

司法試験

---

# 平成29年本試験徹底分析会

## 民事系

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 173917

LU17391



# 平成29年本試験分析会

## 民事系・第1問

## 平成29年司法試験 民事系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100〔設問1〕〔設問2〕及び〔設問3〕の配点は、30：40：30）  
次の文章を読んで、後記の〔設問1〕,〔設問2〕及び〔設問3〕に答えなさい。

I

### 【事実】

1. 甲土地と乙土地は、平成14年3月31日以前は長い間いずれも更地であり、全く利用されていなかった。Aが所有する乙土地は、南側が公道に面するほかはBが所有する甲土地に囲まれた長方形の土地であるが、乙土地の実際の面積は登記簿に記載されている地積よりも小さかった。また、甲土地と乙土地の境界にはもともと排水溝があった。
2. 平成14年4月1日、Aは、排水溝が埋没したのを奇貨として、登記簿記載の地積にほぼ合致するように、乙土地の東側と西側をそれぞれ5メートルほど広げる形で、柵を立てた（公道に面する南側部分を除く。以下では、この柵と南側の公道に囲まれた土地全体を「本件土地」といい、乙土地の東側に隣接する甲土地の一部を「甲1部分」と、西側に隣接する甲土地の一部を「甲2部分」という。なお、本件土地の位置関係は別紙図面のとおりであり、〔本件土地＝乙土地＋甲1部分＋甲2部分〕という関係にある。本件土地の東側・北側・西側の外周に、それぞれ柵が立てられている状態である。）。Aは、柵を立てた後も、本件土地を更地のままにしていた。
3. 医師であるCは、診療所を営むことを考えており、それに適する場所を探していたところ、知人からAを紹介され、本件土地に診療所用の建物を建築することを計画した。そこで、Cは、乙土地の登記簿を閲覧した上で、Aと共に本件土地を実地に調査し、本件土地の東側・北側・西側の外周に柵があることを確認した。また、Cは、本件土地の測量を行い、その面積が乙土地の登記簿に記載されている地積とほぼ合致することを確認した。
4. AとCは、平成16年9月15日、本件土地につき、Aを賃貸人、Cを賃借人、契約期間を同年10月1日から30年間、賃料を月額20万円、使用目的を診療所用の建物の所有とする賃貸借契約（以下「本件土地賃貸借契約」という。）を締結した。
5. 平成16年9月25日、Cは、建築業者との間で、本件土地に診療所用の建物を建築することを目的とする請負契約を締結した（以下では、この請負契約に基づき行われる工事を「本件工事」という。）。
6. 平成16年10月1日、Aは、本件土地賃貸借契約に基づき、本件土地をCに引き渡した。Cは、約定どおり、Aが指定する銀行口座に同月分以降の賃料を振り込んでいた。
7. 本件工事の開始は請負人である建築業者の都合で大幅に遅れた。その間、【事実】2の柵は立てられたままであったが、本件土地は全く利用されておらず、更地のままであった。
8. 平成17年6月1日になってようやく本件工事が始まった。本件工事は、乙土地と甲1部分の上で行われ、Cは、同日以降、甲2部分を工事関係者に駐車場や資材置場として利用させていた。
9. 本件工事は平成18年2月15日に終了し、同日、乙土地と甲1部分の上に建築された建物（以下「丙建物」という。）につきC名義で所有権保存登記がされた。丙建物は、乙土地と甲1部分のほぼ全面を利用する形で建築された。Cは、同年4月1日に診療所を開設した。甲2部分は、それ以降、患者用駐車場（普通自動車3台分）として利用されている。
10. Bは、長い間甲土地を利用しないまま放置していたが、平成26年8月になって甲土地に建物を建築することを計画した。Bは、その際、丙建物が甲1部分に越境して建築されていること及びCが駐車場として利用している甲2部分も甲土地の一部であることに気付いた。
11. そこで、平成27年4月20日、Bは、Cに対し、所有権に基づき、甲1部分を明け渡すことを求める訴えを提起した。

【設問1】 【事実】1から11までを前提として、次の問いに答えなさい。

Cは、Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、どのような反論をすることが考えられるか、その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。なお、丙建物の収去の可否及び要否について考慮する必要はない。

II 【事実】1から11までに加え、以下の【事実】12から16までの経緯があった。

【事実】

12. 平成27年11月10日、Aは、Bから、甲1部分及び甲2部分を買受けた。同日、甲土地を甲1部分、甲2部分及びその余の部分に分筆する旨の登記がされ（以下では、甲1部分を「甲1土地」、甲2部分を「甲2土地」といい、乙土地、甲1土地及び甲2土地を「本件土地」という。）、甲1土地と甲2土地のそれぞれにつきBからAへの所有権移転登記がされた。Bは、これを受けて、【事実】11の訴えを取り下げた。Aは、Cに対し、これらの事実を伝えるとともに、本件土地賃貸借契約については従来と何も変わらない旨を述べた。また、同月20日に、丙建物につき、その所在する土地の地番を、「乙土地の地番」から「乙土地の地番及び甲1土地の地番」に更正する旨の登記がされた。
13. 平成28年1月に、Cは、友人Dから、勤務医を辞めて開業したいと考えているが、良い物件を知らないかと相談を受けた。Cは、健康上の理由で廃業を考えていたところであったため、Dに対し、丙建物を貸すので、そこで診療所を営むことにはどうか、と提案した。Dは、この提案を受け入れることにした。
14. CとDは、平成28年5月1日、丙建物について、賃貸人をC、賃借人をD、契約期間を同日から5年間、賃料を月額60万円、使用目的を診療所の経営とする賃貸借契約（以下「丙賃貸借契約」という。）を締結した。その際、CとDは、専らCの診療所の患者用駐車場として利用されてきた甲2土地について、以後は専らDの診療所の患者用駐車場として利用することを確認した。
15. 平成28年5月1日以降、Dは、丙建物で診療所を営んでいる。丙建物の出入りは専ら甲1土地上にある出入口で行われ、甲2土地は、従前と同様、診療所の患者用駐車場として利用されており、3台の駐車スペースのうち1台は救急患者専用のもので利用されている。
16. 平成28年9月3日、Aは、CD間で丙賃貸借契約が締結されたこと、Dが丙建物で診療所を営み、甲2土地を診療所の患者用駐車場として使っていることを知った。同月5日に、Aは、Cに対し、事前に了解を得ることなく、①Cが丙建物をDに賃貸し、そこでDに診療所を営ませていること、②Cが甲2土地を診療所の患者用駐車場としてDに使用させていることについて抗議をした。

【設問2】 【事実】1から16までを前提として、次の問いに答えなさい。

Aは、本件土地賃貸借契約を解除することができるか、【事実】16の下線を付した①及び②の事実がそれぞれ法律上の意義を有するかどうかを検討した上で、理由を付して解答しなさい。

