

司法試験受験生応援・特別無料講座

2017 緊急!【成績通知】答案分析会

◆ 民事系再現答案集 ◆

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
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん)	1
●合格者再現答案 D 評価 (乙さん)	3
◆ 民事系第 2 問再現答案	7
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん)	7
●合格者再現答案 D 評価 (丙さん)	9
◆ 民事系第 3 問再現答案	13
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん)	13
●合格者再現答案 C 評価 (丁さん)	17

平成29年論文式試験民事系第1問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 民事系208点台）★

講師コメント

P.1 設問1

2 Cは甲1の所有者でないAと賃貸借契約を結んだに過ぎないため、原則
3 として真の所有者Bに賃借権を主張できない。もっともCは一定期間甲1
4 を占有しているため賃借権の時効取得が認められないか。^{※1}

5 その法的根拠は民法（以下略）163条と162条である。^{※2}その要件が
6 本件で充足されるか。

7 「所有権以外の財産権を自己のためにする意思をもって、平穩に、かつ
8 公然と行使する」必要がある。賃借権は所有権以外の財産権に当たる。そ
9 して、真の所有者に時効中断の機会を担保するために、借地の使用収益が
10 外形的に明らかであり、それが賃借権に基づくことが客観的に明らかであ
11 る必要がある。^{※3}本件では、Cは契約締結当時からAに賃料を支払っており、
12 賃借権を行使することが外的に表現されている。他方使用収益については、
13 早い段階から請負契約が締結されているが、実際に工事が開始されたのは
14 平成17年6月1日である。それ以前は更地であり、Cの甲1の使用収益

15 が外的に明らかでない。^{※4}したがってBが訴え提起により時効を中断した平
16 成27年4月20日時点では取得時効期間の10年が経過していない。し
17 たがって、自己が正当な甲1の借地権者であることについて善意無過失と
18 認められる（Cは賃貸借契約締結前に現地を現認し調査し登記簿と照らし
19 合わせて甲1がAの所有地であると信じているのだから、そのAと契約し
20 た自分が正当な借地権者であると信じており、それにつき無過失である）^{※5}
21 のであるが、10年の期間が経過していない以上、Cの反論は認められない。

設問2

22 設問2
23 第一 ①について

P.2 Aの解除の根拠は本件土地をCが無断で転貸したこと（612条
2 1項）と解される。^{※6}もっとも、①はC所有の丙をCがDに賃貸した
3 ことを指摘しているところ、借地上の建物の賃貸は借地権の転貸を
4 伴わない。^{※7}確かに、借地上の建物の賃貸により、その賃借人は土地
5 をも当然利用することになる。しかしながら、土地と建物が別個の
6 不動産として扱われる日本においては、建物の賃貸と借地権の賃貸
7 は区別されるべきである。このように考えないと、土地賃借人がそ
8 こに建てた建物の処分が過度に制限され、実質的にも不当であ^{※8}
9 る。したがって①を主張しても借地の転貸借が示されない以上、この主
10 張は法律上の意義を有さない。

11 第二 ②について

12 ②については、Cが本件土地の一部たる甲2をDに使わせているこ
13 とを意味する。もっとも本件のCD間の契約はあくまで丙の賃貸借で
14 ある。しかしながら、その際にCが賃借している甲2をDが使用する
15 ことが合意されている以上、甲2の賃貸借も契約内容に含まれている
16 と解するべきである。そうすると、CはAから賃借している土地をD
17 に転貸していることになるので、②は612条1項の適用を基礎づけ
18 る事実としての法律上の意義がある。^{※9}

19 もっとも、賃貸借契約が当事者間の信頼関係に基づく継続的契約で
20 ある以上、単に転貸借があっただけで直ちに解約を認めることは妥当
21 でない。^{※10}そこで、転貸借において当事者間の信頼関係を破壊する背信
22 性が認められない特段の事情がある場合には賃貸借契約の解約は認め
23 られないと考えるべきである。^{※11}本件では駐車場という利用形態はC利

※1 占有権原の抗弁OK

※2 法的根拠OK

※3 土地賃貸借の時効取得の
要件GOOD

※4 設問1の争点について端
的に書かれている。

※5 設問2の争点について端
的に書かれている。

※6 法的根拠OK

※7 判例・通説の見解の紹介
OK

※8 判例・通説の見解の根拠
GOOD

※9 契約の合理的解釈GOOD

※10 判例の考え方とは異な
るか。

※11 信頼関係不破壊の抗弁
OK

P.3 用時から変わらないものの、もともとAC間で駐車場として甲2を利用
2 用することは明示されていない。すなわちAにとっては予期せぬ使用
3 がなされていることを意味する。加えてDはCの親族といった近い
4 関係でなく単なる友人であり、加えてCは賃借料20万円と比較して
5 Dから得る賃料が60万円と月40万円もの収益をあげている。これ
6 らの事情から上記背信性が認められ、Aの解約は正当と解される。^{※12}
7 もっとも、もともと本件土地は一つの土地であったが、分筆されそ
8 の旨登記されるなど、甲2は乙と甲1とは別個の土地であるとする
9 べきである。^{※13}したがって甲2の転貸借によって、乙と甲1の賃貸借契
10 約をも解約することは不当である。

11 以上より、甲2の賃貸借契約部分の解約に限りAの主張が認められる。

12 設問3

13 Eの請求は所有権に基づく返還請求権としての丙建物収去本件土地明渡
14 請求権である。^{※14}原則として賃貸借契約は当事者間の契約であるため、第三
15 者に対して主張できない。しかしここでは目的物が生活の本拠として利用
16 されるなど重要な意義を有する賃貸借契約が目的物の売買によって覆され
17 ることになり妥当でない。

18 そこで、建物利用のための借地契約については、借地上の建物の登記を
19 具備することで第三者にも借地権を対抗することができる（借地借家法1
20 条、10条1項）。^{※15}本件ではCは丙の保存登記を具備している。したがっ
21 て本件土地の借地権をEに対して主張できるとも思われる。

22 もっとも、甲1と甲2、乙は分筆されその旨登記されており、登記簿上
23 では甲2は建物のない土地として公示されている。それにも関わらず、乙
P.4 2 主張できるのはEに不測の損害を与えることになり是認できない。したが
3 ってCは甲1と乙の借地権のみをEに主張でき、甲2についてはEの請求
4 が認められるべきである。^{※16}

