

司法試験

令和3年司法試験分析会

民事系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 214238

LU21423

令和3年司法試験分析会

民事系・第1問

令和3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，35：25：40〕）

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。

なお，解答に当たっては，文中において特定されている日時にかかわらず，試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

I

【事実】

- 令和2年4月10日，Aが所有する工作機械甲が盗まれ，行方不明となった。
- 令和2年4月25日，土木業を営むBは，空き地に放置されている甲を発見し，所有者が廃棄したのだろうと考えて，甲を持ち帰った。
- 令和2年5月1日，Bは，Cとの間で，期間を6か月間として甲を無償で貸す契約を締結し，同日，甲をCに引き渡した。Cは，その際，【事実】1及び2を知らなかった。
- 令和2年5月15日，Bは，弁済期が到来していたDに対する借入金債務の弁済に代えて，甲をCに貸与したままDに譲渡した。その際，Bは，Dに「甲は中古機械の販売業者から買った。」と虚偽の説明をした。また，甲に所有者を示すプレート等はなく，他に不審な点もなかったため，Dは，Bの説明を信じた。同日，Bは，Cに対して，甲をDに譲渡したので，以後はDのために占有し，同年11月1日に甲をDに返却するよう指示し，Dは，このような方法によりBから甲の引渡しを受けることを了承した。
- Aは，Cが甲を使用している事実を知り，令和2年10月15日，Cに対して【事実】1の経緯を説明し，甲の返還を求める（以下「請求1」という。）とともに，同年5月1日から甲がAに返還されるまでの間の使用料相当額の支払を求めた（以下「請求2」という。）ところ，Cは，自分は，㉠甲の所有権を取得したDから甲を借りていると主張して，Aの請求に応じない。これに対して，Aは，㉡BからDへの譲渡後もCが甲を現実に支配する状態に変わりがない以上，Dは甲の所有権を取得したとはいえ，㉢いずれにせよ【事実】1に照らすと，CはAの請求に応じるべきであると反論した。

【設問1】

【事実】1から5までを前提として，次の問いに答えなさい。

下線部㉠におけるCの主張並びに下線部㉡及び㉢におけるAの主張の根拠を明らかにし，これらの主張の可否を検討した上で，請求1及び請求2の可否について論じなさい。なお，不法行為に基づく構成について検討する必要はない。

II 【事実】1から5までに加え，以下の【事実】6から14までの経緯があった。

【事実】

- Aは，個人で事業を営んでいたところ，従業員の技能の向上のため，毎年11月に実施される業界の技能検定試験である「〇〇検定1級」（以下「乙検定」という。）に従業員を合格させる方針を打ち出した。そこで，Aは，乙検定の高い合格実績をうたって通学講座を開設しているEに対して，Aの従業員専用の出張講座の開設を依頼した。A及びEは，令和3年5月10日，Eが，同年6月から10月までの5か月間，Aの事業所にて出張講座を開設し，週4日，授業を行うこと，Aが，月額報酬60万円，及び同年の乙検定の合格者数に応じた成功報酬を支払うことを合意した（以下「契約①」という。）。なお，月額60万円は，Eの他の出張講座よりも高額であった。
- Eは，契約①の出張講座（以下「本件講座」という。）に専念するため，新たな出張講座の

- 依頼は受けけないこととし、また、通学講座のための代替の講師を手配し、これらをAに伝えた。
8. Aの従業員で、乙検定の合格レベルの技能を有しない30名が本件講座を受講することになった。滑り出しは順調であり、開講から1か月後に実施された模擬試験では、受講生の技能は顕著な伸びを見せた。
9. ところが、Eが本件講座の受講生に求める課題の量が膨大で、受講生の大半が汲々としており、引き続き技能を伸ばす受講生が相当数いた反面で、課題の不提出についてEに叱責されるなどしたため、止めたいと言いつつ受講生も現れた。令和3年8月6日、Aは、Eに対し善処を求めたが、Eから「こちらはプロなのだから任せてほしい。」と言われた。Aは、Eの態度に失望し、「このままの状況が続くようであれば同年8月末で本件講座を取りやめることも考える。」と伝えた。
10. Eはその指導方法を維持したまま、令和3年8月31日となった。この時点で、本件講座に継続して出席している受講生は20名となっていた。Aは、同日、Eに対し、契約①を解除する旨の意思表示をし、これによって本件講座は閉鎖された。
11. Eは、令和3年9月及び10月に【事実】7により手配した講師の報酬として合計40万円を支出した。また、Eは、同年10月に別の企業において2週間の出張講座を行い、その報酬として15万円を得た。
12. 本件講座の閉鎖後、受講生30名は、全員が、Aから費用の補助を受けて他者の開設する通学講座を受講して、令和3年11月、乙検定を受験し、その6割である18名が合格した。乙検定の当年の全体の合格率は4割であり、Eの通学講座の受講生の合格率は6割程度であった。
13. Aは、令和3年8月分以降の月額報酬等の支払をしていない。
14. Eは、令和3年12月、Aに対し、同年8月分の月額報酬60万円の支払を求める（以下「請求3」という。）とともに、同年9月及び10月に関する損害賠償金120万円（【事実】11で支出した40万円を含む。）の支払を求め（以下「請求4」という。）、更に、乙検定の合格者数に応じた成功報酬の支払も求めた。
- これに対し、Aは、【事実】9及び10の経緯などを指摘して支払を拒絶した。

〔設問2〕

【事実】6から14までを前提として、次の(1)及び(2)の問いに答えなさい。

- (1) 契約①によるEの債務の内容及び契約①の性質を、理由を示して明らかにしなさい。
- (2) (1)における契約①の性質を踏まえて、請求3及び請求4の可否について、Aの反論を考慮しつつ、論じなさい。

Ⅲ 【事実】1から14までに加え、以下の【事実】15から21までの経緯があった。

【事実】

15. Aには、子F及びGがいた。Fは、長らくAとの交流を断っていた。
16. 令和4年3月、Aは、難病を発症した妻の治療費を捻出するため、友人であるHに500万円の借入れを懇請したところ、Hは、Gが連帯保証をすることを条件にこれに応じた。同年4月1日、Hは、Aとの間で、弁済期を令和10年4月1日としてAに500万円を貸し付ける旨の契約（以下「契約②」という。）を、またGとの間で、契約②に基づくAの借入金債務（以下「本件債務」という。）につきGが連帯保証をする旨の契約を、それぞれ書面により締結し、令和4年4月2日、契約②に基づき500万円をAに交付した。
17. Aは、更なる治療費の支出に備えて、令和4年8月9日、Hに対して自己所有の絵画丙を100万円で買い取ってほしいと頼んだ。
18. 令和4年8月15日、HとAとの間で、Hが同月31日までに代金100万円を支払うこと等を内容とする丙の売買契約が締結され、丙がAからHに引き渡された。

