならないとも思える。しかし、両者の事業は洋菓子事業を行う点で競業しており、甲社は関西地方への進出を計画した上でマーケティング調査会社に依頼して500万円の多額の委託料を支払うなど、甲社の関西地方への市場拡大は具体的確定的となっている。したがって、両者は実質的に市場が競合している。そして、Bはかかる競合する乙社の洋菓子事業を指揮しているから、Bは甲社の利益と相反する関係に立つ。

17 したがって、Bの(1)の行為は「取引」にあたる。

18 イ 次に、「自己」「のため」とは自己の計算によることをいう。
19 本件では、たしかに乙社の計算によっているためBの計算とは
20 はないとも思えるが、Bは乙社の90%におよぶ株式のほとん
21 どを有しており、月100万円の顧問料を本件事業から得ている
22 ことから、Bは実質的に乙社と同一視できる。したがって、本
23 件取引は実質的にBの計算によるといえ「自己」「のため」といえる。

ウ したがって、Bが(1)の取引をするには365条1項により
10 取締役会決議を得る必要がある。しかし、会社の事業の執行
11 を慎重に行わせるために取締役会決議を必要とする369条
12 1項の趣旨から、かかる決議には取締役会を実際に開催する
13 必要があるところ、Bは乙社の事業に携わると他の取締役A
14 及びCに述べたのみで取締役会は存在しない。また、ACは
15 特段の異議を述べていないが、Bは乙社において甲社と競合
16 する不利益な事業を行うことは報告していないから、356
17 条1項1号につきACが判断したとはいえず、実質的に取締
18 役員が存在したともいえない。

19 したがって、Bの(1)の行為は取締役会決議を欠く法令違反
20 があるとして「任務を怠った」といえる。

21 (3) また、本件取引はBの自己取引であるため、乙社の本件事業
22 から得た利益である営業利益の増加額800万円が甲社の「損
23 害」と推定される(423条2項)。そしてこの推定を覆す事

- P.3 情はないことからかかる800万円が「損害」にあたる。因果関係も認められる。
- 2
- 3 (4) さらに、Bは全ての事情を知ってかかる取引をしているから
- 4 帰責性(428条参照)も認められる。
- 5 (5) よって、Bは(1)の行為につき423条1項に基づき800万
- 6 円の損害賠償責任を負う。
- 7 3 (2)について
- 8 (1) (2)の引き抜き行為は忠実義務(355条)に違反して「任務
- 9 を怠った」といえるか。そもそも従業員には職業選択の自由
- 10 (憲法22条1項)が認められるため、原則として従業員の引
- 11 き抜き行為は忠実義務違反にあたらない。もともと、例外とし
- 12 て、取締役の目的や勧誘の執拗さ、従業員の会社での役割の重
- 13 要さなど総合的に考慮して会社に莫大な損害を与える場合には
- 14 取引の自由の限界を超え忠実義務違反にあたる。
- 15 本件では、たしかに、従業員Eは甲社の工場長という重要な
- 16 役割をもっており、突然の退職により甲社の売り上げは減少し
- 17 ている。しかし、Eの退職により工場は3日間受注できなくな
- 18 ったにとどまり、Eは代替が困難な役割を甲社において担って
- 19 いたわけではないから、甲社の引き抜きによる不利益は大きく
- 20 ない。さらに、BはEの引き抜きを執拗に行ったという事情も
- 21 ない。
- 22 したがって、Bの引き抜き行為は取引の自由の限界を超える
- 23 ものといえず、原則の通り忠実義務違反にあたらない。
- P.4 (2) よって、(2)についてBは「任務を怠った」とはいえないため、
- 2 (2)を理由にBは損害賠償責任を負わない。
- 3 第2 設問2
- 4 1 第1取引及び第2取引は「事業の重要な一部の譲渡」(467
- 5 条1項2号)にあたるにもかかわらず株主総会の特別決議(30
- 6 9条2項11号)を経っていないとして無効とならないか。
- 7 2 まず、「事業の…譲渡」とは、①経済的用法のために有機的一
- 8 体となった当該会社の財産の譲渡とともに、②当該会社の営業主
- 9 体も移転させることをいう。判例は③競業取引の禁止をも要件と
- 10 するが、これは事業譲渡の効果に過ぎず要件とはならない。
- 11 本件において、第1取引の内容は、甲社の洋菓子工場とその土
- 12 地の移転を目的としているが、これに伴い工場の従業員やノウ
- 13 ハウ、取引先をも一体として移転することとなっていることから、
- 14 第1取引は洋菓子事業を行うために有機的一体となった財産を譲
- 15 渡するものである(①充足)。そして、丙社はこの取引に伴い甲
- 16 社の洋菓子事業を行うこととなっているから営業主体の移転もあ
- 17 る(②充足)。
- 18 したがって、第1取引は「事業の…譲渡」にあたる。
- 19 3 次に、「重要な一部」にあたるか否かは、当該財産の総額、純
- 20 資産に占める割合、それまでの取引過程などを総合的に考慮して
- 21 判断する。
- 22 本件において、譲渡される建物および土地の総額は1億500
- 23 0万円であり、洋菓子事業の営業の移転を含めると全体として3
- P.5 億円の市場価値があり、かかる額自体も相当に高額である。そし
- 2 て、甲社の純資産は5億円であり、譲渡される財産全体の価値は
- 3 これの5分の3という大部分を占める割合である。また、これま
- 4 での取引において洋菓子事業は甲社の主力となってきた事業であ
- 5 ることから、これは甲社によって非常に貴重な財産ともいえる。