5 以上

※12 本件の具体的事実を摘示したうえで、具体的な検討をすることができている。

※13 この考え方も、あり得るであろう。加対象。

※14 訴訟物の確認OK

※15 原則論を踏まえた例外の確認GOOD

※16 本当は、この結論が妥当ではないので、修正できないかを検討してほしい問題であったが、そこについては検討されていない。しかし、自分が試験現場で分かることを誤りのない範囲で書き切っており、現場での判断としては正解といえよう。

平成29年論文式試験民事系第1問

● 合格者再現答案 D評価（乙さん）●

講師コメント

P.1 第1 設問1

2 1(1) BのCに対する所有権に基づく返還請求としての甲1部分明け渡
3 し請求に対し、まず、Cとしては、Aによる甲1部分の取得時効に
4 よる所有権喪失の抗弁を主張することが考えられる。

5 Aによる取得時効を主張するため必要な要件は、①Aによる甲1
6 部分の占有開始②①から10年経過時点での占有（162条2項）
7 ③Aの無過失④時効援用の意思表示（145条）である。「所有の
8 意思」「平穩」「公然」「善意」は186条1項で、占有の継続は同
9 2項で推定され、Cによる主張は不要である。また、自己物であつ
10 ても時効は成立するから「他人の物」であることを主張する必要は
11 ない。

12 (2) ではかかる要件は充足されるか。Aは①平成14年4月1日に本
13 件土地に柵を立て、占有を開始し②平成24年4月1日時点でも甲
14 1部分を占有している。もっとも、Aは甲乙土地の境界にもともと
15 排水溝があったことを知りながら、これが埋没したことを奇貨とし
16 て柵を立て、占有を開始している。よって少なくとも③無過失は認
17 められない。また、Bの側からもAの悪意が立証されると考えられ
18 る。よって、Aによる取得時効の抗弁は要件が充足されない。

19 (3) なお、時効の援用権者は「当事者」に限られる（145条）とこ
20 ろ、「当事者」とは取得時効に直接利害関係を有する者を意味する。
21 CはAによる甲1部分の所有を前提に賃貸借契約を締結し、同土地
22 を利用している者であるから、Aの取得時効による甲1部分所有に
23 直接の利害関係を有するといえ、援用権者に該当する。

P.2 2 また、Bが訴訟を提起したのは平成27年4月20日であり、Aに
3 よる占有開始から13年経過しているに過ぎないから、長期取得時
4 効（162条1項）が成立する余地はない。^{※1}

5 3(1) 次に、Cとしては、C自身による借地権の短期時効取得（162
6 条2項）を主張することが考えられる。^{※2}

7 借地権の時効取得についても、要件は上記と同様①甲1部分の占
8 有開始②10年経過時点での占有③Cの無過失④時効援用の意思表
9 示となる。^{※3}

10 (2) まず、①について、占有開始の起算点はいつになるか。平成16
11 年10月1日の引き渡し時点を起算点とすれば10年の経過が認め
12 られる一方、平成17年6月1日の本件工事の開始時点を起算点と
13 すると同期間の経過は認められないため問題となる。^{※4}

14 この点、所有者による時効中断（147条）の可能性を重視すれ
15 ば、実際にBにとって占有開始が認識可能になった本件工事の時点
16 を起算点とすべきとも思われる。もっとも、かかる見解は、民法上
17 の占有概念を修正するものであるから妥当ではない。引き渡しがあ
18 れば一般に占有が認められる以上、本問においても引き渡し時を起
19 算点とすべきである。^{※5}

20 よって①平成16年10月1日に占有が開始され、②平成26年10
21 月1日時点でCの占有が認められる。

22 (3) 次に③について検討する。Cは乙土地の登記簿を確認したうえで
23 本件土地の実地調査を行い、柵の存在を確認したうえ、本件土地を
測量し、地積が登記簿上の乙土地の地積と一致することを確認して

※1 設問1の検討としては、余事記載。無益の記載事項であろう。

※2 法的根拠に基づく反論OK

※3 借地権の時効取得の要件が全く検討できていないのは、ダメージが大きい。

※4 本問の争点に関する問題の所在の指摘GOOD

※5 結論の妥当性に大いに疑問がある。土地賃借権の時効取得の話であることが分からなかったことが原因であろう。

※6 本設問の争点の1つについて、適切に検討することができている

P.3 いる。よってCは買主としてひつような注意義務を果たしているといえ、無過失であると言える。^{※6}

(4) したがってCは時効の援用の意思表示をして、借地権の時効取得を主張することができる。よってBの請求棄却を求めるCの反論は認められる。

第2 設問2

1 Aは本件土地賃貸借契約を解除できるか。まず、①の事実につきその意味を検討する。

賃貸借契約においては、「賃貸人の承諾」なくして「賃借権を譲り渡すこと、および「賃借物を転貸すること」が禁じられており(612条1項)、無断譲渡や無断転貸がなされた場合には、賃貸人は契約を解除することができる(同条2項)^{※7}。もっとも、①は、借地上の賃借人所有の建物を無断で賃貸したとの事実である。建物は賃貸目的物たる土地とは別個の不動産であるから、当該建物の賃貸は借地権の譲渡にも借地の転貸にも該当しない。^{※8}よって、上記の解除事由には当たらない。

よって本件土地上の丙建物を賃貸したにとどまる①の事実は法律上の意義を有しない。

2(1) 次に②の事実を検討する。②は本件土地賃貸借契約の目的物たる甲2土地を、CがDに賃貸したものであり、上記の無断転貸に当たるとい意義を有する。よってAは612条2項に基づき解除を行えるとも思われる。

(2) もっとも、無断転貸があれば直ちに解除が認められるものではない。賃貸借契約は当事者の個人的信頼関係を基礎とする契約である。そして612条が無断譲渡や無断転貸を禁じる趣旨は、これらの行為が目的物の実質的な使用者を変更し、典型的に信頼関係を破壊するものであるためである。^{※9}よって、当該無断転貸行為が信頼関係を破壊すると認められる場合にのみ解除が許されると考えるべきである。^{※10}

(3) 本問では、転貸された甲2土地は、従前と同様に患者専用駐車場として利用させており、Cが利用していたときと状況が変わらないから、信頼関係を破壊する行為はないとも思われる。