III 【事実】1から16までに加え、以下の【事実】17から20までの経緯があった。

【事実】

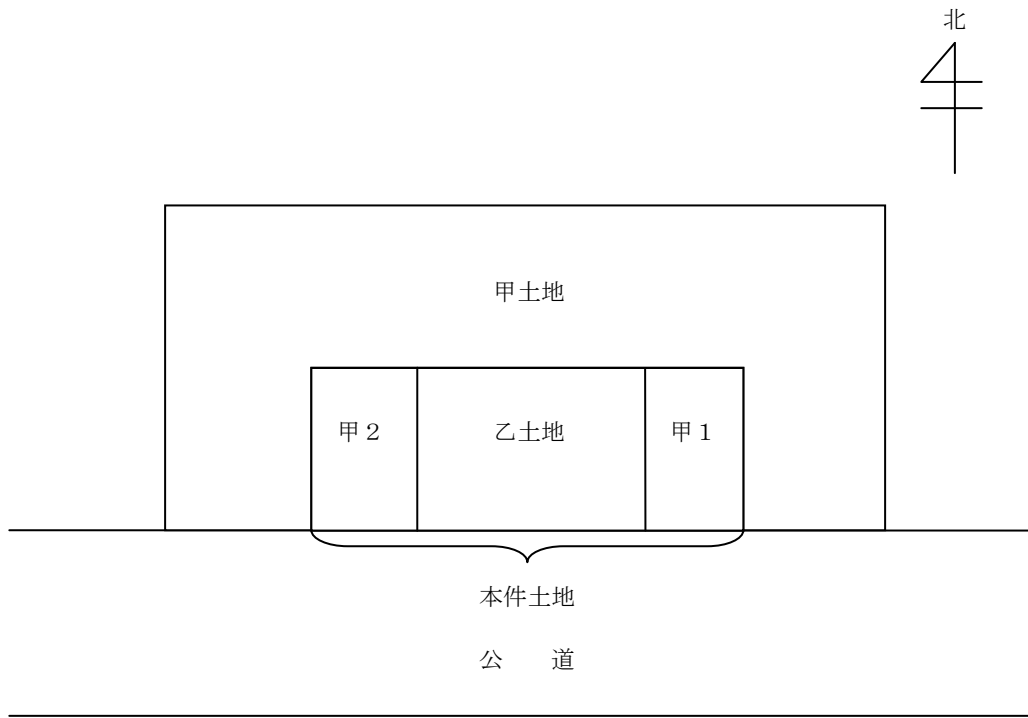
17. その後、Aは、Cだけでなく、Dにも連日苦情を述べるようになった。Dから対処を求められたCは、平成28年9月20日、Aに対し、50万円を支払うので今回の件をこれ以上問題にしないでほしいと申し入れた。Aは、不満ではあったものの、金策に追われていたことから、Cの申入れを受け入れることにし、AとCとの間で和解が成立した。同月25日に、Cは、Aに対し、前記和解に基づき、50万円を支払った。Dは、Cから、Aとの間で和解が成立した旨の報告を受け、引き続き診療所を営んでいる。

18. 平成28年12月10日、Aは、資金繰りの必要から、Eとの間で、本件土地（甲1土地、甲2土地及び乙土地）を6000万円でEに売却する旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。その際、Aは、Eに対し、Cの契約違反を理由に本件土地賃貸借契約は解除されており、Cは速やかに丙建物を取去して本件土地を明け渡すことになっている旨の虚偽の説明をした。Eがこの説明を信じたため、前記代金額は、それを前提として決定され、建物の取去及び土地の明渡しが未了であることを考慮し、本件土地の更地価格（7000万円）より1000万円低く設定された。
19. 平成28年12月16日、Eは、Aに対し、本件売買契約に基づき、その代金として6000万円を支払った。また、同日、本件土地の3筆それぞれにつき、本件売買契約を原因として、AからEへの所有権移転登記がされた。
20. 平成29年2月20日、Eは、Cに対し、本件土地の所有権に基づき、丙建物を取去して本件土地を明け渡すことを求める訴えを提起した。

【設問3】 【事実】1から20までを前提として、次の問いに答えなさい。

Cは、Eの請求に対しどのような反論をすることが考えられるか、その根拠を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

【別紙 図面】



## 平成29年司法試験 民事系第1問 解答例

### 第1 設問1

#### 1 Cの主張の骨子

Bは、甲1部分について、Bが所有権を有すること及びCがこれを占有していることを主張立証し、Cに対し所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求をしている。Cは、甲1部分がBの所有にかかるものであることを認めたとえで、上記権利の発生障害要件として、自己の占有権原を主張する。

ここで考えられる占有権原の発生根拠は、Cが、甲1部分について、平成16年9月15日にAとの間で、賃貸借契約（601条）を締結（以下「本件契約」という。）して以後、平成27年4月20日にBから明渡請求を受けるまで、当該契約に基づき甲1部分を占有していることから、賃借権の時効取得（163条）である。

#### 2 Cによる甲1部分賃借権の時効取得の可否について

##### (1) 時効期間

Cは本件契約時点で、甲1部分の所有権がAではなくBにあることを知らず、本件土地の測量を行い登記と整合することを確認したうえで賃借しているのであるから、知らなかったことにつき過失も存在しないため、時効期間は10年間となる（163条、162条2項）。

##### (2) 賃借権の時効取得の要件

賃借権の時効取得にあたっては、①賃借人による他人の土地の継続的な用益という外形的事実が存在し、かつ、②その用益が賃借の意思に基づくものであることが客観的に表現されていること

を要する。

ア Cは、Aが本件土地の周囲を柵で囲んだ状態で、甲1部分につき平成16年10月1日に引き渡しを受けている。この後Cは、平成17年6月1日に丙建物の建築に着手し、平成18年2月15日以降丙建物を所有する方法で、甲1部分を占有している。

平成16年10月1日から、平成17年6月1日まで、甲1部分は更地のままであり、建物所有等の方法によって使用されてはいなかった。しかし、Cは、当該期間中も甲1部分を含む本件土地の周辺に柵を設置した状態で占有することによって、甲1部分について排他的に使用する意思を外形上明らかにしていたといえる。そのため、CはAから本件土地につき、引き渡しを受けた平成16年10月1日より、外形上明らかな方法によって継続的に用益していたことができ、①の要件を充足する。

イ Cは、本件契約に基づき、Aに対して、平成16年10月1日より継続して賃料を支払っているのであるから、②の要件も充足する。

ウ 以上より、Cは賃借権時効取得の要件を全て充足し、これによって本件土地所有者であるAとCの間に、甲1部分について新たに賃貸借契約が創設されることとなる。

#### 3 結論

よって、Cの占有権原の抗弁は認められる。



## 第2 設問2

## 1 下線部①の事実について

## (1) Cが丙建物をDに賃貸していることについて

Cは、借地である甲1土地上に丙建物を所有しており、当該建物をDに賃貸していてもなお、C自身が丙建物所有のために甲1土地を使用しているのであるから、丙建物の賃貸によって甲1土地の転貸にはあたらない。

以上より、当該事実はAC間における本件契約の解除原因（612条1項、2項）にならない。

## (2) Dが丙建物で診療所を営んでいることについて

賃借人は、「契約又はその目的物の性質によって定まった方法」に従って目的物を使用収益しなければならない（616条、594条1項）。AC間における本件契約にあたっては、土地の使用目的を「診療所用の建物の所有」と定めているため、契約上Cは当該目的に従って本件土地を使用する義務を負う。そして、Cは実際に本件土地上に診療所用建物である丙建物を所有していることから、何ら当該義務に違反するものではない。なお、診療所の経営者は契約当初予定されていたCから、丙建物の賃借人であるDに変更されているが、土地の使用目的に経営主体まで特定されていたものではないことから、経営主体の変更は土地の使用方法に影響を及ぼさない。