19. 一方、【事実】17からAの資力に不安を感じたHは、Gに対して、本件債務について連帯保証人をもう一人増やしてほしいと告げた。そこで、GがFに依頼した結果、令和4年8月22日、FとHとの間で、Aに知らせないまま、本件債務をFが連帯保証する旨の契約（以下「契約③」という。）が書面により締結された。なお、FG間の内部的負担割合に関する合意はない。
20. 令和10年6月20日、Aは、Hに対して本件債務の弁済の猶予を求める書面を送付したが、Fはこの事実を知らなかった。
21. 令和15年5月10日、Hは、契約③に基づき、Fに対して500万円の支払を求めた（以下「請求5」という。）。

〔設問3〕

【事実】15から21までを前提として、次の(1)及び(2)の問いに答えなさい。

- (1) Hは丙の売買代金を全くAに支払っていないものとする。この場合、Fは、令和15年5月11日の時点で、Hに対して500万円全額又は丙の売買代金100万円分につき支払を拒むことができるか。
- (2) Hは丙の売買代金全額を期日までにAに支払っていたとする。令和15年5月11日、請求5につきFとHが話し合い、FがHに300万円を支払い、Hはその余の支払を免除した。この場合、Fは、A及びGに対して各々求償をすることができるか。また、求償をすることができるか。すれば、その額は各々いくらか。

— M E M O —

令和3年司法試験 民事系第1問 解答例

第1 設問1

1(1) アの主張は、DがBとの間の代物弁済契約（民法（以下法令名略）482条）に基づき甲の引渡しを受けていることから、Dが甲の所有権を即時取得（192条）し、その後、BC間の使用貸借契約（593条）における貸主の地位が、BD間の合意及びCの承諾によりDへ移転した（539条の2）ことを根拠とするものである。

(2) 上記の即時取得の主張に対して、イの主張は、192条における「動産の占有」には、指図による占有移転（184条）は含まれないとして、Dが甲の所有権を取得することはないと主張するものである。

そこで、イの主張の当否を検討する。即時取得の成立は、権利の反射的消滅という真の権利者に対する大きな不利益をもたらすことから、保護すべき者は限定されるべきである。そうであれば、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるような占有を取得したことが必要となる。

指図による占有移転についてみると、現実の占有者を変更するものではないが、現実の占有者である第三者を通じて物の譲渡があったことは公示され、第三者は当該譲渡に利害関係を持たないため公示の信用性は高い。そうすると、指図による占有移転によって引渡しを受けた譲受人の物に対する支配は強力といえ、従来の占有状態に変更が生じているといえる。したがって、「動産の占有」には、指

図による占有移転も含まれることから、イの主張は認められない。

(3) 最後にウの主張は、被害者による回復請求権（193条）を根拠とするものであるところ、甲は盗品であり、盗難の時から2年を経過していないため、ウの主張は正当である。そして、同条の適用が認められる場合、即時取得の成立は2年を経過するまで猶予されることになるため、Dが甲の所有権を即時取得することはできず、アの主張は認められない。

2(1) 以上をもとに、請求1について検討する。請求1は、所有権に基づく甲の引渡請求であるところ、甲の所有権はAに帰属しており、Dが所有権を即時取得できない以上は、Cは適法な使用貸借権を取得したとはいえないため、請求1は認められる。

(2) 次に、請求2について検討する。請求2は、甲の使用利益が不当利得（703条）に当たるとして、その返還を求めるものであるから、Cが甲の使用利益を取得したことが法律上の原因に基づかないことが必要となる。

この点、Bは甲について無権利者であること、193条の適用によりDの即時取得は猶予されていたことから、Cは甲の引渡しを受けた令和2年5月1日から現在に至るまで、Aの所有物である甲を無権限で使用していたとして、甲の使用利益は不当利得にあたるともいえる。

しかし、CはBが甲を拾得した経緯を知らず、使用貸借契約に基づく使用権限があると誤信していたのであるから、果実取得権を有する（189条1項）。そして、使用利益は果実そのものではないが、元物の使用価値を取得する点で法定果実（88条2項）と同視できることから、Cは甲の使用利益を取得する権利がある。したがって、甲の使用利益は法律上の原因に基づく利得であって、請求2は認められない。

第2 設問2

1 小問(1)

- (1) 契約①においては、Eが令和3年5月から同年10月までの間、Aの事務所において、Aの従業員に対して、週4日間の授業を行い、AがEに対して月額60万円の報酬を支払うことが合意されているものの、授業の実施方法や方針については明示的に合意されていない。たしかに、Eが乙検定の高い合格率をうたって通学講座を開設している専門家であることから、授業の実施方法については、Eが自己の責任で決定できるものとも考えることもできる。

しかし、契約①で合意された報酬の額は、Eが行っている他の出張講座よりも高額に設定されていることからすると、単にAの事務所で規定回数の授業を行うだけでなく、Aの希望する方法で行うべきことも含まれていたと解するべきである。したがって、Eは、契約①に基づき、令和3

年5月から同年10月まで、Aの希望する実施方法で授業を実施すべき債務を負っていたものといえる。

- (2) Eは、上記のような役務を提供する債務を負っていることから、契約①は請負契約（632条）または準委任契約（656条）のいずれかの性質を有するものといえる。

請負契約においては、請負人は仕事完成義務という結果債務を負っていることから、完成すべき仕事の内容は当事者間の合意内容によって具体的に特定されているものと解される。一方で、準委任契約における受任者は、善管注意義務をもって事務処理を行うべき義務を負う（644条）ものの、事務処理の具体的方法については、受任者の裁量に委ねられているものと解される。

このような観点から契約①をみると、Eは授業の具体的実施方法についてもAの希望する方法で実施すべき債務を負っているのであるから、債務の履行に関してEに裁量が認められているとはいえ、Aの指定する特定の方法で行うべきであるといえる。したがって、契約①は、請負契約の性質を有する。

2 小問(2)

- (1) 請求3の可否

ア 請求3は、8月分の授業実施に対する報酬60万円の支払いを求めるものであることから、Eが契約①における仕事を完成したといえることが必要である。

イ Eの仕事の内容は、Aの希望する方法に従って授業を実施することであるが、令和3年8月6日の時点で、AはEに対して、従前のやり方を改善するように求めていたにもかかわらず、Eはそれ以降も方針を変更することなく授業を実施している。したがって、Eは契約①に基づく仕事を完成したとはいえず、60万円の報酬を請求することはできない。

(2) 請求4の可否

請求4は、Aが同月31日に行った解除が541条に基づくものであるとして、120万円の損害賠償を求めるものと解される。しかし、前述の通り、EはAの要望を聞き入れずに授業を実施していたのであるから、仕事完成義務に不履行がある。そうすると、上記Aの解除は541条本文に基づくものであって、Aは損害賠償をする必要がない。よって、請求4も認められない。

第3 設問3

1 小問(1)

(1)ア Fは、令和15年4月1日の経過によって、本件債務が時効消滅(166条1項1号)したことを援用し(145条)、Fの保証債務も付従性によって消滅したとして全額の支払を拒絶することが考えられる。

しかし、主債務者Aは、時効完成前の同10年6月20日、本件債務の弁済の猶予を求める書面を提出してお

り、時効が更新されており(152条1項)、主債務者による承認の効力は保証人にも及ぶ(457条1項)。したがって、本件債務の時効は完成しておらず、上記Fの主張は認められない。