6 以上から、第1取引の目的となっている財産は「重要な一部」
7 にあたる。

8 4 したがって、第1取引を行うには株主総会の特別決議が必要と
9 なるがこれを欠いている。そして、事業譲渡は会社の命運にかか
10 わる重要な行為であることから特別決議を必要としている趣旨
11 (309条2項11号)であるから、これを欠く取引はその重要
12 性から一律に無効である。

13 本件において、第1取引は株主総会の特別決議を欠くため無効
14 である。

15 5 また、第2取引の目的となっているものはP商標であり、これ
16 は甲社の洋菓子事業の主力となってきたものであることから、上
17 述の第1取引と不可分一体の関係に立ち、「事業の重要な一部の
18 譲渡」に含まれる。したがって、第1取引の無効とともに第2取
19 引も無効となる。

20 第3 設問3

21 1 本件新株発行は新株発行無効の訴え(828条1項2号)により
22 無効とならないか。本件新株予約権の発行の瑕疵を当該訴えの
23 無効事由として主張できるため、かかる瑕疵について検討する。

P.6 2 まず、新株予約権の行使条件の「事由」(236条1項7号
2 イ)を株主総会決議(238条2項・309条2項6号)により
3 取締役会に委任することができるか。

4 この点、行使条件は236条1項により株主総会決議の内容と
5 なっているため原則として委任できない。しかし、株主総会にお
6 いて委任によって取締役が決める内容が決議の趣旨から限定され
7 ていれば恣意的な判断はなされないから、236条1項の趣旨たる
8 株主の利益保護を図れる。したがって、例外的に株主総会決議
9 の趣旨において委任の内容が限定されていれば取締役会への委任
10 も認められる。

11 本件において、本件新株予約権はGの成功報酬のために発行さ
12 れており、かかる成功とは甲社の利益が上昇し上場することを一
13 つの目安と考えることができる。とすると、本件株主総会決議に
14 において行使条件を甲社の上場とすることにつき決議の趣旨として
15 限定しているといえる。

16 したがって、本件委任は適法であり、この趣旨に沿った取締役
17 会による上場条件の設定も適法である。

18 3 しかし、上述のように上場条件は本件株主総会決議の重要な基
19 礎になっているため、これを変更して上場条件を廃止することは、
20 実質的に新株予約権を株主総会決議を欠いて発行することと同視
21 できる。

22 本件において、取締役会が上場条件を廃止したことは、実質的
23 に株主総会決議を欠いて新株予約権を発行したとして瑕疵を有する。

P.7 4 そして、新株予約権発行の無効事由とは取引の安全を害してま
2 でも無効とすべき重大な法令違反をいうところ、甲社は非公開会
3 社で取引の安全を保護すべき必要性は低く、既存株主の持株比率
4 との関係で株主総会決議を欠く法令違反は不利益が大きい。したが
5 ったって、本件発行には重大な法令違反があり、無効事由が認めら
6 れ、本件発行は無効である。