しかしながら、3台の駐車スペースのうち、一台は救急患者専用の駐車場に使用形態が変更されている。かかる変更により、救急車が多く訪れたり、夜中にも救急患者が訪れることが予想され、騒音が生じる可能性が高まる。無断転貸が典型的に信頼関係を破壊するものであることに鑑みれば、かかる使用形態の変更は、信頼関係を破壊するものと認めるに足りるといえる。^{※11}よってAの解除は認められる。

3 では、Aによる解除はいかなる範囲で認められるか。この点、無断転貸が行われたのは、甲2土地のみである以上、甲2土地の賃貸借契約のみが解除できるとも思われる。^{※12}

もっとも、当事者は本件土地賃貸借契約を一個の契約として締結している。また、診療所と駐車場の利用は密接な関係があり、かつ、駐車場部分の転貸により、本件土地賃貸借契約にかかる信頼関係は全体として破壊されていると言える。よって本件土地賃貸借契約を全体として一個の契約として、全体の解除が許されると考えられる。

4 以上より、Aは本件土地賃貸借契約を解除することができる。

第3 設問3

1 EのCに対する所有権に基づく丙建物取去本件土地明渡請求に対し、Cは反論として、自らは本件土地の対抗力ある賃借権を有していると

※7 法的根拠OK

※8 判例・通説の見解を最低限書くことができている。もう少し丁寧に書けるとより良かった。

※9 基本的な知識の指摘OK

※10 実体的な要件としてはその通りであるが、信頼関係不破壊の抗弁として書いてほしかった。

※11 これは、説得力に乏しい論述になってしまった。他の事実にも配慮してほしかった。

※12 問題の所在OK

6 して、正権限の抗弁を主張することが考えられる。

7 Cの反論は以下の通りである。Cは本件土地上に丙建物を建て、そ
8 の所有権保存登記をしているから、Cの本件土地賃借権は対抗力を有
9 する(借地借家法10条1項)^{※13}。そして、実際にはAは本件土地賃貸
10 借契約を解除していないから、本件売買契約の時点で同賃借権は存続
11 している。よって、Aから本件土地の所有権を譲り受けたEは、同時
12 に賃貸人たる地位も引き継ぐことになる。そして、AC間の和解(6
13 95条)により、解除権は消滅している以上、Eが賃貸人として契約
14 を解除することはできず、Eの請求は認められない。^{※14}

15 2(1) かかるCの反論は認められるか。和解の効力がEに及ぶかが問題
16 となる。

17 この点、和解は「当事者が互いに譲歩して」締結した契約であり、
18 当事者間でのみ効力を生じるものとも思われる。もともと、かかる
19 解釈を貫けば、賃貸人は賃借人から和解金を取得したうえで目的物
20 を譲渡して、容易に和解の効力を無意味にすることができ、賃借人
21 の利益を害すると言える。

22 よって、目的物の譲渡契約が、当該和解の効力を前提になされて
23 いる場合には、例外的に和解の効力が新賃貸人にも及ぶと考えるべ
P.6 きである。

2 (2) 本件売買契約締結に際し、Aは本件土地賃貸借契約が既に解除さ
3 れていることを説明し、Eもそれを信じている。そして、代金決定
4 にあたって、本件土地賃貸借契約が解除されていることを前提に、
5 Eが建物収去土地明渡を請求する負担を負うことを考慮して本件土
6 地の更地価格より1000万円安い価格が合意されている。よって、
7 本件売買契約は、和解の効力を前提としたものであるとは認められ
8 ない。

9 以上より、原則通り和解の効力はAC間のみ及び、Eには及ば
10 ない。よって和解の効力を前提としたCの反論は認められない。^{※15}

以上

※13 その通りであるが、A
答案に比べると、原則論へ
の配慮などが乏しい。

※14 自分なりに懸命に現場
で考えていることは窺える
が、ほとんど点数にはなっ
ていないように思われる。
しかし、この点はやむを得
ないであろう。

※15 前の指摘と同じ指摘が
当てはまる。

・・MEMO・・

平成29年論文式試験民事系第2問

★ 合格者再現答案 A 評価（甲さん 民事系208点台）★

講師コメント

P.1 設問1(1)

2 本件の賃料60万円と報酬40万円は甲の設立に必要な費用と解される。
3 なぜなら発起人Aがそう考えており、それを否定するような事情もないから
4 である。

5 設立費用は会社法（以下略）28条柱書と4号により、26条1項の定
6 款に記載されて初めて効力が生ずる。^{※1}効力の発生した設立費用は設立中の
7 会社に帰属し、債権者は設立した会社に債権を行使することができる。な
8 ぜならその費用で設立という利益を受けたのは当該会社だからである。

9 本件では総額100万円のうち80万円のみ定款に記載がある。判例で
10 は定款に記載のある費用のみが上記のような処理をなされ、反対に記載の
11 ない費用は会社に請求できないとしている。^{※2}これについては妥当であると
12 解される。確かに費用債権者は不利益を被るが、定款に記載のない費用も
13 会社に請求できると解釈すると会社の資本充実の原則^{※3}に反し、その株主や
14 債権者が不測の損害を被ることになり妥当でない。費用の債権者の保護は、
15 契約を締結した発起人や発起人間で形成された設立のための発起人組合に
16 対して請求できると解すれば十分保護できる。

17 したがって判例は妥当であり、DとEは合わせて80万円を上限として
18 甲に請求できる。その分配方法は案分や早い者勝ちなど様々あり得るが、
19 定款の記載がない以上会社が正確な債権者とその額を把握できないことも
20 あり、案分弁済は困難が伴うことも予想されるから、請求してきた順に弁
21 済すれば問題ないというべきである。^{※4}

設問1(2)

23 本件機械の売買契約は、その目的が設立後の事業である以上、財産引受
P.2 けに当たる。財産引受けは28条柱書と2号により定款に記載されること
2 で効力が生じる。^{※5}したがって本件で定款に記載がない以上本件機械の売買
3 契約は無効である。

4 それでは甲はその追認をすることができないか。この点、財産引受けは
5 設立後の事業のための行為である。本来発起人は設立行為を行うため、設
6 立後の事業のための行為をすることができない。そしてその必要性有益性
7 から例外として定款記載を要件として認められているのが財産引受けであ
8 ると解される。したがって定款に記載のないものは絶対的に無効であり、
9 甲は追認することができないというべきである。^{※6}