以上より、当該事実はAC間における本件契約の解除原因にならない。

## 2 下線部②の事実について

## (1) 丙建物所有に供される土地の範囲について

借地人が借地上に所有する建物を賃貸する場合、借地の転貸借に該当しない。しかし、隣接する複数の土地を一括して賃借し、かつその一部の土地に建物が存在しない場合には、当然に当該土地についてまで、借地人自身が建物所有のために使用しているということとはできない。当該土地にまで借地人が建物を所有するために自ら使用していると言いうるためには、隣接する複数の土地を一括して使用することが建物の使用にあたって必要不可欠であり、これを否定した場合当該建物における営業等に償い難い損失がもたらされる場合に限定される。

本件契約にあたって、本件土地の使用目的は「診療所用の建物所有」となっており、患者用駐車場である甲2土地の使用は丙建物の使用と用法上も経済上も一体となっはいるが、駐車場がなくとも診療を行うことは可能であるため、Cによる診療所の経営にあたって甲2土地の使用が必要不可欠であるとはいえない。また、甲2土地を患者用駐車場として提供しないことによって、診療所の経営状態が急激に悪化することが当然に予測されるものでもないことから、Cの営業に償い難い損失をもたらすともいえない。

よって、甲2土地は乙土地及び甲1土地と一括して丙建物所有目的に供されているということとはできない。

## (2) 無断転貸による解除の可否について

Aの許諾なく、CD間において丙建物の賃貸借契約に伴い、甲2土地をDに占有させていることが無断転貸に該当するとしても、Cは抗弁事由として、当該行為がAに対して背信性を有しないことを主張立証する。

本件契約にあたって、土地使用目的は「診療所建物の所有」と定められており、本件土地を一括して診療所の経営に用いることがAC間で当然の前提とされていた。そして、診療所の経営にあたっては、土地の一部を患者用駐車場として用いることも想定内の範囲内であるから、Cが甲2土地を患者用駐車場として使用することは、診療所経営のための土地の一括利用の範囲を逸脱するものではない。Dは、丙建物をCから賃借して、本件土地上で診療所を経営するにあたって、AC間において許容されている土地の使用状態を引き継いだに過ぎない。建物使用者が変更されたことのみを理由として、経済的に一体として使用される隣接地の使用の可否が異なることは合理的とはいえず、Dによる甲2土地の使用は本件契約を解除すべき背信性をもつものとはいえない。

(3) 結論

以上より、当該事実はAC間における本件契約の解除原因にならない。

第3 設問3

1 Cの主張の骨子

賃貸借契約の目的物である土地の所有権が移転した場合、これに伴って賃貸人たる地位は移転せず、賃借人が当該賃貸借契約につき対抗

要件を具備していない場合、借地人は、新所有者の求めに応じ土地を明け渡さなければならない。

本件においてEは、Cに対して、Eが所有権を有すること及びCが本件土地を占有していることを主張立証し、土地所有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求をしている。これに対しCは、借地権に基づき、本件土地上に登録されている丙建物を所有することから、第三者であるEに対して本件土地の借地権につき対抗することができる（借地借家法10条1項）と主張することとなる。

2 借地権の対抗力の範囲について

(1) 丙建物所在地である、乙及び甲1土地については、当然に登録された丙建物の対抗力が及ぶ。

(2) 甲2土地については、建物が存在しないため、乙土地及び甲1土地にある登記された丙建物の存在をもって、当然に対抗要件を具備しているということとはできない。隣接する複数の土地を一括して土地所有目的に供しているとして、全体について対抗力が及ぶと認められるためには、隣接する複数の土地を一括して使用することが建物の利用にあたって必要不可欠であり、これを否定した場合当該建物における営業等に償い難い損失がもたらされる場合に限定される。

本件においては、患者用駐車場がなくとも診療所の経営は可能であり、甲2土地を患者用駐車場として提供しないことによってDの診療所の経営が著しく困難になることが当然に予想されるものでもないことから、上記要件を満たさない。

よって、甲2土地は乙土地及び甲1土地と一括して丙建物の対抗力が及ぶものではない。

### 3 権利濫用について

なお、甲2土地について丙建物の対抗力が及ばないことを前提に、CはEによる甲2土地の明渡請求につき、土地の使用状況が経済的一体性を有するものであることが一見して明らかであるにもかかわらず、その一部について建物が存在しないことを奇貨として明渡請求することは権利濫用にあたりと主張することが考えられる。

しかし、駐車場用地は建物から独立して経済的価値を有するものであり、かつ、Eは登記によってしか本件土地の使用状況を知ることができない立場にある以上、甲2土地が丙建物と経済的一体性をもって使用されていることまで考慮して本件土地を購入すべきであったということとはできない。そのため、EがCに対して甲2土地のみ明け渡すよう求めたとしても、これをもって権利濫用ということとはできない。

### 4 結論

以上より、Cは乙土地及び甲1土地については借地借家法上の対抗要件を具備していることから、Eによる建物取去土地明渡請求に応じる必要はないが、甲2土地については、何ら対抗要件を具備するものではなく、Eによる明渡請求に応じなければならない。

以上

- MEMO -

# 平成29年本試験分析会

## 民事系・第2問

## 平成29年司法試験 民事系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、35：40：25）

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. A及びBは、Cから、加工食品の製造業及び卸売業を営む甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立するので、協力してほしいと頼まれた。そこで、甲社の設立に際し、Aは、唯一の発起人となるとともに、甲社の設立に際して発行される株式の一部を引き受け、出資の履行として1200万円を払い込み、Bは、発起人とならなかったが、残りの株式を引き受け、出資の履行として1800万円を払い込んだ。
2. Aは、甲社の設立手続を進める上で、当初の1か月間は、設立事務を行う事務所と設立事務を補助する事務員が必要であると考えた。そこで、Aは、Dから、平成23年5月9日、「甲社発起人A」の名義で、事務所用建物を、賃貸期間を1か月に限り、賃料を後払いで60万円とする約定により賃借した。また、Aは、同月12日、「甲社発起人A」の名義で、Eを、設立事務を補助する事務員として、期間を1か月に限り、報酬を後払いで40万円とする約定により雇用了。なお、当該賃料及び当該報酬は、相場に照らし、いずれも適正な金額であった。
3. Aは、Fとの間で、平成23年5月13日、「甲社発起人A」の名義で、成立後の甲社の事業に用いる目的で、食品加工用の機械（以下「本件機械」という。）を、甲社の成立を条件として、本件機械の引渡し及び代金の支払の期日をいずれも同年7月29日とし、代金を800万円とする約定により、甲社がFから購入する契約（以下「本件購入契約」という。）を締結した。
4. 平成23年6月14日、甲社の設立登記がされた。公証人の認証を受けた甲社の定款には、設立費用については「設立費用は80万円以内とする。」との記載のみがあり、また、甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けることを約する契約については記載がなかった。なお、当該設立費用については、裁判所の選任した検査役の調査等の必要な手続を経ていた。  
甲社は取締役会設置会社かつ監査役設置会社であり、甲社の代表取締役はCである。甲社の設立時の株主は、A及びBの二人のみであり、甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれも、40%はAが、60%はBが、それぞれ保有している。甲社の純資産額は、設立後、数か月の間、3000万円を超えることがなかった。
5. 甲社は、Fから、平成23年6月16日、本件機械について代金として50万円を追加するように要求されるとともに、この要求に応じないのであれば、本件購入契約の有効性を問題とし、本件機械の引渡しに応じないと主張された。