イ 次に、Fは、同15年4月1日の経過によって、Fの保証債務が時効消滅したとして、全額の支払を拒絶することが考えられる。しかし、Aによる債務の承認の効力が保証人Fにも及ぶことから、保証債務の時効も更新されるため、この主張も認められない。

(2) Fは500万円全額の支払拒絶はできないものの、主たる債務者Aは、Hに対し、100万円の売買代金債権を有しており、本件債務と相殺適状にある(505条1項)ことから、Fは、457条3項により、100万円の限度で支払を拒絶できる。

2 小問(2)

(1) Aに対する求償の可否

ア 主たる債務者の委託を受けない保証人は、弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させる行為をした場合には、主たる債務者が利益を受ける限度で、主たる債務者に求償ができる(462条1項、459条の2第1項)。

イ 本件において、Fは、同年5月11日、Gに対し、300万円を弁済していることから、300万円の範囲で

Aに求償することができる。

(2) Gに対する求償の可否

ア 共同保証人間の求償権は、465条1項に規定されているところ、FとGの間には保証連帯の合意がないことから、「各保証人が全額を弁済すべき旨の特約がある」といえるか問題となる。

この点、共同保証人間における保証連帯の合意がなくとも、債権者と保証人間における連帯特約がある場合には、連帯保証人は全額の弁済義務を負うことから、「各保証人が全額を弁済すべき旨の特約がある」というべきである。

したがって、共同連帯保証人の求償権は、465条1項によって認められる。

イ 次に、465条1項に基づいて求償権が認められているとしても、「全額又は自己の負担部分を超える額を弁済した」ことが必要となる。しかし、連帯保証人は全額弁済義務を負っており、保証連帯でない場合には負担部分は当然には生じない。そこで、このような場合における「負担部分」の意義が問題となる。

465条1項が、共同保証人間の求償権を規定する趣旨は、弁済を行った保証人が、主たる債務者の無資力などによって主たる債務者から求償を受けることができないリスクを、共同保証間で公平に分担することにある。

そうであれば、共同連帯保証人間の「負担部分」とは、特約による内部負担割合の定めがない場合には、共同連帯保証人の頭数による平等の割合をいうと解すべきである。

本件の場合、FG間で内部的負担割合を定める合意は存在しないことから、FGの負担部分は、等しく250万円である。そうすると、Fは300万円の弁済をしていることから、自己の負担部分を超える弁済をしたものであり、Gに対して求償をすることができる。

ウ FがGに対して求償できる額については、「支出した財産の額」「のうち各自の負担部分に応じた額」である(465条1項、442条1項)。したがって、弁済額である300万円の2分の1の額である150万円の範囲で求償ができる。

以上

— M E M O —

令和3年司法試験分析会

民事系・第2問

令和3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、35：25：40〕）
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。）は、和食器の製造・販売を業とする株式会社であり、取締役会及び監査役を置いているが、会社法上の公開会社ではなく、平成28年3月31日現在、資本金は1億円、負債額は2億円、総資産額は10億円、当該事業年度の経常利益は2000万円であった。甲社の取締役は、Aほか3名であり、Aが代表取締役を務めている。
甲社の和食器は、伝統美の中に現代的なテイストを取り入れる点が評価され、人気が高まっていたが、甲社は、厳格な品質管理体制を有し、信頼できる代理店のみを通じて販売する方針を堅持していた。
2. 高級食器の販売を業とする乙株式会社（取締役会を設置しておらず、株主はBのみである。以下「乙社」という。）の代表取締役Bは、Aに対し、甲社の和食器を販売させてほしいと再三申し入れていたが、断られていた。
3. Aは、平成28年5月頃、Bに対し、「私個人でレストランを開業するので、下見に同行してほしい。」と頼んだ。Aは、同行したBに対し、「レストランでは甲社の和食器を利用するので、気に入った客が乙社を通じて購入できるようにするのはどうか。」と持ち掛けるとともに、「この計画の実現には5000万円資金が足りない。」と漏らした。Bは、これを機に甲社との取引関係を深めようと思い、前記1の事項を含む甲社の財務状況の概要をAに確認した上で、乙社としてAに5000万円を融資することとし、Aに対し、「我が社にお任せください。ただ、個人に事業上の融資をした実績がないので、甲社の連帯保証を付けてください。」と述べたところ、Aは、「分かった。」と答えた。Bは、後日、Aに対し、「連帯保証についての甲社の取締役会の議事録の写しをもらえれば、すぐに融資できます。」と述べた。
4. このレストラン業は、Aが甲社の事業として提案したところ、採算がとれる見通しがないことを理由に他の取締役らに反対されたものであった。このような経緯から、Aは、甲社が連帯保証することについて、他の取締役らの賛成を得ることはできないと考え、取締役会の議事録の写しではなく、甲社代表取締役A名義でAの乙社に対する債務を連帯保証することについて取締役会の承認がある旨の確認書（以下「本件確認書」という。）を作成し、これをBに交付することとした。
5. Aは、平成28年5月25日、Bに対し、「社内規定により、取締役会の議事録は金融機関以外の第三者には公開していない。他の取引先にも取締役会の議事録を見せたことはない。」と述べて、本件確認書を交付した。しかし、Aの言う社内規定は存在しなかった。Bは、Aが知名度の高い甲社の評判を傷つけるようなことはしないであろうし、甲社の和食器を取り扱うことによる利益が期待できる一方で、自分のような小さな会社の経営者がAに取締役会の議事録の写しを強く求めれば、Aの機嫌を損ねて取引の機会を失ってしまうなどと考え、これ以上の確認をせず、乙社内で必要な手続を経た。
6. Aは、平成28年6月1日、乙社から5000万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約（利息は、年1%として1年ごとに後払いとするものとされ、最後の利息と元本の返済期日は、平成31年（令和元年）9月30日とされた。）を締結するとともに、甲社取締役会の承認を受けないまま、甲社を代表して、書面により、乙社との間でAの乙社に対する前記金銭消費貸借契約に基づく債務を連帯して保証する旨の合意をした（以下「本件連帯保証契約」という。）。なお、Aから甲社に対して本件連帯保証契約に係る保証料は支払われていない。
7. Aは、乙社に対し、1年目の利息は支払ったものの、その後の支払を怠り、返済期日に元本の返済もしなかった。そこで、乙社は、令和元年10月頃、甲社に対し、本件連帯保証契約に基づく保証債務の履行を請求したが、これにより、本件連帯保証契約の存在を甲社の他の取締役らが

知ることとなった。

〔設問1〕 乙社からの本件連帯保証契約に基づく保証債務の履行の請求を拒むために甲社の立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