10 したがって甲が本件機械の引渡を求めるためにはFと新たに売買契約を
11 締結するしかない。Fは値上げを要求するであろうがやむを得ないことで
12 ある。そして甲は設立から未だ1週間ほどしか経過していないため、その
13 契約は事後設立（467条1項5号）に当たる。そして本件機械の価格が
14 800万円、値上げ後は850万円であり、甲の純資産が設立後数か月は
15 3000万円を超えなかったことから、467条1項5号但書の例外規定
16 には該当しない。したがって本件で再び契約を締結するには株主総会の特
17 別決議を必要とする（309条2項11号）。^{※7}

設問2^{※8}

19 Gは株主総会決議の取消訴訟（831条1項）を提起すると思われる。
20 提起時が平成28年7月20日であって出訴期間に問題がなく、Gは株主
21 なので原告適格も有する。それでは本件で取消事由は存在するか。^{※9}

22 第一にLは相続により株主Iの地位を包括承継して株主となったにもか
23 かわらず、株主総会への出席が拒否されている。これは手続が法令に違反

※1 法的根拠及び説明GOOD

※2 判例の見解の紹介OK

※3 設立時の会社財産の基盤の確保の視点OK

※4 本件の特殊性についても逃げずに検討し、自分なりの結論を示している。加點事由。

※5 的確な認定及び法的根拠GOOD

※6 判例の見解及び根拠GOOD

※7 財産引受けの条文及び要件の具体的検討GOOD

※8 831条1項3号の瑕疵については、落としてしまっている。トップレベル答案とはいえない

※9 前提の訴訟要件OK

P.3 していないか(831条1項1号)。本件では定款の定めで基準日株主のみが議決権を行使できると明示されてしまっている(乙株式会社定款(以下定款という)11条)。このような規定が株主総会において一人ひとり株主を確認する煩雑さを防止する観点から合理的であって有効と解される以上、株主名簿の名義書換えをしていないLが議決権を行使できないのは定款による適法な運用と解するべきである。^{※10}したがってこの点に瑕疵はない。

8 第二にHの代理としてKが議決権を行使していることが定款16条に違反しており、手続が法令に違反していることにならないか。定款16条は株主のみが代理人となることができると規定している。そして乙株式会社従業員持株会規約(以下規約という)10条1項で株式が理事長に信託される以上、その株主は理事長であり各委託者は株主でないとも解される。しかし信託においては委託者が実質的な株主であるから、その委託者も株主として扱ってよい。したがって理事長Hが会員Kを代理人とし、Kが議決権を行使したことは定款に違反しないと解するべきである。^{※11}したがってこの点に瑕疵はない。

17 第三にJは株式併合の真の目的を説明していない。180条4項で説明義務が課されている以上、この点に手続の法令違反がないか。この規定の趣旨は株式併合の目的を把握して、株式併合の是非を株主が判断する機会を株主に担保することにある。したがって真の目的を説明しない限り、それ以外の理由を説明してもこの義務が履行されたことにならないというべきである。^{※12}したがってこの点に手続的瑕疵がある。^{※14}

23 もっとも831条2項の裁量棄却の余地はないか。この点、議決権行使は株主が会社の方針の決定に関与する機会であり、その機会が全うされないことは株主の会社に対する所有権を侵害する重大な瑕疵である。また真の目的が説明されれば、9200株中の議決権のうちGに加えてKも賛成から反対に転じる可能性があった(Kは特段の委任を受けていない以上、議決権行使を自由に決定できる)。そうすると賛成票は6000票となり、可決要件が満たされないことになり(309条2項4号、180条2項、定款15条2項)、結論も変わりえたのである。したがっていずれの観点からも裁量棄却は認められない。

9 以上より、Gの請求は認められる

10 設問3

11 Lは反対株主として株式買取請求権(182条の4)を行使できる。^{※15}その請求権者は反対株主(182条の4、2項)であるところ、Lは本件で株主総会出席を拒否され、かつそれは定款により適法である以上、Lは本件の株主総会において株式併合について議決権を行使できない株主(同2号)に当たる。^{※16}したがってLは当該権利を行使できる。

16 そしてその手続はまず株主と会社の協議で買取価格が決定され(182条の5、2項)、その協議が調わないときは裁判所が決定する。そしてその価額は、株式併合によりシナジーが生じる場合には買取により株主でなくなる者にもそれを分配するべきであるから、それを加味した価格が決められるべきである。他方シナジーがないときは、株式併合がなければ株式が有していた価値を株主に担保してその不当な不利益の発生を防ぐべきであるから、その価値が価額とされるべきである。^{※17}

以上

P.5

※10 この検討は薄い。上位合格者レベルの人と比べると、書き負けている。

※11 本件の特殊性についてよく検討できている。加點事由。しかし、典型論点の論証という基本部分は、書き負けている

※12 法的根拠GOOD

※13 趣旨を踏まえた規範定立GOOD

※14 あてはめはもう少し丁寧にしてほしかった。

※15 法的根拠に基づく請求内容GOOD。端株の処理について書けるとより良かったが、合格レベルの話を超える話

※16 設問2の認定がおかしいので、このようになってしまい、問題意識は捉えられなかったが、筋は通った答案にはなっている。

※17 そのとおりであるが、一般的な説明で終わってしまった。本件においては、どうなのかが分からない。もっとも、これは本問の事情からだけでは分からないので、書くことは求められていなかったのであろう。

平成29年論文式試験民事系第2問

● 合格者再現答案 D評価（丙さん）●

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 小問(1)