### 〔設問1〕

- (1) Aは、Dに対して上記2の賃料60万円を、Eに対して上記2の報酬40万円を、いずれも支払っておらず、甲社は、その成立後、直ちに、D及びEから、これらの支払を求められた。この場合において、甲社がこれらの支払を拒否することができるかどうかについて、判例の立場及びその当否を検討した上で、論じなさい。
  - (2) 甲社の代表取締役Cは、本件機械が甲社の事業活動に不可欠であったことから、上記5のFの要求に応ずることもやむを得ないが、できれば代金を追加して支払うことなく本件機械の引渡しを受けたいと考え、平成23年6月20日頃、その旨を弁護士に相談した。当該弁護士の立場に立って、本件購入契約に関する会社法上の問題点について論じた上で、それを踏まえつつ、甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手続について、検討しなさい。
6. 平成27年12月、甲社の取締役会は、甲社と取引関係があった加工食品の小売販売業を営む乙株式会社（以下「乙社」という。）が経営不振に陥り、乙社から援助を求められたことを受け、

乙社の全ての発行済株式を取得して、乙社を完全子会社化した上で、乙社の経営を立て直すことを決定した。乙社を完全子会社化するのには、甲社の経営方針に反対する少数株主を排除するためであった。

乙社は、会社法上の公開会社であるが、金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。乙社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、その発行する株式について株券を発行する定めや単元株式数に関する定めはない。なお、乙社の定款のうち、本間に関係する定めは、別紙の1のとおりである。

7. 甲社は、乙社の株式を買い集め、乙社の発行済株式の60%に当たる6000株を取得した。乙社の取締役はいずれも乙社が甲社の完全子会社となることに賛成していたが、乙社の創業者の一族である株主Gは、乙社が甲社の完全子会社となることに強硬に反対し、甲社からの株式売却の勧誘にも一切応じない姿勢を見せていた。
8. 乙社は従業員持株制度を採用しており、乙社の従業員のうち希望者が従業員持株会に加入している。当該従業員持株会（以下「本件持株会」という。）は、平成28年3月31日の時点で、乙社の従業員20人から成る民法上の組合であり、乙社の株式を1200株取得しており、当該1200株については下記9のとおり株主名簿に株主として本件持株会の理事長であるHが記載されている。本件持株会の会員は、積立口数に応じて本件持株会が保有する乙社の株式について持分を有し、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託している。すなわち、当該1200株については、実質的には、本件持株会の会員である従業員20人が、その持分に応じて、保有していることとなる。本件持株会の規約のうち本間に関係する定めは別紙の2のとおりである。なお、本件持株会の規約の内容は適法であり、当該規約に基づく株式の信託を無効とする事由はない。
9. 平成28年3月31日の最終の株主名簿に記載された乙社の株主及びその持株数は、次のとおりであった。
 

甲社：6000株、G：2000株、乙社従業員持株会（本件持株会）理事長H：1200株、I：800株
10. 甲社と乙社の取締役が話し合った結果、乙社を甲社の完全子会社とするため、乙社は、株式の併合をすることとなった。乙社の代表取締役Jは、取締役会の決議に基づき、平成28年6月1日に定時株主総会の招集通知を発した。当該招集通知には、株主総会の目的の一つが株式の併合であること、株式の併合に係る議案の概要として、①3000株を1株に併合すること、②株式の併合がその効力を生ずる日（以下「効力発生日」という。）を同年7月1日とすること、③効力発生日における発行可能株式総数を効力発生日における発行済株式の総数の4倍に当たる数とすること等が記載されていた。他方で、株主総会に出席しない株主が書面又は電磁的方法によって議決権を行使することができることとする旨は記載されていなかった。
 

乙社は、当該招集通知を発した日に、上記①から③までの事項を公告するとともに、上記①から③までの事項を含む株式の併合に関する所定の事項を記載した書面を本店に備え置いた。
11. 上記10の招集通知に基づき平成28年6月20日に開催された乙社の定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、Gのほか、甲社の代表取締役Cが甲社を代表して出席し、また、本件持株会の発足以来その会員であるKが本件持株会理事長Hの代理人として出席した。Kは、その際、本件株主総会において議決権行使の代理人をKとする旨のHが作成した委任状を乙社に提出した。なお、本件持株会の会員でHに対し本件株主総会における議決権行使についての特別の指示をしたものはいなかった。
12. Iは平成27年10月1日に死亡し、Iの唯一の相続人であるLが、Iが保有していた乙社株式800株（以下「本件株式」という。）を相続した。Lは、Iの生前から、乙社の株主名簿上のIの住所においてIと同居しており、Iが死亡した後も、引き続き同所において居住している。Lは、Iの生前から、Iが本件株式を保有していたことを知っていたものの、本件株式を相続により取得した後も、本件株式について株主名簿の名義書換えを請求していなかったが、I宛ての

本件株主総会の招集通知を受け取った日の翌日である平成28年6月3日、乙社に対し、相続により本件株式を取得したことを証する書面を提示して株主名簿の名義書換えを請求するとともに、上記10の株式の併合に反対する旨を乙社に通知した。乙社は、同日、Lの請求のとおり株主名簿の名義書換えを行った。

本件株主総会の当日、Lは、本件株主総会の会場に現れ、入場を求めたが、乙社の受付担当者は、乙社の代表取締役Jの指示に基づき、Lが本件株主総会に係る議決権行使の基準日において株主名簿上の株主でなかったことを理由として、Lの入場を認めなかった。

13. 本件株主総会において、乙社の代表取締役Jは、株式の併合をすることを必要とする理由として、①株主への通知や配当金の支払に掛かるコストを削減するために株主の人数を減少させる必要があること、②乙社は、数年後に、会社の事業規模に合わせて資本金の額を減少する予定であり、そのためには、会社法上、発行済株式の総数を減少させる必要があることの2点を説明したが、乙社を甲社の完全子会社とした上で甲社の支援により乙社の経営を立て直すという本来の目的については説明しなかった。
14. 本件株主総会において、上記10の株式の併合の議案については、Gが反対したが、甲社及びHの代理人であるKが賛成したことにより、可決された（以下「本件決議」という。）。

【設問2】 Gは、本件決議の瑕疵を主張して、本件決議の効力を否定することを検討している。平成28年7月20日の時点で、本件決議の効力を争うためにGの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

【設問3】 上記10の株式の併合により乙社の株式を失うこととなるLの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、論じなさい。ただし、株式の併合をやめることを請求し、株式の併合の効力を否定し、又は損害賠償を請求するという手段については、論じなくてよい。