8. 甲社の設立当時の株主名簿上の株主及びその保有株式数は、Aの父親であるCが10万株、Aの祖母でありCの母親でもあるDが20万株、甲社の仕入先であり創業資金を出資した丙株式会社（以下「丙社」という。）が10万株であった。甲社では、平成24年6月開催の定時株主総会の決議を経て新たに10万株（以下「本件株式」という。）が発行され、本件株式の株主名簿上の株主はAであった。なお、甲社は、株券発行会社でも種類株式発行会社でもない。
9. 本件株式が発行された経緯は、次のとおりであった。すなわち、Aは、平成24年3月頃、甲社の代表取締役であったCの要請に従い、家業である甲社を継ぐため、大学卒業後に就職した会社を辞めて実家に戻ることにした。Cは、実家に戻ったAに対し、次の株主総会でAを甲社の取締役に就任させる予定である旨を伝え、「いずれ社長になる身として、従業員や取引先の手前、多少の株を持っておく必要がある。金のことは心配しなくていい。」と述べたが、それ以上のやり取りはされなかった。そして、前記8の定時株主総会において、Aを取締役に選任するとともに、本件株式をAに発行する旨の決議がされたが、本件株式の発行に必要な事務手続は、Cの指示に基づいて、甲社の総務部が進め、株式の申込みに必要な書面等におけるAの記名押印もAが甲社に預けていた印章を用いて総務部が行った。また、払込金額である2000万円は、全てCの貯金によって賄われた。
10. 本件株式に係る剰余金配当は、C名義の株式に係る分と併せてC名義の銀行口座に振り込まれており、これらの剰余金配当についてはCの所得としてCのみが確定申告をしていた。A及びC宛ての株主総会の招集通知等は、Cの指示により、いずれも甲社の総務部に留め置かれ、本件株式に係る株主総会の議決権についても、甲社の総務部が、C名義の株式に係る議決権と併せて、会社提案に賛成するものとして事務処理がされた。Cは、平成27年6月に取締役に退任し、以後は、Aが代表取締役の地位にあったが、前記のような事務処理は継続された。
11. Cは、令和元年10月頃、本件連帯保証契約の件を耳にし、甲社の将来を憂慮するようになり、Aに対し、「君は、しばらく代表取締役を降りたほうがよい。次の定時株主総会で私が再び取締役に戻り、代表取締役として甲社の経営を仕切り直すから、そのように株主総会の準備を進めなさい。」と伝えたが、Aは、これに応じなかった。そこで、Cは、Aに対し、本件株式の株主の地位はCに帰属するものであると主張したが、Aは、本件株式の株主の地位はAに帰属すると主張して譲らなかった。

〔設問2〕 CがAに対して本件株式に係る株主の地位の確認を求める訴えを提起した場合に、Cの立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

12. AとCは、令和元年12月頃、①AがCに対して一定額の解決金を支払うこと、②本件株式はAに帰属することを確認することを内容とする和解契約を締結したが、甲社の経営をめぐる意見の対立は続いていた。この和解契約により、甲社の株主構成は、Aが10万株、Cが10万株、Dが20万株、丙社が10万株となった。
13. 甲社においては、令和2年6月、Aの取締役としての任期満了に伴う取締役1名選任の件を議題とし（他の取締役の任期は満了していない。）、Aを取締役に選任することを議案（以下「本件選任議案」という。）とする定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）を招集することが取締役会において決定され、必要事項が記載された書面にて各株主に通知された。なお、甲社の定款には「株主は、当会社の議決権を行使することができる他の株主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。」旨の定めがある。

14. 丙社（公開会社である取締役会設置会社であり、多数の株主が存在する。）の内規においては、総資産に占める帳簿価格の割合が1%未満である政策保有株式の議決権行使は、総務担当の代表取締役専務に委ねられていた。丙社の甲社への売上げが丙社の総売上げに占める割合は0.3%程度であり、丙社が保有する甲社株式の帳簿価額が丙社の総資産に占める割合は0.1%程度であった。本件株主総会の招集通知には、例年と同様、本件株主総会における議決権の行使その他一切の事項について甲社代表取締役に委任する旨の包括委任状用紙が同封されていた。そこで、丙社の総務担当の代表取締役専務であるEは、例年と同様、前記包括委任状用紙に必要事項を記載し、甲社に送った。
15. 前記14の丙社の内規を知らないCは、この機会にAを甲社の経営から排除しようと考え、丙社の営業担当の代表取締役副社長であり、大学の同窓生であるFに相談し、本件株主総会において、Cを取締役に選任する旨の修正動議を提出してこれに賛成することを示し合わせた。Fは、Eがいつものように包括委任状を提出していることを知りながら、本件株主総会に出席することをCに約束した。
16. Dは、甲社の定時株主総会に毎年出席していたが、AとCがもめていることを知り、一方のみ肩入れすることを避けるため、弁護士G（甲社の株主ではない。）に代わりに出席してもらうこととし、本件株主総会における議決権の行使その他一切の事項についてGに委任する旨の委任状を作成し、Gに交付した。
17. FとGは、本件株主総会の当日、受付担当者に対し、議場への入場を求めたところ、受付担当者は、株主名簿の記載、Fの名刺及び前記16のDのGに対する委任状を確認し、FとGを議場へ案内した。その後、A及びCが議場に入り、Aが議事を進めようとしたところ、Cは、「Aは、本件連帯保証契約について説明を果たす立場にもあるから、私が議長を務める。」との動議を提出した。Aは、本件連帯保証契約の件もあることから、ひとまず父親の顔を立てようと考え、動議に賛成し、ほかに異論もなく、Cが議長となった。
18. 議長となったCは、「Gには出席資格がない。」と述べるとともに、「Fには丙社代表者としての出席を認めます。」と述べた。これらに対し、AとGが異論を唱えたが、Cが取り合わなかったため、Gは、仕方なく退場した。Cが議事を進めると、Fは、本件選任議案に対する修正動議として、Cを取締役に選任する旨の議案（以下「本件修正議案」という。）を提出した。これを受けて、Cは、「取締役1名の選任が議題となっているので、候補者ごとに採決をするのではなく、取締役として選任すべき者としてAとCのいずれかの氏名を記載するという方法で採決をすることとしたい。」と提案したところ、誰も異論を唱えなかった。そこで、Cがあらかじめ用意した投票用紙と投票箱により投票が実施された。

各株主の議決権の行使状況は、次のとおりであった。すなわち、Aは、Aの議決権についてAを取締役に選任すべき旨の投票をするとともに、丙社の代理人として丙社の議決権についてAを取締役に選任すべき旨の投票をした（下表の「Aによる投票」欄参照。）。Cは、Cの議決権についてCを取締役に選任すべき旨の投票をした。Gは、退場したため、Dの代理人としてDの議決権について投票することはできなかった。Fは、丙社の代表取締役副社長として丙社の議決権についてCを取締役に選任すべき旨の投票をした（下表の「Fによる投票」欄参照。）。

株主の氏名又は名称	A	C	D	丙社	
議決権の数（万個）	10	10	20	10	
取締役として選任すべき者として記載した氏名	A	C	/	Aによる投票	Fによる投票
				A	C

19. 投票用紙の集計後、Cは、丙社の議決権の行使については、Fによる投票が有効であり、Aによる投票が無効であることを前提に、Cが取締役として選任された旨を宣言して（以下「本件決議」という。）、本件株主総会を閉会した。