7 以上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験民事系第3問

★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P 1 設問 1

- 2 1 既判力の矛盾抵触が生じないこと
3 平成18年判決がいう、「反訴請求権につき本訴において相殺
4 の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分
5 については反訴請求としない趣旨の予備的反訴」とは、本訴で
6 相殺につき既判力ある判断がされた場合には、反訴請求につい
7 て審理しないという解除条件付の反訴請求となることを意味す
8 る。したがって、本訴で反訴請求権につき既判力(114条2
9 項)ある判断が示された場合には解除条件が成就し、当該部分
10 については、反訴請求は審理されないこととなる。したがって、
11 反訴請求権につき、相殺と反訴請求で既判力ある判断が重ねて
12 なされるということは生じない。したがって、一旦提起された
13 反訴が予備的反訴として扱われると、既判力の矛盾が生じない
14 ことになる。
- 15 2 反訴原告が2つの利益を享受することにはならないか
16 (1) まず、相殺の抗弁は、訴訟における攻撃防御の方法の1つ
17 であるからこれを自由に撤回することができるのに対して、
18 反訴請求がなされた場合、口頭弁論をした後にあっては相手
19 方の同意がなければ取り下げることができない(146条4
20 項・261条2項)。よって、反訴原告は、反訴提起後に反訴
21 請求権を自働債権として相殺をしようとする場合に、相手方
22 の同意がない限り、反訴請求を取り下げることができない立
23 場にある。したがって、反訴原告が反訴請求を維持したまま
P.2 反訴請求権を自働債権とする相殺の抗弁を提出することはや
2 むを得ないものといえる。以上から、反訴原告は、相殺によ
3 る確実な債権回収の期待と債務名義獲得の2つの利益を享受
4 しているとまで評価することはできない。
- 5 (2) 次に、相殺の抗弁の提出は、自己の債権を本訴請求権の消
6 滅のために供するもので実質敗訴を意味するものであって、
7 反訴原告にとって防御的なものであるといえる。したがって、
8 反訴原告の相殺の抗弁提出はやむを得ないものであって、反
9 訴原告が相殺による確実な債権回収の期待と債務名義獲得の
10 2つの利益を享受しているとまで評価することはできない。
11 (3) そして、上記1でも述べたように、反訴請求は予備的反訴
12 として扱われることになって、相殺に供された部分につき反
13 訴請求として審理されないことになる。したがって、実際に、
14 反訴請求権の同一部分について、相殺による確実な債権回収
15 の期待と債務名義獲得の2つの利益を享受しているわけでは
16 ない。
17 (4) 以上から、反訴原告が2つの利益を享受することにはなら
18 ないといえる。
- 19 3 処分権主義に反しない理由
20 (1) 処分権主義(246条)とは、当事者が訴訟の開始・終了、
21 訴訟物の特定について当事者の意思を尊重する建前をいう。
22 これは、訴訟物となる実体法上の権利関係には私的自治の原
23 則が妥当することの訴訟法上への反映を根拠とする。とすれ