## 別 紙

## 1 乙株式会社定款（抜粋）

（なお、以下の定めは、設立時から本件株主総会の終結の時までの間、変更されていない。）

（定時株主総会の基準日）

第11条 当社は、毎年3月31日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもって、その事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とする。

（決議）

第15条 株主総会の普通決議は、法令又は定款に別段の定めがある場合のほか、出席した議決権を行使することができる株主の議決権の過半数をもって決する。

2 会社法第309条第2項に定める決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって行う。

（議決権の代理行使）

第16条 株主は、当会社の他の株主1名を代理人として、その議決権を行使することができる。

## 2 乙株式会社従業員持株会規約（抜粋）

（株式の管理及び名義）

第10条 会員は、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託するものとする。

2 前項により理事長が受託する株式は、株主名簿において理事長名義とする。

（議決権の行使）

第11条 理事長名義の株式の議決権は、理事長が行使するものとする。ただし、会員は、各自の持分に相当する株式の議決権の行使について、理事長に対し、株主総会ごとに特別の指示を与えることができる。

## 平成29年司法試験 民事系第2問 解答例

### 第1 設問1

#### 小問(1)について

- 1 Dに対する賃料60万円は、設立事務を目的とする賃貸借契約から生じたものであるから、設立費用（28条4号）に該当する。また、設立事務を補助する事務員に対する報酬40万円も同様に設立費用である。そして、設立費用は、定款に記載又は記録しなければその効力を生じないとされている（28条4号）が、その意味をどのように解するべきか。
- 2 この点、判例は、定款に記載された額の限度内において、発起人のした取引の効果は成立後の会社に帰属し、相手方は会社に対してのみ支払を請求できるとする。ここで、判例の立場に反対する学説として、会社財産確保の観点から、定款に記載があっても、取引の効果は発起人にしか帰属しないと考える方があり。しかし、この考え方は、設立中の会社は設立後の会社と一体であり、会社財産を形成していく必要がある点を軽視しすぎている。会社財産確保と会社財産形成の必要性の調和の観点から、判例の考え方が妥当である。
- 3 従って、定款に記載のある80万円の限度で、設立費用は設立後の会社に帰属する。複数の取引がある場合は時系列に従って判断すべきであるから、事務所用建物賃借費用60万円については全額甲社が負担し、報酬40万円は20万円を甲社が、20万円を発起人Aが負担すると考えられる。
- 4 よって、賃料60万円の支払と報酬のうち20万円の支払は甲社は拒めないが、報酬のうち20万円の支払を拒むことはできる。

#### 小問(2)について

- 1 本件購入契約は、甲社の設立を条件とする取引であり、財産引受にあたる（28条2号）。財産引受は、設立費用は、定款に記載又は記録しなければその効力を生じないとされている（28条4号）が、その意味をどのように解するべきか。設立中の会社の権利能力や発起人の権限と関連して問題となる。この点、判例の立場は定かではないが、判例に近い考え方は以下のとおりである。
- 2(1) まず、設立中の会社が成長して、完全な株式会社となるから、設立中の会社と成立後の会社は実質的に同一である（同一性説）。
  - (2) では、設立中の会社の実質的権利能力はどこまでか。
 

この点、厳格な設立規制の趣旨を徹底すべきである。但し有用な財産引受を法は厳格な制限のもとに特別に認めた点も反映すべきである。

従って、設立中の会社の実質的権利能力は、会社の形成・設立それ自体を目的とする行為に限られる。但し、法定の要件を満たした財産引受（28条2号）は特別に会社の実質的権利能力の範囲に入ると解する。
  - (3) では、設立中の発起人の権限はどこまでか。
 

この点、発起人は設立中の会社の機関であり、会社の成立のために活動するのだから、設立中の会社の実質的権利能力と同様に考えるべきである。

従って、会社の形成・設立それ自体を目的とする行為に限られる。但し、法定の要件を満たした財産引受（28条2号）は特別

に設立中の発起人の権限の範囲に入る。

ここで、本件機械の購入は、営業に必要な行為であって、会社の形成・設立それ自体を目的とする行為ではないし、定款に記載がなく財産引受の要件も満たしていない以上無効である。

3 では、法定の手続を欠いた財産引受を成立後の会社は追認できるか。

この点、法定の手続を欠いた財産引受は、会社の権利能力の範囲内でも発起人の権限内でもなく、無効であり追認できない。再契約ができるのみである。

しかし、この考え方に立つと、代金追加に応じなければ、本件機械の引渡を受けることはできない。そこで、この考え方自体が間違っており、無効とするのは会社財産確保のためであるから、追認を認めても差し支えないと主張すべきである。従って、甲社は追認すれば、本件機械の引渡をうけることができる。その際、当該機械の価格は800万円であり、資本金額の20%を超える取引金額なので、重要な財産の譲受として取締役会決議が必要（362条4項1号）と解する。

## 第2 設問2

1 Kが代理人として出席した点

Gは、Kが代理人として出席した点が違法であると主張することが考えられる。すなわち、乙社定款16条によれば、代理人は乙社又は株主に限られるが、Kは本件持株会の株式について持分を有しているものの、株主名簿に株主として記載されていない者である。株主名簿に記載されていない株主であるKを代理人として出席を認めた点が違

法といえないか。

まず、議決権行使の代理人を株主に限る旨の定款は有効か。

この点、株主以外の第三者が総会に参加することにより、議事進行が阻害されることを防ぐ必要がある。

しかし、他の株主の中から代理人を選ぶことが困難な場合もある。

従って、当該定款は有効だが、代理行使を認めても弊害が生じない場合には、定款規定の効力は及ばず、代理行使が認められると、定款を限定解釈すべきである。

本件では、Kは本件持株会の発足以来の会員であり、総会屋等ではない以上、株主総会をかく乱する恐れは認められない。また、書面議決が認められない以上、代理人による議決行使を認める必要性もある。従って、当該定款は有効だが、Kには効力は及ばないと解する。よって、Kを代理人として出席を認めた会社の行為は適法である。

さらに、Kは持株会の株式の持分を有しているので、乙社の側から、Kを株主として扱ったと解する余地もある。ここで、124条1項が基準日に記載されている株主を権利行使者と定めることができるとした趣旨は、会社の事務処理上の便宜を図る点にある。従って、会社の危険で、Kを株主として扱うことはできる、また、106条の規定も、会社が同意すれば適用されない。従って、乙社はKを株主として扱ったということもできる。この点においても適法である。

2 Lの出席を認めない点

乙社は、Lが基準日において株主名簿上の株主でなかったことを理由として、乙の入場を認めなかった。確かに、定款11条において基

準日に記載された株主をもって、権利行使者とする旨が定められている。そして、このような定めは、124条1項により適法である。

しかし、本件は売買ではなく相続の事例であり、旧株主であるIはもはや存在しないので、権利行使の重複という事態は考えられない。また、会社側は平成28年6月3日に名義書換え請求がなされた以上、相続の事態を知っていた。このような事情の下では、定款11条を限定解釈し、Lの権利行使を認めるべきではないのか。

この点、124条1項が、基準日制度を認めた趣旨は、会社の事務処理上の便宜を図るためである。特に、株主が多数の会社にとっては、一律処理をしなければ、株主にかかる事務が著しく煩雑になるためである。