3 (1) 甲社は、D及びEからの請求を拒否することができるか。

4 (2) まず、D及びEの請求の根拠は、甲社の設立中に発起人であるA
5 がD及びEとした契約に基づくものであるところ、かかる請求権が、
6 甲社に帰属するかが問題となる。7 ア 会社の設立中の発起人の行為の効果が設立後の会社に帰属する
8 にかつき判例は、設立中の会社は発起人の行為を介して実質的に
9 権利義務の主体となり、設立中の会社と設立後の会社は同一の法
10 主体といえることから、発起人の行為の効果は設立後の会社にも
11 帰属するとしている。12 かかる立場についての当否を検討するに、設立中の会社は権利
13 能力なき社団であることから、実質的にも権利義務の帰属主体と
14 なるのは、論理矛盾のように思える。しかし、発起人の行為は会
15 社設立に向けられており、かかる行為の効果が設立中の会社に帰
16 属しないとするのは、会社に法人性を認めた趣旨に反する。した
17 がって、判例の立場は妥当といえ、発起人の行為の効果は設立後
18 の会社に帰属しようとする。※119 イ そして、設立中の会社に帰属すべき発起人の行為の範囲につ
20 いて、判例は設立行為及び設立のための行為に限定しており、
21 開業準備行為は含まないとしている。22 かかる立場の当否について検討するに、取引安全の要請から
23 開業準備行為まで会社に帰属させるべきとの見解もありうるが、
P.2 発起人の職責は会社の設立（26条等参照）に限られているほ
2 4 か、会社の設立に際しては会社財産の基盤を保護すべき要請が
3 強いことから、開業準備行為までは含まれないというべきであ
4 る。したがって、判例の立場は妥当である。5 ウ 以上を前提に検討すると、発起人たるAは、Dから設立事務
6 を行う事務所を賃貸しており、Dはかかる賃貸借契約に基づく
7 賃料支払請求権60万円を取得している。かかる賃貸借契約は、
8 設立のための行為といえるから、かかる行為の効果は設立後の
9 甲社にも帰属する。10 また、Eは設立を補助する事務員としてAに雇用された者で
11 あり、EはAとの雇用契約に基づき報酬請求権40万円を取得
12 している。かかる雇用契約は、設立のための行為といえるから、
13 かかる行為の効果は甲社にも帰属する。14 エ したがって、D及びEの請求権は甲社に帰属するものである。
15 (3) もっとも、D及びEの請求の合計は100万円となるところ、甲
16 社の設立費用は80万円とされている。この場合どうなるか。※317 ア これについて判例は、法28条1項は登記に記載がなければ
18 「効力を生じない」としていることから、設立費用を超える負担
19 については、設立後の会社に帰属しないとしてい※4。かかる立場
20 の当否について検討するに、先述のように会社の設立中において
21 は、会社の財産的基盤の維持が特に重要である※5。が、設立費用を
22 超える負担は会社に帰属しないと解することは妥当といえる。

23 イ 本件では、Dが平成23年5月9日にAと賃貸借契約を締結し

※1 「設立中の会社」という道
具概念を否定する見解は、な
いのでは？無理に争点を作り
出し、無駄に長い印象を受け
る。よく分からなかったので
あろうから、ここはもっと短
く書いて、先に進んだほうが
よい。

※2 判例の見解GOOD

※3 判例の見解に立った場合
の設問1の問題の所在に気
が付けていて、検討できて
いる。

※4 判例の見解概ねOK

※5 この理由で論理を一貫さ
せているのは、本質を掴め
ていて素晴らしい。

P.3 2 て60万円の請求権を取得しており、かかる60万円は80万円
3 以内であるから、その全額が甲社に請求できることとなる。

4 5 しかし、Eはそれに後れる同月12日にAと雇用契約を締結し
6 て40万円の請求権を取得しているが、設立費用は残り20万円
7 しか残っていないことから、20万円の範囲でしか甲社に請求で
8 きないこととなる。^{※6}

9 ウ 以上より、甲社はEからの請求のうち20万円については拒否
10 できるが、それ以外のD及びEの請求については拒否することが
11 できないといえる。

12 2 小問(2)

13 (1) Cは、代金を追加して支払うことなく本件機械の引き渡しを受け
14 ためにかかる方法が採れるか。本件購入契約が有効に成立して
15 いることを主張できるかが問題となる。

16 (2) 本件購入契約は、甲社の成立を条件として甲社がFより本件機械
17 を買い受けるものであるから、「会社の成立後に」財産を「譲り受
18 ける」ものといえ、財産譲り受け(28条2号)^{※7}に当たる。しかし、
19 かかる事項について甲社の定款には記載がないことから、上述のよ
20 うに本件購入契約は原則として「効力を生じない」こととなる。

21 (3) もっとも、「効力を生じない」とされる趣旨は、会社の財産的基
22 盤という会社の利益を保護することにある。そうすると、設立後の
23 会社が追認することによって、記載されていない財産譲り受け
24 を遡って有効とすることは許されると解する。^{※8}

25 したがって、Cは本件購入契約を追認して、Fに対して本件購入
26 契約の有効性を主張し、本件機械の引き渡しを請求していくべきと
27 いう。

28 (4) かかる追認に際して必要となる会社法の手続きを検討する。
29 そもそも、財産引き受けは、検査役の調査を経なければならない
30 (33条4項)。そうすると、事後的な財産引き受けの追認に際し
31 ても、同様の検査が必要となるといえる。

32 したがって、Cは改めて検査役の選任を裁判所に申し立てて(3
33 3条1項)、本件購入契約について調査させることが必要といえる。

34 第2 設問2 ^{※9}

35 10 1 Gは、乙社の「株主」であり、現時点は平成28年7月20日で同
11 年6月20日にされた本件株主総会決議より「三箇月以内」であるから、
12 本件株主総会決議の取消しの訴え(831条1項)を提起すべき
13 である。

14 2 では、かかる訴えは認められるか。以下、取消事由が疑われる事情
15 ごとに検討をしていく。

16 2 Lが株主総会の会場に入場できなかったことについて

17 (1) 株主は、かかる地位に基づき当然に株主総会の会場に入場する権
18 利を有しているといえる。そして、LはIより乙社の株式800株
19 を平成27年10月1日に相続していることから、本件株主総会決議
20 の時点で株主であったといえる。たしかに、Lは株主総会に先立
21 って議決権行使書面(312条)を行使しているが、株主は株主総
22 会の席上で取締役への質問権(314条参照)などを有していること
23 から、Lは会場に入場を許されなかったことによって、株主とし
24 ての権利を害されているといえる。

25 P.5 (2) もっとも、乙社としては、Lは乙社の基準日(124条1項)に
26 株主名簿に株主として記載されていたものではないから、かかるL
27 を株主として扱わず、その会場への入場を拒んでも違法ではないと
28 反論することが考えられる。

※6 論理的にはあり得る見解であるが、なぜこの見解(契約の成立の前後で優劣を決する見解)を採るべきであるかを説明してほしい。

※7 財産引受けの誤りである。条文はOK

※8 判例の見解とは違うので、判例についても言及してほしかった。

※9 831条1項3号の瑕疵は拾っていないが、A答案になるための不可欠な要素ではないであろう(私見)。

6 基準日の制度は、不特定多数の株主との法律関係を画一的に処理
7 するという会社の便宜を図ったものであることから、^{※10}基準日に株主
8 名簿に記載されていなかった者を株主と扱わなくてもよいといえる。
9 もっとも、矛盾挙動などの信義則に反するような取り扱いは許され
10 ないといえる。