- P.3 ば、処分権主義に反するか否かは、①原告の合理的意思に反しないか、②被告にとっても不意打ちがないかという観点から判断されることになる。
- 2
- 3
- 4 (2) ①反訴請求が訴えの変更手続を要せず予備的反訴として扱われることによって、反訴請求が認容された場合、反訴請求につき債務名義が認められることになり、本訴原告の合理的意思に反するとも思える。しかし、反訴請求が予備的反訴として扱われないことになると、後に本訴原告が本訴請求権を執行する場合において、本诉被告が反訴請求権を自働債権とする相殺の主張をする可能性がある。そうすると、反訴請求権の存否についても、予備的反訴とされた反訴請求で審理判断されることが本訴原告の紛争の一次的解決に対する合理的期待にかなうものといえる。したがって、①本訴原告の合理的意思に反しないといえる。
- 5
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10 (3) また、②本诉被告も、相殺に供した自働債権と反訴請求における請求権は同一の債権であるから、相殺の抗弁で反訴請求権につき既判力ある判断がなされるのであれば、その部分につき反訴請求が審理されないとしても不意打ちはない。そして、本诉被告も、反訴請求が予備的反訴として扱われることで1回の訴訟で債務名義を得ることができるため、紛争の一次的解決の合理的期待にかなうものといえる。したがって、②本诉被告の不意打ちともならない。
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15 (4) もっとも、訴えの変更の手続を要せず予備的反訴とされると反訴請求について本案判決を得られなくなる可能性があり、反诉被告（本訴原告）の利益を害することになるとも考えられる。しかし、反訴請求権を自働債権とする相殺につき既判力ある判断がなされれば、再度反訴原告が反訴請求権を行使した場合でも、既判力の作用によって当該請求は認められないこととなる。したがって、反诉被告の利益を害することにはならない。
- 16
- 17
- 18
- 19
- 20
- 21
- 22
- 23
- P.4
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- 8 設問2
- 9 1 第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合
- 10 控訴審が、Xの本訴請求権である損害賠償請求権がないとの心証を得て、第一審判決取消し（305条）・請求棄却をする場合、まず、既判力（114条1項）は「主文に包含するものに限り」生じるから、本訴請求権の不存在につき既判力が生じる。一方で、本訴請求権がそもそも不存在であるから、Yの相殺の抗弁については審理判断されない。よって、「相殺をもって対抗した額」（114条2項）はないから、反対債権につき既判力は生じない。
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15 2 請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合
- 16
- 17
- 18
- 19
- 20 これに対して、控訴審が、請求棄却の第一審判決を控訴棄却（302条1項）し、第一審判決がそのまま確定した場合、第一審判決では本訴請求権が存在するとの判断がなされ、かつ、本诉被告の相殺の抗弁が認められているから、本訴請求権の不存在について既判力が生じる。本訴請求権は同額の請求権を自働債権とする相殺によって消滅しているからである。一方で、第一審判決では、Yの相殺の抗弁も認められているから、「相殺をもって対抗した額」である自働債権全体の不存在につき既判力が生じる。
- 21
- 22
- 23
- P.5
- 2 3 比較検討
- 3
- 4
- 5

上記の2つの場合を比較検討すると、本訴請求権について既判力が生じる範囲について差異はないが、相殺に供した自働債権の既判力の有無につき差異がある。すなわち、第一審判決取消し・請求棄却の場合には、反対債権の不存在につき既判力が生じていないのに対して、控訴棄却によって第一審判決がそのまま確定した場合には、反対債権の不存在につき既判力が生じている。そうすると、控訴審が第一審判決取消し・請求棄却をすることは、本訴原告Xの「不服申立ての限度」を超える「第一審判決の取消し」として不利益変更禁止の原則（304条）に反し、違法である。

したがって、控訴審は控訴棄却すべきである。

設問3

- 1 (1) 既判力とは、前訴確定判決の内容が後訴において訴訟当事者及び裁判所を拘束する効力をいう。既判力が作用するのは、前訴と後訴の既判力ある判断が同一・矛盾・先決関係にある場合である。
- 2 (2) 本件では、前訴の第一審判決の確定によって、本訴請求権たる損害賠償請求権の不存在と「相殺をもって対抗した額」である請負代金請求権全額の不存在についても既判力が及んでいる。そして、Yが後訴で提起しようとする訴訟の訴訟物は不当利得返還請求権であって、前訴反対債権である請負代金請求権とは別の訴訟物である。したがって、P3が述べているように、既判力が作用せず、Yの不当利得返還請求権の主張は遮断されないようにも思える。
- 3 (3) しかし、以下のようにYの不当利得返還請求権の主張は、前訴既判力により遮断されると考えられる。すなわち、不当利得返還請求（民法703条・704条）の要件は、①Xの受益、②Yの損失、③①と②の因果関係、④法律上の原因の不存在である。そして、本件におけるYの言い分をこの要件に当てはめていくと、①請負代金請求権を受けないことによって利益を受けており、Xに受益がある。②Yは、Xに対し請負代金請求権を有しているにも拘わらず、請負代金を請求できないことにより損失を被っているので、Yに損失がある。③Yが請負代金を請求できないことにより、Xは支払いを免れているから①と②の因果関係も認められる。④請負代金請求権に対立する債権は存在していなかったため、相殺の要件を欠いているにもかかわらず相殺がなされている、というものになる。
- この内、要件②の主張は、YがXに対し請負代金請求権を有していることを前提とした主張であり、請負代金請求権の不存在という前訴確定判決の既判力ある判断に抵触するものである。したがって、前訴確定判決の既判力によって、Yは要件②に該当する事実の主張をすることが認められないといえる。これは、前訴の既判力ある判断が後訴の訴訟物の先決関係にある場合にあたるといえ、既判力が作用する場面である。
- 4 (4) 以上から、Yの請求は既判力によって認められない。