20. Fが、丙社の代表者として、本件株主総会に出席した上で本件修正議案を提出して議決権を行使したことは、独断によるものであった。また、AもCも、前記14の内規の存在を知らなかった。

【設問3】 Aは、令和2年7月、本件株式の株主として本件決議の取消しを求める訴えを提起したいと考えているが、本件決議の効力を争うためにAの立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

令和3年司法試験 民事系第2問 解答例

第1 設問1

1 前提

乙社は甲社に対して、Aが甲社の代表取締役としてした本件保証契約に基づく保証債務の履行請求をしている。

2 甲社の主張

甲社は次のように主張する。すなわち、本件保証契約は間接取引（会社法（以下法令略）356条1項3号）に当たる。甲社は、取締役会設置会社なので、取締役会の承認決議を要する（365条1項、356条1項柱書）。しかし、本件で、その手続きがされていないため、本件書証契約は無効であり、甲社は保証債務の履行の履行を拒絶する。

3 主張の当否

(1) 間接取引該当性について

ア 本件保証契約が間接取引に当たるか。間接取引とは、直接取引以外の方法で、取締役と会社の利益が相反する取引をいう。

イ 本問で、本件保証契約は甲社と乙社との間でされた契約であり、Aとの関係で直接取引に当たらない。

ウ そして、本件保証契約は、「株式会社」甲社「が取締役」であるA「の債務を保証する」ものとして、文言上間接取引に当たり、実質的にも、Aが個人的に乙社から借りた5000万円を乙社に返還できなければ、甲社が返還せねばならず、Aと甲社の利益は相反している。

エ 以上より、本件保証契約は間接取引に当たる。

(2) 承認手続きを経していない間接取引の効力

ア 本件保証契約はすでに述べた通り、間接取引に当たる。よって、Aは甲社取締役会に重要な事実を開示したうえで、その承認を受けなければならないところ、Aはかかる手続きをせず、本件保証契約を締結している。

そこで、承認手続きを経していない間接取引の効力をいかに解するべきか。

イ 会社の承認を受けていない間接取引の効力が争われた事案で判例は、会社が取引の相手方をして、利益相反取引該当性及び承認手続きを経していないことについて悪意であることを主張立証できた場合には、取引の無効を主張できるとした。

これに対し、相手方の主観的要件につき、356条2項反対解釈より、悪意または有過失（民法108条）に限定するべきとの批判が考えられる。しかし、迅速な取引が要求される商取引において、有過失は十分保護にあたいすると考えられる。

そこで、利益相反取引該当性及び手続不履行につき、相手方が、悪意または重過失である場合には、当該間接取引は無効となると解する。

ウ 本問で、本件保証契約がAと甲社との間で間接取引に当たることはBにとって明白であり、Bは乙社の代表取

締役である以上、Bの悪意は乙社の悪意と評価できる。

よって、乙社は、利益相反取引該当性につき悪意であったといえる。

エ 次に、承認手続を経ていない点につき、乙社の悪意又は重過失の有無について検討すると、右の点についてBの悪意を基礎づける事情はない。しかし、Bは、Aから甲社取締役会議事録の交付を受けておらず、Bをして承認手続の有無をさらに調査しなかった点につき、重過失を基礎づけるように思える。

しかし、甲社代表取締役名義で作成された本件確認書の交付を受けており、Bをして右手続があったと誤信してもやむを得ない。しかも、Aは甲社の社内規定に基づいて議事録の交付できないという一応合理的な説明はしている以上、Bをして承認手続の有無を調査しなかった点につき重過失は認められないので、乙社の重過失も認められない。

オ 以上より、本件保証契約は有効であるから、甲社の主張は認められない。

第2 設問2

1 Cの主張

Cは、本件株式につき、自己が「引受人」（208条1項）であり、自己の費用で「出資の履行」（209条1項）をしている以上、自己が本件株式の株主である旨主張する。

2 主張の当否

(1) まず、本件株式の株主は、株主名簿上、Aである。しかし、実際に本件株式にかかる出資をした者や剰余金配当を受けた者、招集通知を受けた者はCである。

そこで、株主をいかに特定すべきか。

(2) この点、株主とは、出資金を払うことの対価として、会社経営に携わったり、剰余金等の利益を受けたりする法的地位をいう。

とすれば、株主の特定を株主名簿の記載から直ちに確定することは妥当でなく、株主名簿の記載状況や、出資金の出所、問題となっている株式の剰余金の支出先、議決権の行使状況を総合的に考慮して特定すべきと解する。

(3) 本問で、確かに先述のように、株主名簿の上では、本件株式の株主はAであり、Aが本件株式の株主であることを一応推認する。

しかし、本件株式にかかる払込みをしたのはCであり、当該払込みはCの実費であり、Cが本件株式の株主であることを推認する。しかも、本件株式にかかる株主総会招集通知は、Cの指示によりAのもとに届けられることはなく、本件株式にかかる議決権はC名義の株式と同様に、会社提案に賛成するものと扱われていたものであり、右を強く推認する。

そして、このようなCを本件株主とするような取扱い

は、Aが甲社代表取締役になっても継続されていたことから、Aは自身、本件株式の株主がCであることを認めていたと評価でき、本件株式の株主はCであり、上記Cの主張は正当である。

第3 設問3

1 Aの主張

Aは、①議決権の代理権行使につき制限を設ける甲社定款が310条1項に違反し、これをもとにD代理人Gによる議決権行使を認めなかったことが、決議方法の法令違反（831条1項1号）として取消事由を構成するとともに、②CがFを丙社代表者として本件株主総会に出席することを認めたことが、議長の裁量権の逸脱濫用（315条1項）にあたり、これが決議方法の法令違反として取消事由を構成し、③Cが議決権を行使したことは831条項3号に当たると主張することが考えられる。

2 主張の前提

まず、Aは甲社「株主」（831条1項柱書）であるから原告適格が認められる。また、令和2年7月現在、本件株主総会が開催された令和2年6月から「三箇月以内」であるから、出訴期間の要件を満たす。

3 主張①の可否

(1) まず、議決権の代理行使につき、代理人を株主に限定する甲社定款は、310条1項に違反しないか。

この点、310条1項の趣旨は、株主総会を活性化させ、より多くの株主の意見を会社に反映させようとする点にあるから、株主以外の者を代理人として選任させる必要がある。もっとも、議決権行使にかかる代理人を一切限定しないことは、株主総会の秩序を害する恐れが高い。

そこで、かかる定款それ自体は、310条1項に違反しないものと解釈し、当該代理人による議決権行使を許容しても、当該株主総会における秩序を害さないといえるような場合には、当該定款は適用されないと解する。

(2) 本問で、上記定款が310条1項に違反しないことはすでに述べたところであるから、D代理人Gによる議決権行使を許容することで、本件株主総会における秩序が害される検討する。

この点、Gは弁護士であり、弁護士はその行動いかんにより所属弁護士会による懲戒を受けうるため、Gが本件株主総会において議事を妨害するとは考えにくい。

さらに、Dは、ACと中立的でありたいと考えた末に、議決権の代理行使をGに依頼したのであり、このような意図を知りうるGが、本件株主総会の議事をかく乱するとは到底考えられないため、甲社は、Gによる議決権行使を認めるべきであった。