11 本件でLは、本件株主総会の時点でIから株式を相続したことにより、
12 株主となっていた。そして、Lは基準日後ではあるものの平成28年6月3日に、
13 乙社に対して相続によって株主となっていたことを通知し、名義書換を請求している。
14 これに対して、乙社はLの請求の通りに名義書換を行っていることから、
15 本件株主総会の時点でLが株主であったことを乙社は把握している。そうすると、
16 乙社が株主総会当日にLを株主として扱わないことは、先のLによる
17 名義書換請求に応じた行為と矛盾するものであり、信義則により許
18 されないといえる。

20 (3) したがって、「招集の手続」に「法令」「違反」(831条1項1
21 号)があるとして、上記事情は取消事由となるといえる。

22 3 Jが株式併合の本来の目的を説明しなかったことについて

23 (1) 株式併合の承認をする株主総会においては、取締役は株式併合を
P.6 「必要とする理由」を「説明」しなければならない(180条4
2 項)。^{※11}

3 株主総会で理由の説明が要求される趣旨は、株主にその是非を判断
4 させることにあることから、その説明の程度は、株主がその是非
5 を判断することができる程度のもが必要となる。^{※12}また、株式併合
6 は本問のように会社の買収の過程で利用され、既存株主が排除され
7 るおそれもある行為である。そうすると、当該株式併合が買収され
8 ために行われることが予定されている場合、それも含めて株主に
9 株式併合の是非を判断させなければならないといえるから、買収の
10 目的まで説明をしなければならないといえる。^{※13}

11 (2) 本件でJは、本件株式併合が乙社を甲社の完全子会社とするとい
12 う買収目的があるにも関わらず、それを説明していない。したがっ
13 て、Jは「必要とする理由」を「説明」していないといえる。

14 (3) よって、「決議の方法」に「法令」「違反」があるといえ、上記事
15 情は取消事由となる。

16 4 Kが議決権の行使をしたことについて

17 (1) 乙株式会社従業員持株会は、乙社株式を共有ないし合有している
18 ことから、かかる株式の権利行使者の指定が必要であるところ、同
19 持株会は、理事長を株主名簿に記載していることから、権利行使者
20 は指定されているといえる。

21 (2) もっとも、同持株会の規約11条には「議決権は理事長が行使す
22 る」とされている。そうすると、Kに議決権を代理行使させた
23 ことはかかる規約に反するものであり、無効であるように思える。

P.7 (3) しかし、議決権の代理行使は法で認められており(310条1
2 項)、行使を委任することも「行使」に当たるといえる。^{※14}したがっ
3 て、かかる事情については、取消事由は認められない。

4 5 以上より、上記2と3の事情について取消事由が認められるところ、
5 特に3の事情については、「重大」な違法であり、その説明があれば
6 「決議に影響」がなかったとはいえないから、裁量棄却(831条2
7 項)とはならない。

8 6 よって、Gの上記訴えは認められる。

9 第3 設問3

10 1 Lは、株式併合前の時点では乙社の株式800株を有していたが、

※10 基準日の制度趣旨OK

※11 条文OK

※12 理由の説明の制度趣旨に基づく、説明の程度に関する規範OK

※13 本件に関係する規範の検討も、具体的でOK

※14 この点については、基本的な知識を示してほしかった。他の受験生は書いてくるところであるので、書き負けている。

11 本件株式併合が3000株を1株に併合するものであることから、併
12 合によってLは「一株に満たない端数」の株式を有することになって
13 しまう。

14 そこで、Lは反対株主の買い取り請求権（182条の4第1項）を
15 行使すべきといえる。^{※15}

16 2 かかる請求は認められるか。

17 「反対株主」に当たるには、「株式の併合に反対する旨を当該株式
18 会社に対して通知」することが必要である。そして、Lは名義書換の
19 請求とともに、株式の併合に反対する旨の通知を乙社にしている。

20 したがって、Lは「反対株主」に当たる。^{※16}

21 3 よって、Lは買い取り請求権を行使することで、失うことになる
22 経済的利益を回収することができる。

23 以 上

※15 請求の内容・法的根拠

GOOD

※16 ここは、配点割合を十分に考慮して、条文の要件を丁寧に検討することで点数をもち取りにいつてほしかった。もったいない。

P.8

平成29年論文式試験民事系第3問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 民事系208点台）★

講師コメント

P.1 設問1

2 本件では当事者が代理の成立を根拠づける事実を主張していないにもかかわらず、裁判所が代理を認定する点に弁論主義の違反がないか。

3 弁論主義とは、当事者の実体法上の私的自治の原則を訴訟法上も妥当させる

4 ことをその趣旨とする。またこれによって当事者に対する不意打ちを防ぐ機能ももたらされる。

5 この趣旨から弁論主義には三つのルールがもたらされる。

6 第一に当事者の主張していない事実を裁判所が認定することはできない。

7 第二に当事者間で争いのある事実は当事者が提出した証拠によってのみ認定できる。

8 第三に、当事者間に争いのない事実に裁判所は拘束される。^{※1}

9 ここで、これらのルールが妥当する事実とは何かという点が問題となるが、これは主要事実と解するべきである。

10 なぜなら主要事実は訴訟物に関する判断を直接基礎づける事実であるから、この点に弁論主義を妥

11 当させないと私的自治という趣旨を達成できないからである。反対に間接事

12 実や補助事実は、訴訟物を直接基礎づけるわけではなく、またそれらは自

13 由心証主義の領域であり、ここに弁論主義を妥当させると裁判所に不自然

14 な事実認定を強いることになることから、弁論主義は妥当しないと解する。^{※2}

15 それでは代理を根拠づける事実はどうのような事実か。これについては、

16 代理という法的効果が生じる以上、それを基礎づける事実は主要事実と解

17 される。^{※3} そうするとこの点に当事者の主張がない限り裁判所は代理の存在

18 を認定できないようにも思われる。

19 しかしながら、代理が認定されようとされまいと、売買契約の成立とい

20 う法的効果が発生するという点には全く差異がない。^{※4} そうすると訴訟物の

21 判断について直接違いをもたらさない代理については、当事者の主張がな

22 くとも例外的に裁判所が認定できると考えられる。

P.2 設問2(1)