以上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験民事系第3問

● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P 1 【設問1】

2 1 本件において、反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相
3 殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成3年判決と抵触しないか。

4 2(1) まず、平成3年判決が、係属中の別訴において訴訟物となっ
5 ている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張す
6 ることが許されないとした理由は次の2点である。

7 (2) すなわち、まず第一に、民訴法(以下略)142条の趣旨のひ
8 とつである既判力の矛盾抵触が生じるからという理由である。

9 別訴において訴訟物となっている債権は、別訴において既判力
10 ある判断を受ければ、114条1項によって既判力を生じる。一
11 方で、同債権が自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁に供
12 され、かつ、相殺の抗弁が容れられると、114条2項によって
13 この訴訟においても既判力が生じてしまう。

14 このように、2つの異なる訴訟において既判力が生じることで、
15 2つの訴訟における判断が異なってしまう場合に2つの既判力に
16 矛盾抵触が生じる可能性がある。

17 (3) 第二に、係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働
18 債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することが許され
19 ると、係属中の別訴における原告が、相殺による簡易、迅速かつ
20 確実な債権回収への期待と、相殺に供した自働債権について債務
21 名義を得るという2つの利益を享受することになってしまうから
22 という理由である。

23 上述のように、別訴の原告は、別訴において請求債権について
P.2 既判力ある判断を受ければ、これを債務名義として強制執行が可
2 能になるという利益を受ける。また同時に、これを自働債権とし
3 て相殺に供した他の訴訟においても既判力を受けることで、相殺
4 による簡易、迅速かつ確実な債権回収が可能になってしまう。

5 3(1) しかし本件においては、上記2つの理由は妥当しない。

6 まず第一の理由について。反訴原告が反訴請求債権を自働債権
7 として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を提出することによって、
8 反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として
9 既判力ある判断が示された場合には、その部分について反訴請求
10 としない趣旨の予備的反訴として扱われるからである。

11 予備的反訴とは、本訴において自働債権につき既判力ある判断
12 が示されることを解除条件とするものであるから、本訴において
13 反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁が容れられた場合には、
14 解除条件が成就し、消滅する。

15 したがって、本訴において相殺の抗弁が容れられた場合には1
16 14条2項による既判力のみが生じ、一方で本訴において相殺の
17 抗弁が容れられない場合には、反訴において114条1項による
18 既判力のみが生じることになる。

19 このように、本訴と反訴のいずれにおいても既判力が生じると
20 いう可能性がなくなるため、2つの既判力が生じ、これらが矛盾
21 抵触するという平成3年判決の理由はあたらない。