(3) 以上より、本件株主総会において、D代理人Gによる議決権行使を認めなかったことは、310条1項に違反する

ため、決議方法の法令違反が認められる。

4 主張②の当否

- (1) Cは本件株主総会議長として、同総会に先立って丙社から提出された委任状による議決権行使ではなく、同総会に会場した丙社代表取締役副社長による議決権行使を優先させているところ、これは議長に与えられた議事運営権の裁量権の逸脱濫用に当たらないか。
- (2) まず、議決権行使委任状と株主による総会での議決権行使の優劣が問題となるところ、書面による議決権行使は、株主が「出席しない」（298条1項3号、4号）ことを条件にしているため、総会での議決権行使が優先される。
これと議決権行使委任とをバラレルに考えると、総会における議決権行使が優先されることとなるが、議決権行使の委任は、文字通り、議決権の行使を会社に一任する意思表示であるため、これが提出された以上は、委任状による議決権行使が優先されると解する。
- (3) 本問で、議長Cは、前記丙社提出の委任状ではなく、Fによる会場での議決権行使を優先しており、議長による議事運営にかかる裁量権の逸脱濫用が認められる。
- (4) 以上より、株主総会決議における決議方法の法令違反が認められる。

5 主張③の当否

- (1) Cが本件決議につき、議決権を行使したことが831条

1項3号にあたるか。

- (2) この点、「特別の利害関係」とは、他の株主とは共通しない特殊な利益をいうと解される。

本問で、Cが本件決議につき右のような利益を有するか検討するに、株主が取締役を選任することは、株主固有の利益である以上、CがC自身を取締役として選任することも、株主としての権利であるといえる。

よって、Cは本件決議につき、他の株主と共通する利益を有するに過ぎないので、831条1項3号に当たらない。

- (3) 以上より、主張③は認められない。

4 裁量棄却（831条2項）の検討

以上の取消事由は、「決議方法」の法令違反であるから、裁量棄却の有無を検討する。

この点、丙社による議決権の委任が認められていれば、ACを取締役とする投票数が同数となるうえ、Gが議決権を行使し、Aに投票していれば、Aが取締役となる以上、「決議に影響を」及ぼすものであるといえ、裁量棄却は認められない。

- 5 以上より、Aの主張は認められる。

以 上

— M E M O —

令和3年司法試験分析会

民事系・第3問

令和3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、40：20：40]）

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

【事例】

AとBは、Aを貸主、Bを借主として、Aの所有する土地（以下「本件土地」という。）について、期間を30年、賃料を1か月30万円、目的を建物所有とする賃貸借契約（以下「本件契約」という。なお、本件契約は、事業用定期借地権を設定するものではない。）を締結した。

Bは、本件土地上に、レストラン経営のための店舗建物（以下「本件建物」という。）を建築し、本件建物でレストラン（以下「本件レストラン」という。）を経営してきた。Bが本件契約の締結から20年後に死亡すると、その子であるYが相続により本件土地の賃借人としての地位を承継し、本件レストランの経営を引き継いだ。また、Bの死亡と同じ時期に、AがXに本件土地を譲渡したことから、Xが本件土地の賃貸人としての地位を承継した。

Yは、本件契約の期間満了の3か月前に、Xと面談し、本件契約が期間満了後も更新されることの確認を求めたが、Xは、その場で、以下のように主張しつつ、本件契約の更新を拒絶した。

1. Xの息子Cは、歯科医であり、開業を予定している。本件土地は、Cが歯科医院を営むのに最適の立地条件であることから、本件土地上に歯科医院用の建物を建築することを計画している。
2. XはYに対して立退料として1000万円程度を支払う用意がある。

XY間での交渉はとまらず、Xは、本件契約の期間満了の直後、本件契約の終了に基づき、「Yは、Xから1000万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡せ。」との判決を求めて、訴え（この訴えに係る訴訟を、以下「本件訴訟」という。）を提起した。

本件訴訟の第1回口頭弁論期日においては、XとYの双方が出頭し、Xが前記1と2記載の主張をしたのに対して、Yは、本件レストランの経営継続を予定しているところ、離れた地に移転してしまうと経営が成り立たず、近隣において適当な土地を取得することは困難である旨及びXから申出があった程度の立退料では本件レストランの収入喪失まで補償するには全く不十分である旨を主張した。

また、この期日において、裁判官Jは、訴状の請求の趣旨には、「1000万円の支払を受けるのと引換えに」と記載してあるが、他方で、Xが1000万円程度を支払う用意がある旨を申し出た旨を主張していることから、1000万円という額にどの程度のこだわりがあるかという点についてXに釈明を求めた。これに対して、Xは、「1000万円という額に強いこだわりはありません。この額は、早期解決の趣旨で若干多めに提示したものですので、早期解決の目がなくなった以上、より少ない額が適切であると思っておりますが、本件土地を明け渡してもらうのが一番大事ですから、裁判所がより多額の立退料の支払が必要であると考えれば、検討する用意があります。」と陳述し、その要旨は口頭弁論調書にも記載された。

以下は、裁判官Jと司法修習生Pとの間の会話である。

- J：Xは、立退料の支払を申し出ていますね。立退料は、借地借家法第6条の正当事由の有無を判断する上で、どのような役割を担うのでしょうか。
- P：借家に関してですが、判例は、立退料は他の諸般の事情と総合考慮され、相互に補充しあって

正当事由の判断の基礎となるものであるとしています（最高裁判所昭和46年11月25日第一小法廷判決・民集25巻8号1343頁。以下「最判昭和46年」という。）。

J：そうすると、裁判所が正当事由を認める上で必要と考える立退料額がXの申出額よりも多額である場合は、どういう判決をすることになりますか。

P：最判昭和46年は、原告は「立退料として300万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し、かつその支払と引き換えに（中略）店舗の明渡を求めている」と述べた上で、申出額よりも多額である500万円の支払との引換給付判決をした原判決を是認しています。本件でも、Xの第1回口頭弁論期日における陳述の内容から見て、Xの申出額と格段の相違のない範囲内で増額した立退料の支払との引換給付判決は許容されそうです。

J：それはそうでしょうね。それでは、申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決はどうでしょうか。

P：最判昭和46年に照らすと難しいと思います。

J：そう結論を急がないでください。最判昭和46年は、格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決の許否について直接判断したものではありません。また、格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決を拒否するというのがXの意思であるとは直ちにはいえないように思います。

P：確かにそうですね。

J：それでは、引換給付判決をすることができないとすると、その場合にすべきことになる判決はどのようなものとなるのかを示し、その判決を、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決と対比した上で、後者のような引換給付判決をすることの許否を検討してください。これを「課題1」とします。

ところで、裁判所が正当事由を認める上で必要と考える立退料額がXの申出額よりも少ないということも考えられます。この場合には、Xの申出額よりも少額の立退料の支払との引換給付判決をすることはできるのでしょうか。

P：それは、Xが求めている判決よりも有利な判決をXに与えることになりそうでやや違和感があります。しかし、口頭弁論調書を見ると、Xはより少ない額が適切であるとも陳述していますね。