しかし、乙社は、株主数が4者であり、上場もしていない。また、本件は相続の事案であり、権利行使する者が重複して後々紛争になることも考えられない。確かに、Lにも、名義書換えが基準日以前に可能であったのにそれをしなかったという落ち度はあるが、本件株主総会は、株式併合による少数株主の締め出しが議題となるのであり、権利行使の空白はできる限り少なくすべきである。よって、定款11条は限定解釈され、会社はLを株主として扱い、Lの権利行使を認めるべきであった。株主総会の決議の方法に法令違反があり(831条1項1号)、これは重大な違法であるので裁量棄却(同2項)も認められない。なお、決議取消しの訴えは、決議の公正さを保つために認められるので、瑕疵が他の株主Lにのみ存在する場合でも、Gが株主である以上、株主総会決議取消しの訴えを提起することができる。

### 3 本来の目的について説明しなかったこと

乙社は甲社の完全子会社となるために株式併合が必要、すなわち、甲社以外の株主を排除するという本来の目的を説明していない。この点、取締役は、株式の併合を決議する株主総会において、その必要性を説明しなければならない(180条4項)。そして、本件併合において、株式併合の必要性は、乙社を甲社の完全子会社にすることであったが、その理由が説明されていない。本件株主総会決議は180条4項に違反する。従って、株主総会の決議の方法に法令違反があり(831条1項1号)、これは重大な違法であるので裁量棄却(同2項)も認められない。

なお、314条の説明義務は、あくまで株主による質問を前提とするものであるが、質問がなされていない以上、314条違反はない。

### 4 少数株主締め出しのための株式併合である点

この点、甲社のみが株主となるための株式併合を決議する際には、甲社が特別利害関係人となる(831条1項3号)という考え方もある。しかし、会社法上、株式併合による少数株主締め出しが禁止されていない以上、このような考え方は採用できない。

### 第3 設問3

Lは株式買取請求権(182条の4第1項)を行使できるか。認められれば、端数売却代金しか交付されない(234条、235条)ことから問題となる。

まず、Lは株主総会で併合に反対していない(182条の4第2項2号)。しかし、第2の2で述べたように、乙社はLを株主として扱い、

議決権行使を認めるべきであった。にもかかわらず、乙社が総会会場への入場を認めなかったため、Lは議決権行使できなかったのである。従って、Lは「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」に該当すると解する。

よって、Lは株式買取請求権を行使することで、経済的利益を保護することができる。

以上

- MEMO -

# 平成29年本試験分析会

## 民事系・第3問

## 平成29年司法試験 民事系第3問 問題文

〔第3問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、15：55：30）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

### 【事例】

Xは、Yに対し、平成28年3月10日、Yから譲り受けた浮世絵版画（以下「本件絵画」という。）の引渡しを求める訴えを管轄地方裁判所に提起した。この訴訟において、訴訟代理人は選任されていない。

Xは、訴状において、次のように主張した。

「Xは、かねてよりYの事業の支援をしていたが、平成27年9月1日、Yから、これまでの支援の御礼として、本件絵画の贈与を受けた。Yから受け取った念書には、YがXに本件絵画を譲る旨や同年10月1日にY宅で本件絵画を引き渡す旨が記載されている。その後、Xが約束どおりY宅に出向いて本件絵画の引渡しを求めたのに、Yはこれを拒み、一切の話し合いに応じないので、贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを求めるため、本件訴えを提起した。贈与の事実の証拠として、この念書を提出する。」

これに対し、Yは、答弁書において、次のように主張した。

「Yは、絵画について造詣が深い友人Aから、Xが本件絵画の購入を望んでいると聞いて、Xに本件絵画を売却したのであり、贈与などしていない。Xに交付した念書には代金額の記載がないが、それは、代金額を本件絵画の時価相当額とする趣旨であり、その額は300万円である。ところが、平成27年10月、Xは、本件絵画の取引はXに対する贈与であり、代金を支払うつもりはないと言ってきたので、Yは、本件絵画の引渡しを拒んだ。これらの事実を立証するため、本件絵画の取引経緯に詳しいAを証人として申請する。」

第1回口頭弁論期日が平成28年5月10日に開かれ、Xは訴状に記載した事項を、Yは答弁書に記載した事項をそれぞれ陳述した。さらに、Xは、贈与の主張に加え、仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、その額は200万円にすぎないと主張した。

第2回口頭弁論期日では、Aの証人尋問と、X及びYの当事者尋問が行われた。Aは、本件絵画の取引はその時価相当額を代金額とする売買契約であること、その額は200万円であること、この売買契約はAがYの代理人としてXと締結したものであることなどを述べた。期日においては、本件絵画の取引が贈与又は売買のいずれであるか、また、売買であるとしてその代金額は幾らかに焦点が絞られ、AがYの代理人であったか否かについては、両当事者とも問題にしなかった。

以下は、期日終了後の裁判官J1と司法修習生Pとの間の会話である。

J1：今日の証拠調べの結果をどのように評価しますか。率直な意見を聴かせてください。

P：取引経緯に関するAの証言は具体的で信用できるため、Yの代理人AとXとの間で、本件絵画の時価相当額を代金額とする売買契約が成立し、その額は200万円であると考えられます。Xはこの200万円を支払っていませんから、売買を理由に、「Yは、Xから200万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすべきではないでしょうか。

J1：私の心証も同じですが、あなたの言うような判決を直ちにすることができるのでしょうか。まず、Yの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの心証が得られたとして、その事実を本件訴訟の判決の基礎とすることができるのかについて、考えてみてください。

P：両当事者がその点を問題にしなかったのだからいいように思いましたが、考えてみます。



## 〔設問1〕

あなたが司法修習生Pであるとして、J1から与えられた課題に答えなさい。

### 【事例(続き)】

以下は、J1とPとの間の会話の続きである。

J1：次に、あなたの言うような判決はXの請求に対する裁判所の応答として適当なのか、すなわち、本件の訴訟物は何かを考える必要もありますね。

そして、Xは、第1回口頭弁論期日に、「仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、その額は200万円にすぎない。」と主張していますが、これには、どのような法的な意味合いがありますか。

P：Xが単に譲歩をただけで、あまり法的に意味のある主張には見えませんが。

J1：本当にそうでしょうか。

他方、Yは、「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である。」と主張していますが、その法的な意味合いも問題になりますね。

P：はい。Xの主張する請求原因事実との関係で、Yのこの主張がどのように位置付けられるか、整理したいと思います。

J1：本件は、訴訟代理人が選任されていないこともあり、紛争解決のために、両当事者の曖昧な主張を法的に明確にする必要があります。

訴訟物の捉え方については様々な議論がありますが、あなたの捉える本件の訴訟物は何になるかを示した上で、各当事者から少なくともどのような申立てや主張がされれば、「Yは、Xから200万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすることができるか、考えてみてください。その際、先ほどお願いしたYの主張の位置付けの整理も行ってください。これを課題①とします。