22 (2) 第二の理由について。

23 上述のように、反訴が予備的反訴になることによって2つの既

- P.3 判力が生じる可能性がなくなる以上、反訴原告は2(3)で述べた2
2 つの利益を享受できなくなる。
3 本訴において相殺の抗弁が容れられれば、本訴においてのみ既
4 判力が生じる以上、この場合には相殺による簡易、迅速かつ確実
5 な債権回収への期待という利益のみが享受できる。一方で、本訴
6 において相殺の抗弁が容れられない場合には、反訴においてのみ
7 反訴請求債権について既判力が生じるから、債務名義を得るとい
8 う利益のみが享受される。
9 このように、これらの2つの利益を同時に享受する事態が観念
10 しえない以上、平成3年判決の理由はあたらない。
- (3) また、L1指摘の第三の点について、訴え変更の手續を要せず
11 に予備的反訴として扱われることが処分権主義に反しない理由は
12 いかんにか説明できるか、また、予備的反訴とすることで反訴請求に
13 つい本案判決を得られなくなる可能性があるが、これによって本
14 訴原告の利益は害されないか。
- 15 まず処分権主義の問題について、処分権主義とは私的自治の訴
16 訟法的反映であることから、当事者の意思に反せず、かつ、被告
17 にとって不意打ちでなければ処分権主義違反とはならない。
18 本件において、まず当事者の意思に反しないかについて。反訴
19 原告としては、反訴請求債権を自働債権として本訴において相殺
20 の抗弁を提出する以上は、本訴において既判力ある判断を受ける
21 以上は反訴において既判力ある判断を受けることを欲しないもの
22 と考えるのが当事者すなわち反訴原告の合理的意思解釈であると
23 いえる。したがって、当事者の意思には反しない。また、反訴被告
P.4 すなわち本訴原告においても、もともと反訴が提起されている
2 以上、これが予備的反訴となっても、不意打ちはない。よって処
3 分権主義には反しない。
4
- 5 次に、本訴原告の利益を害さないかについて。想定されうる本
6 訴原告の不利益は、反訴における既判力が生じなくなることで既
7 判力のもつ紛争解決機能を受けられないというものである。
8 しかし本件において、反訴において既判力ある判断が受けられ
9 なくても、それはすなわち本訴において相殺の抗弁が容れられ1
10 14条2項によって既判力が生じていることを意味するから、反
11 訴で既判力が生じずとも、反訴請求債権については既判力が生じ
12 るのだから、かかる不利益は生じない。
- 13 【設問2】
- 14 1(1) まず、問題文記載の2つの判決が確定した場合の既判力の生じ
15 る範囲を比較検討する。
16 17 (2) 第一審判決取消・請求棄却の判決が確定した場合について。こ
18 の場合には、既判力は本訴請求の不存在のみについて、114条
19 1項によって既判力は生じる。
20 他方、控訴棄却判決が確定した場合には、114条1項によっ
21 て本訴請求の不存在について、及び、相殺に供された自働債権不
22 存在の判断について114条2項によって既判力が生じる。
- 2 2 では、控訴審はいずれの判決をなすべきか。不利益変更禁止原則
3 (304条)との関係で問題となる。
- P.5 不利益変更禁止の原則の趣旨は、上訴審における処分権主義の実
2 現と、上訴人が原審よりも不利な判決を受けないことを保障して安
3 心して上訴することができるようにという政策的な配慮にある。
4 そして、かかる不利益性の判断について、基準の明確性から、既
5 判力の生じる範囲を基準に判断されるべきである。したがって、上

6 訴審は、上訴人にとって原審よりも既判力の生じる範囲が狭くなっ
7 てしまう判決をすることは、不利益変更禁止原則により許されない。
8 3 本件においてこれをみるに、まず第一審判決は、本訴におけるY
9 の相殺の抗弁を認めた上で、本訴請求を棄却するという判決であっ
10 た。この判決の既判力は、114条1項によって本訴請求の不存在
11 について生じ、また114条2項によって自働債権の不存在につい
12 て生じている。

13 この判決と、1(2)で検討した2つの判決の既判力とを比較すると、
14 控訴審が請求棄却の判決をした場合には、第一審で生じていたはず
15 の114条2項による自働債権不存在について既判力が生じなくな
16 ってしまう。一方で控訴棄却の判決の場合には、第一審判決の内容
17 がそのまま確定するから、既判力の生じる範囲は同一である。

18 以上より、控訴審が請求棄却の判決をすることは不利益変更禁止
19 原則により許されず、控訴審としては、控訴棄却の判決をすべきで
20 ある。

21 【設問3】

22 1 Yの請求が既判力によって認められないことをいかに説明すべ
23 か。

24 6 2 まず、Yの言い分を不当利得返還請求権（民法703条）の要件
25 に当てはめて整理すると以下のようなになる。

26 3 不当利得返還請求権の要件は(1)利益、(2)損失、(3)(1)と(2)の間
27 に因果関係のあること、(4)(1)について法律上の原因がないこと、である。

28 5 まず(1)について、言い分のうち①②③および⑤の前段がこれに当
29 てはまる。(2)について④と⑤の後段が、(3)については④が、(4)につ
30 いて③が当てはまる。

31 8 これに関して、Yの主張は既判力により許されないのか。

32 9 2 既判力は、手続保障を与えられたことによる自己責任をその正当
33 化論拠として紛争の蒸し返しを防止する機能を持つが、その機能場
34 面は、訴訟物が同一の場合、訴訟物に先決関係がある場合、矛盾抵
35 触関係がある場合である。

36 10 3 これを本件についてみると、Yの主張のひとつである④と⑤の後
37 段からなる(2)損失は、「請負代金を請求できない」というものである。
38 15 これは、「請負代金債権が存在する」ことをその先決問題として
39 いる。しかし、これは、既判力の生じている判断である「請負代
40 金債権の不存在」と異なるものであり、かかる主張は既判力によっ
て許されないはずである。