J：こちらも額によるかもしれないですね。それでは、第1回口頭弁論期日におけるXの陳述の内容にも留意しつつ、Xの申出額よりも少額の立退料の支払との引換給付判決をすることは許容されるかという点も検討してください。これを「課題2」とします。

なお、「課題1」及び「課題2」を検討するに当たっては、どのような事実を判決の基礎にすることができるかという問題と借地借家法第6条に関する実体法上の解釈問題に言及する必要はありません。

【設問1】

あなたが司法修習生Pであるとして、Jから与えられた課題1及び課題2について答えなさい。

【事例（続き）】

本件訴訟が第一審に係属中、弁護士に頼らず自ら訴訟を迫りしてきたYは、心労もあって健康を害し、以前から本件レストランの経営を手伝っていたZにレストラン経営を任せることとした。そこで、Yは、Zに本件建物を賃貸し、これに基づき本件建物を引き渡した。

Xは、前記の事実を直ちに察知し、Zを本件建物から立ち退かせなければ、目的は達成することができないと考え、Zに対する建物退去土地明渡請求を定立しつつ、Zが本件訴訟の係属中にYから本件建物を賃借し、これに基づき本件建物の引渡しを受けたことを理由としてZを引受人とする訴訟引受けの申立てをした。

以下は、裁判官Jと司法修習生Pとの間の会話である。

J：本件で、民事訴訟法第50条の承継は認められるのでしょうか。

P：同条の「訴訟の目的である義務」という文言を素直に捉えて、同条にいう承継とは訴訟物である義務の承継を指すと理解するのであれば、Zがこのような義務をYから承継したというのは難しいと思います。

J：しかし、そのような承継の理解は狭すぎるように思います。そこで、そのような理解を離れた上で、訴訟承継制度の趣旨を踏まえて、同条の承継の意味内容を具体的に明らかにし、Zが同条にいう承継をしたといえるか否か検討してください。これを「課題」とします。

なお、検討に際しては、XのYに対する訴えの訴訟物は、賃貸借契約の終了に基づく目的物返還請求権としての建物収去土地明渡請求権であることを前提にしてください。

〔設問2〕

あなたが司法修習生Pであるとして、Jから与えられた課題について答えなさい。

【事例(続き)】

本件訴訟では、弁論準備手続における争点及び証拠の整理が完了したことから弁論準備手続が終結となり、Cの証人尋問並びにX及びYの当事者尋問が実施され、口頭弁論の終結が予定された口頭弁論期日(以下「最終期日」という。)の指定がされた。本件建物がYからZに対して賃貸され、引き渡されたのは、最終期日の指定がされた直後であり、Xの訴訟引受けの申立ては、最終期日前に認められることとなった。

本件訴訟に従前関わっていないZは、弁護士に頼らずに訴訟を進行するのは難しいと考え、直ちに弁護士Lに訴訟委任をした。Lは、正当事由の判断の基準時が本件契約の期間満了時であるとしても、Yが本件レストランの経営から退いたことが、Yの従前の主張に関して不利にしんじやくされることもあり得ることから、更新拒絶に正当事由があると評価されるのを妨げる事実を追加して主張するのが適切であろうと考えた。

そこで、Lが改めて本件レストラン経営に係る資料を調査すると、B名義の預金通帳(以下「本件通帳」という。)に、本件契約締結の際にBがAの預金口座に対して1500万円を振り込んだ旨の記帳がされていることを発見した。LがYに対してこれについて質問をすると、「Bから、亡くなる直前に、本件契約の際に権利金としてAの口座にかなりの額を振り込んだ、本件土地の更新時にもめるといけないから、本件通帳はきちんと保管しておくように、と伝えられていました。言われたとおり、本件通帳は本件契約の契約書と共に厳重に保管し、本件訴訟の前にも本件通帳の中身を見てBからAへの振込みも把握していましたが、本件訴訟においてそれほど重要なものとは思っていませんでした。」との回答を得た。その後、Lは、近隣の土地の相場や賃料相場を調査した結果、BからAに支払われた権利金は、賃料の前払の性質だけではなく、更新料の前払の性質も含むものであったと思うに至った。

以下は、弁護士Lと司法修習生Qとの間の会話である。

L：最終期日には、BからAに対して更新料の前払の性質も含む権利金が支払われていた旨の新主張(以下「本件新主張」という。)をするとともに、この事実を立証するために本件通帳についての書証の申出とAの証人尋問の申出をしようと思います。ただ、最終期日にAの証人尋問を実施するというのは無理がありますから、改めて期日を指定してもらうことになります。

Q：Xは、これらの攻撃防御方法の提出は、時機に後れた攻撃防御方法であるとして、却下決定を申し立ててくるのではないのでしょうか。

L：その可能性は十分にあります。そこで、差し当たり本件新主張が却下されるか否かについて考

えてほしいのです。Xは、①Y自身が最終期日に本件新主張をしたとしたら、時機に後れたものとして却下されるべきである、②そうである以上、Zによる本件新主張も却下されるべきである、と主張してくると思います。まず、Xの立場から、①について、その結論を得るための理由を説明してください。また、その際には、以後予想されるXとY双方の主張立証活動と、却下決定を得るのを容易にするためにXがYに対してすることができる訴訟法上の行為にも言及してください。これを「課題1」とします。

その上で、Xの立場から②についてZによる本件新主張は却下されるべきであるという立論をして、さらに、Zの立場からこれに対する反論をしてください。これを「課題2」とします。

「課題2」の検討に当たっては、Y自身が本件新主張をしたとしたら、時機に後れたものとして却下されるということを前提としてください。

〔設問3〕

あなたが司法修習生Qであるとして、Lから与えられた課題1及び課題2について答えなさい。

令和3年司法試験 民事系第3問 解答例

第1 設問1

1 課題1

- (1) 本件において、引換給付判決をすることができない場合、Xの本件建物収去・本件土地明渡請求は認められないことから、請求棄却判決がなされることになる。しかし、Xは、本件建物収去及び本件土地明渡しを求めて提訴したのであるから、立退料の額という理由のみで全部棄却されるよりも、増額した立退料の支払との引換給付判決をするほうが、Xの合理的意思に合致するとして、引換給付判決を認めるべきでないか。
- (2) 判決事項は、当事者の申立事項と一致していることが必要である（民事訴訟法（以下法令名略）246条）。その趣旨は、審判対象及びその範囲の決定が当事者の意思に委ねられていることや、審判対象の範囲を明確にすることで被告に対する不意打ちを防止することにある。そうであれば、①原告の合理的意思に合致しており、かつ②被告に不足の不利益を課すことにならない場合には、申立事項と一致していない判決事項であっても、一部認容判決として246条に反しないと解される。
- (3) 本件の場合、Xは本件土地の明渡しを実現することが一番重要であるとして、立退料の額についても裁判所が適切

と判断した額の検討をする意思がある旨述べていることから、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払を求めることもXの合理的意思に合致したものとといえる。しかし、立退料の額について争っていたYは、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額しなければ正当事由が認められない場合には、請求棄却判決がなされると期待して訴訟活動をしていたものといえる。そうであれば、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決をすることは、Yに不足の不利益を課すものである。