2 訴訟物は請求原因事実によって基礎づけられる。そしてそれは訴状に顕

3 れるところ、本件の訴状では贈与契約を根拠とした主張しかなされていな

4 い。したがって本件での訴訟物は贈与契約に基づく本件絵画引渡請求権で

5 ある。^{※5} この訴訟物との関係でのYの主張は、同一時の同一物の贈与契約と

6 売買契約は両立しXの主張に対する理由付否認である。^{※6}

7 このとき、訴訟物が贈与契約に関するものである以上、売買契約の認定

8 をすることは処分権主義（民事訴訟法（以下略）246条）に反するため

9 することはできない。^{※7} したがってXとしては売買契約に基づく目的物引渡

10 請求権を訴訟物として訴えを提起する必要がある。そのための手続は訴え

11 の追加的変更である（143条1項）。^{※8} 同一物の同一時の契約であるから、

12 請求の基礎に変更はなく、また著しく訴訟手続きを遅延させることもない

13 と思われるため、この申立ては認められる。

14 この訴訟物との関係ではYの主張は代金額についての自白である。それ

15 ではこの主張を根拠に引換給付判決をすることはできるか。この点、引換

16 給付判決のために認められるべき同時履行の抗弁権や留置権の抗弁は、そ

17 の権利を行使する旨の主張が当事者からなされなければならないと解され

18 る。^{※9} なぜならば、このように解しないと私的自治に反するし、また相手方

19 に対する不意打ちともなり不当だからである。したがってYはその旨の主

20 張をしなければならない。

21 設問2(2)

22 第一 220万円と認定された場合

23

※1 設問1は、弁論主義第1テーゼの主張原則しか聞かれていない。争点がぼやけている。

※2 本問の検討に必要な基本的な知識OK

※3 ここは代理の要件事実を指摘して、もう少し丁寧に検討してほしかった。

※4 判例の見解を踏まえて、最低限は書いている。

※5 訴訟物の指摘GOOD

※6 「両立し」ではなく、「両立しないので」の誤り。もっとも、タイプミスかもしれない。

※7 原則OK

※8 制度の説明GOOD

※9 同時履行の抗弁権が権利抗弁である旨の指摘GOOD

P.3 前提として引換給付判決は処分権主義に反しないか。この点、原告が請求認容のみを求め、一部認容が認められるのであれば請求棄却を求めると解されるのであれば、処分権主義に反する。しかしながら、通常原告としては、請求が完全に棄却されるよりも、一部であれ認容されることを求めるというのが合理的な解釈である。したがってこのような判決は処分権主義に反しない。^{※10}

7 それではその判決において代金額はどのように認定すべきか。この点、原告が主張する代金よりも高額であるのであれば、原告が求める利益内での認定となり、私的自治の尊重に抵触しない。また被告に対する不意打ちともならない。したがって、Xが200万円と主張している場合に代金額が220万円と認定された場合には、「Yは、Xから220万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ」という判決が出される。^{※11}

14 第二 180万円と認定される場合

15 この場合、180万円と認定することは処分権主義に反する。なぜならXの主張よりも低額の認定をすることでXの求める以上の利益をXにもたらすこととなり、その私的自治の尊重に抵触するからである。またYへの不意打ちとなるという問題もある。

19 したがってこの場合には、Xの主張する代金額限りの認定が許され、20 「Yは、Xから200万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ」という判決が出される。^{※12}

22 設問3

23 既判力は主文に書かれた訴訟物についての裁判所の判断に生じる(14条1項)。その趣旨は、紛争の蒸し返しを防ぐことにある。これは一度訴訟で争う機会が与えられた以上当事者がその判断に拘束されてもやむを得ないという観点から正当化される。そして理由中の判断に既判力が発生しないのは、法的安定性の追求のためには主文の判断にのみ既判力が生じれば十分であるし、また理由中の判断にまで拘束されると、当事者が過度に慎重になり、訴訟の硬直化という別の問題が生じるからである^{※13}。もっとも主文に記載されたものであっても既判力が生じないこともある。例えば引換給付判決は強制執行の方法を示すために記載されているにすぎず、訴訟物に関する判断ではないため既判力は発生しない。^{※14}

11 以上から既判力が及ぶのは原則として前訴と後訴の訴訟物が同一の場合ということになる。また、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決関係のときは、後訴でそれを争うことは紛争を蒸し返すことを意味するから、既判力が及ぶ。また一物一権主義といった実体法上の原則を媒介として前訴と後訴の訴訟物が矛盾し両立しない場合には、後訴の原告の請求を争うことは前訴の判断を否定することになるから、既判力が及ぶ。

17 それでは本件の前訴の売買契約の成立の判断について既判力は発生するか。この点前訴の訴訟物が売買契約に基づく本件絵画引渡請求権であるから、売買契約の成立は理由中の判断にすぎないにも思える。しかしながら、前訴の既判力が発生している目的物引渡請求権の存在は、20 売買契約の成立が認められない限り、認められない。すなわち、目的物引渡請求権の存在が認められることは、売買契約の成立を論理必然的に前提とする以上、前訴の既判力は売買契約の成立にも及んでいる。^{※15}したがって後訴で売買契約の成立を争うことはできない。

2 他方、代金額は主文に記されているが、前述の通りこの部分には既判力は生じない。^{※16}また、売買契約の目的物の引渡請求権が認められたことで、売買契約の成立にも既判力は発生するが、その代金額が200万円であることは引渡請求権が認められたことの不可欠の前提とはならない

※10 内容は正しいが、処分権主義の一般論、処分権主義違反にならないかの規範を書いて、あてはめてほしい(法的三段論法)。

※11 結論OK

※12 結論OK

※13 既判力の客体的範囲についての原則論OK

※14 本件に即した検討OK

※15 この見解が妥当かどうかは、かなり疑問が残るが、論理的にあり得ない見解ではない。

※16 「前述の通り」がどこを指しているかが分からないので、理由が分からない。

6 から、代金額に既判力は発生しない。したがって後訴で代金額を争うこ
7 とは許される。もっとも前訴で攻撃防御方法を尽くす機会があったこと
8 を根拠として、代金額という理由中の判断について信義則や争点効を根
9 拠に拘束力を発生させる考え方もあり得る^{※17}。しかしながらこのような拘
10 束力を安易に認めることは既判力制度の前記趣旨と反するため、前訴で
11 争うことができた以外の事情が特にない本件ではこのような拘束力を認
12 めることはできない。
13