41 19 したがって、Yの請求は、既判力により許されない。

20 以上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験民事系第3問

■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

P.1 第1 設問1 P.1の主張

2 1 本件において、XはYに対して瑕疵修補に代わる損害賠償請求
3 (民法634条2項)を提起している(本件本訴)。そして、Y
4 はXに対して請負代金請求(632条)を提起している(本件反
5 訴)。その後、Yは本件反訴の請求権を自働債権として本件本訴
6 において相殺の抗弁を主張している。

7 この点、相殺の抗弁は142条の重複訴訟禁止に反するか問題
8 となるが、平成3年判決の趣旨が妥当せず、以下の点から適法で
9 ある。

10 2 平成3年判決の趣旨について

11 (1) 第一に、相殺の抗弁は「訴えを提起」(142条)したとは
12 いえないため、142条は直接適用できない。しかし、重複訴
13 訟を禁止する142条の趣旨は、重複訴訟が訴訟経済に反し、
14 被告の応訴の煩となり、既判力の矛盾抵触を生じるから、これ
15 を避けるために重複訴訟を禁止した点にある。そして、相殺にも
16 114条2項により既判力が生じる可能性があることから相
17 殺の抗弁も142条が類推適用され得る。

18 また、平成3年判決は、本訴と別訴を単純併合(152条1
19 項)しても、両訴えは潜在的に分離可能性があることから、そ
20 れぞれに異なる結論の判決がなされることにより、既判力の矛
21 盾抵触が生じることから、本訴での相殺の抗弁にも142条
22 が類推適用されるとしている。したがって、平成3年判決の趣
23 旨は、本訴と反訴の判決の既判力の矛盾抵触を避ける趣旨であ
る。

P.2

2 これに対して、平成18年判決は反訴を予備的反訴に変更す
3 ることにより、本訴での相殺の抗弁を適法としているが、予備
4 的反訴は本訴と強制併合されることにより本訴と反訴の間に矛
5 盾した判決がなされる可能性が存在しないことから142条の
6 趣旨が妥当せず、相殺の抗弁も適法とするものである。

7 したがって、反訴を予備的反訴にすれば既判力の矛盾抵触を
8 生じない点で平成3年判決の趣旨は妥当しない。

9 (2) 第二に、平成3年判決は、本訴と別訴の矛盾判決を許せば、
10 本訴において相殺の抗弁が認められて本訴棄却されたにも拘ら
11 ず、別訴において相殺の自働債権の請求が認容されて債務名義
12 を得るとすると、被告は一つの自働債権によって二重に利益を
13 受ける不利益が生じるから、これを避ける趣旨であるといえる。
14 しかし、平成18年判決のように反訴を予備的反訴とすると、
15 相殺の抗弁について判断がなされなかったことを条件として予
16 備的反訴についての判断がなされるという停止条件が予備的反
17 訴に存在するため、常に相殺と反訴のどちらか一方でのみ自働
18 債権の存否が判断される以上、被告が二重の利益を受けること
19 はない。