ところで、本件絵画の時価相当額については、当事者からより適切な証拠が提出されれば、別の金額と評価される可能性もあると思います。課題①で必要となる各当事者の申立てや主張がされたという前提の下で、仮に、本件絵画の時価相当額が220万円と評価される場合あるいは180万円と評価される場合には、それぞれどのような判決をすることになるのかについても、考えてみてください。これを課題②とします。

なお、課題①及び②の検討においては、設問1で検討した点に触れる必要はありません。

また、あなたの言うとおりに、本件絵画の時価相当額を代金額とする売買契約が成立したものととして、考えてください。

## 〔設問2〕

- (1) あなたが司法修習生Pであるとして、J1から与えられた課題①に答えなさい。
- (2) あなたが司法修習生Pであるとして、J1から与えられた課題②に答えなさい。

### 【事例(続き)】

その後、上記の訴訟(以下「前訴」という。)においては、「Yは、Xから200万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決がされ、この判決は確定した。

もっとも、Xは、自らの事業の経営状態が悪化したこともあり、代金を支払ってまで本件絵画を手に入れることに熱意をなくしてしまった。逆に、Yは、Xに対し、本件絵画を持参するので代金200万円を支払ってほしいと連絡したが、Xから拒絶された。そこで、Yは、弁護士に委任して、Xに対し、平成29年3月1日、本件絵画の売買代金200万円の支払を求める訴え(以下「後訴」という。)を管轄地方裁判所に提起した。

Xから委任を受けた弁護士は、前訴で問題となった本件絵画の取引について事情を調べたとこ

ろ、X及びYの取引仲間であるBから、本件絵画の取引は贈与である旨の証言を得られそうだと  
の感触を得た。また、同弁護士が本件絵画の写真数点を古物商に見せたところ、高くても150  
万円相当であるとのことであった。そこで、同弁護士は、改めて事実関係を争うべきであると考え、  
答弁書において、XY間には本件絵画の贈与契約が成立したのであって、Xは売買代金の支  
払義務を負わないし、仮に贈与契約でなく売買契約が成立したと判断されたとしても、その代金  
額は150万円であり、Xはその限度でしか支払義務を負わないと主張した。

第1回口頭弁論期日には、双方の訴訟代理人が出頭し、訴状及び答弁書に記載した事項をそれ  
ぞれ陳述した。Yの訴訟代理人は、答弁書におけるXの主張は前訴判決の既判力に触れて許され  
ず、前訴判決に沿って、直ちに請求認容判決がされるべきであると主張した。これに対し、Xの  
訴訟代理人は、前訴判決において、XY間には代金200万円の本件絵画の売買契約が成立した  
と判断されたかもしれないが、Xの代金支払義務に関する判断には既判力は生じないと主張した。

以下は、後訴を担当した裁判官J2と司法修習生Qとの間の会話である。

J2：本件は、Yの訴訟代理人の主張するように、前訴判決に沿って、直ちに請求認容判決を  
すべきなのでしょうか。

Q：今まで考えたことがないのですが、既判力の範囲に関する民事訴訟法の規定に遡って考え  
ないといけないように思います。

J2：そうですね。それを出発点としつつ、前訴判決の主文において引換給付の旨が掲げられ  
ていることの趣旨にも触れながら、後訴において、XY間の本件絵画の売買契約の成否及び  
その代金額に関して改めて審理・判断をすることができるかどうか、考えてみてください。

### 【設問3】

あなたが司法修習生Qであるとして、J2から与えられた課題に答えなさい。

- M E M O -

## 平成29年司法試験 民事系第3問 解答例

### 第1 設問1

1 XもYも、代理によって売買契約が締結された事実を明確には主張していない。裁判所が、当事者が主張していない代理の事実を判決の基礎とすることは弁論主義に反しないか。

弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出を当事者の権能と責任とする建前をいう。

民事訴訟は、私的自治の原則が妥当する実体法上の権利義務を確定する手続である。とすれば、実体法の実現プロセスである民事訴訟における資料の提出も、私的自治に委ねるべきであることから、弁論主義が認められる。

そして、弁論主義の具体化として、裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎に採用してはならない（主張責任）という弁論主義の第一テーゼが導かれる。

さらに、弁論主義の機能としては、ア) 当事者意思の尊重とイ) 相手方への不意打ち防止があげられる。

加えて、弁論主義が適用される事実は、主要事実に限られる。

なぜなら、証拠と同様の機能を果たす間接事実・補助事実にまで弁論主義を適用すると、裁判官に不自然な事実認定を強いることになりかねず、自由心証主義（247条）に反する危険があるからである。

2 では、ここで、代理の事実は主要事実と言えるか。

この点、代理による売買契約の成立と、単なる売買契約の成立は、法的構成が異なるので、代理によって契約を締結した事実は主要事実といえる。

しかし、ある主要事実についての当事者の主張の内容と、これに対する裁判所の認定の内容との間に同一性が認められる限り、両者が厳密に一致していなくとも、弁論主義違反はないと解するべきである。そして、代理である旨がAの証人尋問に表れているが、両当事者ともその点を問題にしていないことから、XY間に売買契約が成立したという主張の中には、「XY間でAを代理人として売買契約が成立した」という主張が含まれていると解するべきである。

従って、当事者からの主張がある以上、弁論主義に反せず、裁判所は心証どおりの判決をすることができる。

### 第2 設問2

#### 小問(1)

1 まず、Xから贈与の主張しかないのに、売買の事実を認定できるか。処分権主義と関連して本件訴訟の訴訟物が問題となる。

民事訴訟は、実体法上の権利の存否を確定することにより紛争を解決する手続きなので、訴訟物も実体法を手がかりに決定すべきである。実体法上の請求権を基準とし、1個の実体法上の請求権ごとに1個の訴訟物を認めるべきである。従って、本件訴訟の訴訟物は、贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権1個となる。

ここで、贈与は、社会的に見て代金額がゼロ円に縮減した売買契約とみて、訴訟物には売買契約に基づく請求も含まれている、あるいは、予備的にXは売買を主張しているとする考え方もある。しかし、実体法上、贈与契約と売買契約が別個に規定されている以上、訴状にそのような記載がないことから、本件は贈与契約に基づくものに限定

された訴訟と解する。よって、裁判官の心証どおりの判決をするためには、訴えの追加的変更あるいは交換的変更の手続が必要である（143条1項）。

- 2 では、Xから売買契約に基づく本件絵画の引渡請求が定立されたとして、具体的な相当額の主張はいかなる意味を持つか。

売買契約は、財産権を移転すること及びその対価として一定額の金員を支払うことの合意によって成立するから（民法555条）、代金額又は代金額の決定方法の合意は、主要事実であると解する。従って、Xの主張する「代金額を時価相当額としたこと」及び「時価相当額が200万円であること」は主要事実となる。この主張はXからなされている。

- 3 なお、Xは「200万円の給付と引換えに」という判決部分は求めている。しかし、引換給付判決は、一部認容判決である。ここで、たとえ一部でも認容されることを原告が望んでいると、原告の合理的意思解釈から理解でき、相手方に対する不意打ちとならない場合は、一部認容判決をしても処分権主義には反しない。