以上より、引換給付判決をすることは認められない。

2 課題2

- (1) Xが1000万円の立退料を支払う旨述べていることから、Xの申出額よりも減額した立退料の支払との引換給付判決をすることは、Xの申立の上限を超えて救済することとなり、246条に反して違法となるのではないか。上述の①及び②に照らして検討する。
- (2)ア Xは、1000万円という額は早期解決を目指して提示した額であり、現時点ではより少ない額の立退料が適切であると述べている。そうすると、Xは、立退料の額については、1000万円を上限として主張していたも

のというべきであって、Xは、1円から1000万円の範囲での立退料の支払を申し立てていたといえる。そうであれば、1000万円の額から減額した立退料の支払と引換給付判決をすることも、Xの合理的意思に合致し、①を充たす。

イ また、1000万円が立退料としての上限を示す意思であったことは、すでにXが陳述していることから、立退料が1000万円から減額されて認定されることは、Yにも予見可能性があったといえる。したがって、Yにも不足の不利益はなく、②も充たす。

(3) したがって、1000万円から減額した額の立退料の支払との引換給付判決をすることは、246条に反して違法とならない。

第2 設問2

1 Xは、Zが義務承継人であるとして、本件訴訟の引受承継の申立て(50条1項)をしている。そこで、Zが本件訴訟の義務承継人であるといえるのか。「訴訟の目的である義務」の意義が問題となる。

2 訴訟承継制度が規定されている趣旨は、訴訟の途中で係争物の譲渡がなされるなどした場合に、改めて当該譲受人を当事者として訴訟を提起しなければならないとすると、係争物

の譲渡をして敗訴を免れようとする行為が助長される危険が高いとして、当該危険を防止するために、従前の訴訟を引き継がせることにある。

そうであれば、「訴訟の目的である義務」を承継したとは、訴訟物である義務を承継した場合のみをいうのではなく、当該訴訟物について訴訟の当事者となることを適切にする紛争の主体たる地位を承継した場合を含むと解すべきである。

3 本件についてみると、本件訴訟の訴訟物は、賃貸借契約の終了に基づく目的物返還請求権としての建物収去土地明渡請求権であるところ、Zは本件建物の賃借人であって、Xと賃貸借契約を締結した者ではないため、上記訴訟物である義務自体を承継したとはいえない。

しかし、XがZに対して定立した請求は、本件建物退去及び本件土地明渡請求であるところ、建物退去義務は、建物収去義務に包含される関係にある。また、Zが本件建物を適法に占有することができるか否かの判断は、XY間の本件土地賃貸借契約が終了したか否かの判断に左右されることになる。そうすると、本件建物退去義務についての地位は、本件建物の賃借人であるZに移転しており、XのZに対する請求が認められるか否かの判断について、本件訴訟の資料を利用

できる関係にあるといえる。したがって、本件建物の賃借人であるZは、本件訴訟の訴訟物について訴訟の当事者となることを適切にする紛争の主体たる地位を承継した者というべきである。

- 4 以上から、Zは「訴訟の目的である義務」を承継した者であるから、Zに対する訴訟引受の申立ては認められる。

第3 設問3

1 課題1

(1) 当事者が提出した攻撃防御方法が、157条1項によって却下されるためには、①時機に後れて提出したこと、②①が故意又は重大な過失によるものであること、及び③訴訟の完結を遅延させることになることが必要となる。

(2)ア ①については、より早期の時点で提出することができたことをいう。Xとしては、弁論準備手続の終了前に本件新主張をすることができなかつた理由の説明をYに求める(174条、167条)ことで却下決定の発動を容易にすることができる。そして、正当事由の有無が争点になっていたのであるから、実際にも、弁論準備手続の段階で本件新主張をすることができたとして、時機に後れて提出したものとして①を充たす。

イ 次に、②については、時機に後れて提出することに対

する故意又は重過失をいうところ、YはBからAに上記権利金の支払があった事実、及び本件の争点が更新拒絶の正当事由の有無であることを認識していたのであるから、Yは本件新主張が時機に後れた提出であることを認識していたとして、②を充たす。

ウ 最後に、③については、「訴訟の完結の遅延」とは、当該攻撃防御方法を却下した場合の訴訟完結時と比較して、当該攻撃防御方法の審理を続行した場合に想定される訴訟完結時が後になることをいう。

本件の場合、BからAに権利金の支払がなされている事実は本件通帳の記載から認定できるとしても、その権利金がいかなる性質を含むものかはXY間で争いがある。そうすると、Yとしては当該権利金の額が近隣の土地や賃料相場よりも高額であるとして、賃料の前払としての性質を含むことを主張し、一方でXは当該権利金には賃料の前払の性質を含まないことを主張することが想定される。その際、Xは、本件土地の近隣の土地や賃料相場についての鑑定を申出を行ったうえで、当該鑑定結果を基礎として賃料の前払の性質を含まないと主張すると考えられる。このように、本件新主張の審理を継続するとすれば、当該権利金が賃料の前払の性質を含むか否

かに関してさらなる証拠調べを要することになるため、訴訟の完結の遅延があり、③を充たす。

(3) 以上から、本件新主張は、157条1項により却下される。

2 課題2

(1) Yが本件新主張をすることが157条1項によって却下される以上、本件訴訟の義務承継人であるZも同様に、本件新主張をすることができなくなるのか問題となる。

(2)ア この点について、Xは、訴訟の承継人には、従前の訴訟状態を承認する義務があると主張することが考えられる。

イ このような訴訟状態承認義務を認める根拠としては、訴訟状態の承認義務がないとすると、承継人を相手方として改めて訴訟進行する必要があり、前記の訴訟承継制度の趣旨を没却すること、承継人は紛争の主体たる実体法上の地位を承継していることから、被承継人のした訴訟進行結果を受け入れるべき地位にあり、被承継人に主張立証を行う機会の手続保障があれば、承継人に対する手続保障もあったと解することができることにある。

ウ このように、Xは、ZにはYによる訴訟進行の結果生じた訴訟状態承認義務があることから、Yによる本件新

主張が157条1項によって却下されることを承認すべき義務があり、同様にZも本件新主張をすることはできないと主張するものである。

(3)ア しかしながら、上記のようなXの主張を認めることはできないと考える。すわなち、訴訟承継が生じた場合の法的効果は、51条が準用する49条1項及び2項に規定があることから、当該明文規定の効果を超えて、訴訟状態承認義務を認める法律上の根拠がない。また、承継人が紛争の主体たる地位を承継しているからといって、被承継人の手続保障を承継人の手続保障に代替できるものではなく、訴訟状態承認義務を認めることは、承継人の手続保障を大きく害することになり、承継人を判決に拘束する正当性を失うことになる。

イ 仮に、訴訟状態承認義務が認められるとしても、157条1項は、当事者の主観的事情を要件としている以上は、被承継人固有の問題であって、訴訟状態承認義務の範囲に含まれないと解すべきである。

ウ 以上から、Yが本件新主張をすることが157条1項によって却下されるとしても、Zが本件新主張をすることが同様に却下されるものではない。

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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21423