20 したがって、反訴を予備的抗弁とすれば被告の二重の利益を
21 避けるという点で平成3年判決の趣旨に反しない。

22 (3) 第三に、訴えの変更(143条1項)を経ないで予備的反訴
23 とすることが処分権主義(246条参照)に反しないか問題と

- P.3** なるも、判決の内容が原告の訴訟物との関係で①原告の合理的
2 意思に反する場合、又は②被告の不意打ちとなる場合に処分権
3 主義に反して違法となる。
4 たしかに、反訴は原告が提起するものであり訴訟物にかかわ
5 るため、これについて予備的反訴に職権で変更することは原告
6 が申し立てた反訴の判断をしないとの可能性もあるため、反訴
7 原告の合理的意思に反して処分権主義に反するとも思える。し
8 かし、反訴原告は相殺の簡易性や担保的機能を享受するために
9 自らの意思で相殺の抗弁を主張しており、反訴の債務名義を得
10 て執行するよりも簡易な相殺の判断を優先することが通常の原
11 告の意思といえる。したがって、予備的反訴としても原告の合
12 理的意思に反しない（①充足）。また、予備的反訴となっても
13 自働債権の存在につきどちらにしても判断がなされる以上、こ
14 れを認めても被告の不意打ちとならない（②充足）。以上より、
15 予備的反訴への変更は処分権主義に反しない。
16 また、反訴の本案判決を得られなくなって自働債権の不存在
17 の既判力（114条1項）を得られなくなるが、その場合には
18 相殺の抗弁において自働債権の不存在に既判力（114条2
19 項）が生じるから、自働債権についての判断について既判力を
20 得られなくなるという不利益は反訴被告には生じない。
21 したがって、予備的反訴とすることに不都合は生じないので
22 あり、平成18年判決の趣旨もかかる点にある。
23 (4) 以上から、反訴を予備的反訴にすれば、相殺の抗弁を禁止す
P.4 る平成3年判決の趣旨は妥当せず、142条に反せず適法である。
2
3 3 本件において、Yの反訴を予備的反訴に変更することにより、
4 Yの本訴における相殺の抗弁は142条に反せず適法となる。
5 第2 設問2 P2の主張
6 1 本件において、第一審判決において、Xの瑕疵修補請求権の不
7 存在とYの相殺に供した自働債権たる請負代金債権の不存在とが
8 認定され、このように判決されている。そして、控訴審において
9 裁判所は、瑕疵修補請求権の不存在の心証を形成したが、その不
10 存在は相殺を理由としない、そもそも請求権は発生していないと
11 の心証となった。そこで、控訴審はどのような判決をすべきか。
12 第一審判決を取り消して改めて請求を棄却すべきとの理由を以下
13 検討する。
14 2 この点、第一審判決を取り消して改めて請求を棄却することが
15 不利益変更禁止の原則（304条）に反しないか問題となる。
16 3 まず、単に控訴棄却とした場合、第一審判決により生じた
17 相殺の自働債権の不存在に既判力が生じて（114条2項）いる
18 ことから、控訴人が争っていないかかる既判力を失わないことと
19 なる。こういった点で、単に控訴棄却とした場合は控訴人にと
20 って判決の不利益変更を避けることができる。
21 しかし、裁判所の心証と異なり、原告の請求権がそもそも存在
22 したと判断しなければならない点で実体的真実に反する。
23 これに対して、第一審判決を取り消して改めて請求を棄却する
P.5 と裁判所の心証に合致して実体的真実を求めることができる。また、
2 不利益変更禁止の原則（304条）の趣旨は控訴人の処分権
3 を保護する点にあり、相手方の相殺に供した自働債権の存否は控
4 訴人の処分権とは関わらないため、相殺の既判力についてかかる
5 原則の趣旨は妥当しない。

6 したがって、不利益変更禁止の原則（304条）は、控訴人の
7 請求する訴訟物の存否について量的に減少した場合に適用される。

8 4 本件では、第一審判決も第一審判決を取り消して改めて請求を
9 棄却する判決も、原告Xの瑕疵修補請求権が不存在であるという
10 点で量的な変更はないため、不利益変更禁止の原則（304条）
11 に反しない。

12 よって、裁判所は第一審判決を取り消して改めて請求を棄却す
13 べきである。

14 第3 設問3 P3の主張

15 1 まず、不当利得返還請求権の要件は、民法703条より、①原
16 告の「損失」、②被告の「利益」、③①と②の因果関係、④①と②
17 の移転に「法律上の原因」がないことである。

18 本件において、①原告Yは前訴判決によって請負代金支払請求
19 権を失った「損失」がある。②被告Xは請負代金支払請求を免れ
20 たため「利益」がある。③①と②は前訴によって生じているため
21 因果関係がある。④前訴はXに損害賠償請求がないにもかかわらず
22 理由なく相殺を認めて自働債権たる請負代金債権を不存在とし
23 たため、請負代金債権は本来存在しているとして①と②の移転に
P.6 「法律上の原因」がない。

2 2 次に、前訴判決によって、自働債権たる請負代金債権の不存在
3 につき既判力（114条1項）が生じている。そして、既判力の
4 及ぶ「主文」とは訴訟物の存否に関する判断であり、法律関係の
5 前提に対しても及ぶ。

6 本件では、上述のように請負代金債権の不存在に既判力が生じ
7 ていることからこれを法律関係の前提とすると、その既判力の作
8 用により、④の請負代金債権が存在しているとして「法律上の原
9 因」がないとの主張はできない。

10 したがって、Yの主張は既判力により認められない。

11 以 上