従って、訴えの変更の手続きがなされれば、心証どおりの判決ができる。

#### 小問②

- 1 Xはあくまで、無条件の引渡を求めているので、引換給付を求める部分は訴訟物ではない。しかし、Xは代金相当額を200万円、Yは300万円と主張している。この主張を離れて、当事者の不意打ちとなるような判決をなすことは、処分権主義の趣旨から許されない。

- 2 まず、裁判所が代金相当額を220万円と評価した場合はどのように考えるか。この点、Xとしては、Yが代金相当額を300万円と主張していた以上、Xに対する不意打ちにならない。従って、処分権主義に反せず、代金220万円の給付と引換えに本件絵画を引き渡せとの判決をすることができる。

- 3 では、裁判所が代金相当額を180万円と評価した場合はどうか。この点、Xが代金相当額を200万円と主張していた以上、それよりXに有利な180万円の給付と引換えに本件絵画を引き渡せとの判決は、Yに対する不意打ちになるとも思える。従って、その場合は、あくまで200万円の給付と引換えに本件絵画を引き渡せとの判決をすべきである。

しかし、Xの主位的請求は、そもそも贈与に基づく引渡であった。裁判所としては、200万円より相当額が低額だという主張を含んでいるのか否か、求釈明すべきである。

#### 第3 設問3

- 1 Xの代金支払義務に関する判断に既判力が生じるか。既判力の意義と範囲が問題となる。

- 2 この点、既判力とは、確定判決の判断内容に与えられる通用性ないし拘束力のことをいう。

既判力を認める趣旨は、①紛争の蒸し返しを防ぎ、紛争解決の実効性を担保するという必要性と、②手続保障が与えられた当事者が争ったなら、そのような拘束力に服させてもよいという許容性の二点にある。

そして、既判力の作用は、前訴で確定した権利関係の存否の判断が後訴裁判所を拘束し、これと矛盾抵触する判断を禁ずるというものである。

- 3 次に、既判力は、判決主文にしか生じない（114条1項）。そして、引換給付判決の引換給付債務は強制執行開始の要件（民執法31条）として注意的に主文に明示されているにすぎないので、引換給付債務の部分に既判力は生じていない。
- 4 しかし、XとYは前訴において、贈与契約か否か及び代金相当額については十分争っている。とすれば、Xの主張は紛争の蒸し返しとして排斥する必要がある。そこで、争点効という特殊な効力を認めて、Xの主張を排斥できないか。

争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ裁判所がこれを審理して下したその争点についての判決理由中の判断に生ずる通用力をいう。

しかし、判決理由中の判断に制度的な拘束力を認めてしまうと、当事者の自由な訴訟活動、裁判所の弾力的な審理を阻害することになる。これは、既判力を判決主文に限定することにより、当事者と裁判所の自由な活動を保障しようとした114条1項の趣旨に反する。また、争点効を生じさせるための要件が不明確であり、これを認めることによって訴訟手続の安定を害する恐れもある。

そこで、争点効は否定すべきである。

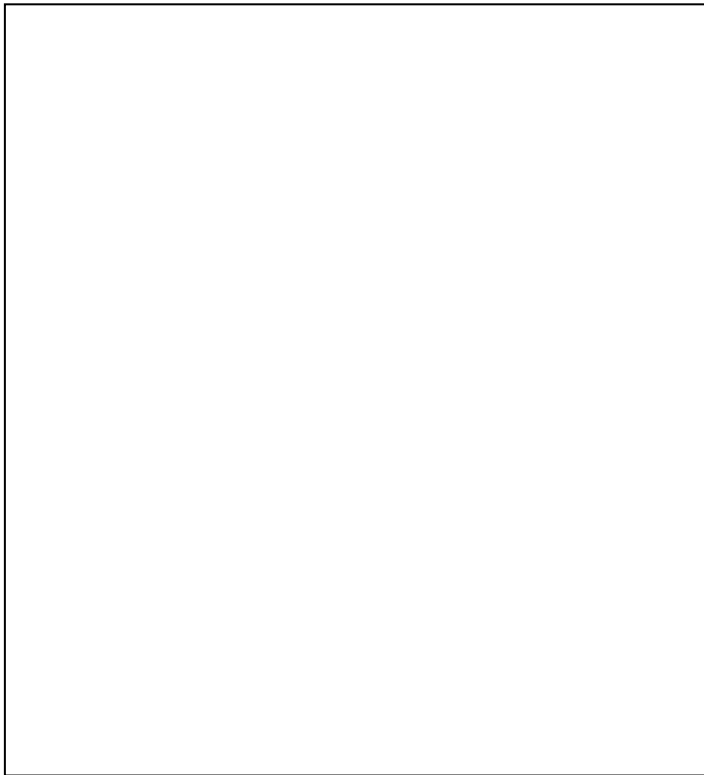
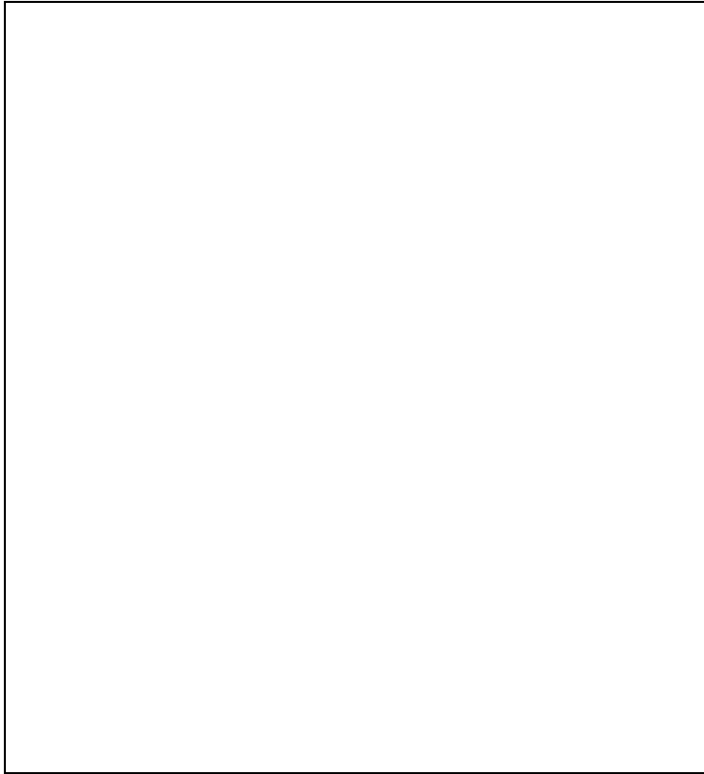
- 5 但し、理由中の判断の蒸し返しや、実質的に矛盾判決が出ることを防ぐために、個別具体的な事案において信義則の適用（2条）をはか

っていくべきである。

ここで、Xは前訴において、贈与の主張をし、また仮に売買だとしても代金相当額が200万円との主張をなしている。加えて、Xは古物商に鑑定を依頼しその結果相当額が150万円と知ったということであるが、このことは前訴において実施できた以上、前訴で実施し、証拠として提出すべき問題である。Bの証言についても同様である。

- 6 よって、Xが後訴で、贈与の主張及び代金相当額が150万円であるとの主張をしても、信義則で排斥される。従って、XY間の本件絵画の売買契約の成否及びその代金額に関して改めて審理・判断することはできない。

以上



**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17391