以 上

※17 信義則や争点効による修正の話も、最低限書くことができている。

・・MEMO・・

平成29年論文式試験民事系第3問

● 合格者再現答案 C評価（丁さん）●

Memo

P.1 第1 設問1

2 1(1) 裁判所は、Yの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの心証
3 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
4 できるのか。かかる事実を基礎とすることで、「Yは、Xから20
5 0万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、本件絵画を引
6 き渡せ。」との判決を行うことが、裁判所は当事者の主張しない事
7 実を判決の基礎とすることができないとの弁論主義の第1テーゼに
8 反するのではないか。^{※1}

9 (2) 弁論主義とは、訴訟資料の提出及び事実の主張を当事者の権能に
10 委ねる建前をいう。その趣旨は、私的自治の原則を訴訟上において
11 も反映した点にある。弁論主義は、主要事実についてのみ適用され
12 る。なぜなら、間接事実についても適用されるとすると、間接事実
13 は証拠としての機能を有するから、裁判所の心証形成を拘束し、自由
14 心証主義（民事訴訟法（以下、省略する。）248条）^{※2}と抵触し
15 かねないからである。

16 (3) 本件では、裁判所は、Yの代理人Aとの間で契約が締結されたとの
17 心証を抱いている。これによって上記の判決を行うためには、主
18 要事実として、①YとAの売買契約締結の事実、②Aの顕名、③①
19 に先立つ代理権の授与が必要である^{※3}から、裁判所が認定する事
20 実、①にあたり、主要事実にあたる。そして、本件訴訟においては、
21 Aの証人尋問において、この売買契約はAがYの代理人としてXと
22 締結したものであると述べている。この証言は、証人尋問によって
23 得られた証拠資料に過ぎない。本件訴訟においては、Xは答弁書に

P.2 2 において、贈与契約が、代理人Aによって締結されたとも主張して
3 おらず、Yも答弁書において、本件売買は、XとYのみで行われたこ
4 とを前提に主張をしており、代理人Aによってなされたとは主張し
5 ていない。よって、当事者双方から、本件売買の締結が、XとAに
6 よってなされたことは主張されていないといえる。^{※4}

7 2 結果、裁判所は、当事者からの主張がない以上、上記のような判決
8 を行うことは、弁論主義の第1テーゼに反するため違法である。

第2 設問2について

1 課題①について

9 (1)ア 訴訟における訴訟物は、それを定める個々の実体法上の法規ご
10 とにより発生し、当事者の主張によってこれが定めることとなる。
11 イ 本件では、Xは、訴状において、XはYから本件絵画の贈与を
12 受けたと主張し、それに基づいて絵画の引き渡しを求めているこ
13 とから、訴訟物は、贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権であ
14 る。^{※5}この場合、Xは、Yと、本件絵画を目的物を無償で譲り受け
15 た事実を請求原因事実として主張する必要がある。

(2) Yの主張の内容

16 ア Yは、「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300
17 万円である。」と主張している。

18 イ 抗弁とは、相手方の請求原因事実と両立し、その法的効果を消
19 滅、障害、阻止する事実をいい、否認とは、相手方の請求原因事
20 実と非両立の事実を主張すること言う。

※1 問題の所在OK

※2 247条である。本番でも間違えたのであれば、残念な間違いである。

※3 代理の主要事実の指摘GOOD

※4 判例には言及されていないが、具体的に検討できており、GOOD

※5 訴訟物の指摘GOOD

P.3 ウ 本件では、Yの主張する事実は、本件絵画について売買がなされたという主張であり、本件絵画の引渡しが贈与に基づくかそれとも売買に基づくかは、両立しえないため、非齟齬であるといえる。よって、Yの主張は理由付き否認に当たる。

5 (3) そして、Yの否認の主張に対して、X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」として、本件売買契約の代金額について争う主張を行っている。そうすると、裁判所が、「Yは、Xから200万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決を行うには、Xの上記の主張を予備的主張と構成したうえで判決を行うことになる。^{※7}

10 2 課題②について
12 (1) 本件絵画の時価相当額が220万円の場合
13 ア 本件売買の代金額をXは200万、Yは300万と主張していたところ、裁判所は、時価相当額を220万円と判断した。この場合、裁判所は、本件絵画の代金額220万円と引換給付判決を行うことができるか。かかる判決を行うことは、処分権主義（246条）に反しないのではないかが問題となる。

15 イ 処分権主義とは、訴えの提起、審判対象の確定、訴訟の終了を当事者の権能に委ねる建前をいい、その趣旨は、当事者の不意打ちを防止することにある。そこで、処分権主義に反するか否かは、①原告の合理的な意思に反するか、②当事者の不意打ちとならないか否かによって考える。^{※8}

20 ウ 本件では、Xは、代金額を200万円であるとして争っているところ、裁判所が220万円と認定して、全部棄却判決により本件絵画を得られないよりは、代金額を220万円として引換給付判決を得るほうが、本件絵画を受け取ることを望む原告の合理的な意思にそうといえる（①充足）。また、Xは代金額を200万円、Yは代金額300万円を上限として争っていたから、裁判所が本件絵画の時価相当額を200万円から、300万円内の範囲で認定する場合は、当事者に予測がつくため220万円と認定することは、当事者の予測の範囲内であるから、不意打ちとならない（②充足）。

10 エ 結果、裁判所は、本件絵画の時価相当額を220万円として引換給付判決を行うことができる。

12 (2) 本件絵画の時価相当額が180万円の場合
13 ア 同様に、この場合も、裁判所は本件絵画の代金180万として引換給付判決を行うことができるか。このような判決を行うことが処分権主義に反するのではないかを前述の基準により判断する。

15 イ 本件では、代金を180万円と認定しているところ、これは、Xが主張していた売買の代金200万円の主張よりも20万円ほど安い。原告の合理的な意思としては、自己が主張した代金額よりも、安く認定されても、それは原告に有利である以上、合理的な意思に反するとは言えない（①充足）。しかしながら、当事者は、本件絵画の代金額を200万円から300万円の範囲で争っていたところ、裁判所が200万円を下回る180万円で代金額を認定することは当事者であるYの予測を超えるものであり、Yにとって不意打ちとなるものである（②充足）。

P.5 ウ 結果として、裁判所は、本件絵画の代金額を180万円と認定して引換給付判決を行うことは、処分権主義に反することから許されず、200万円での引換給付判決にとどめなければならない。

5 第3 設問3

※6 理由付き否認であるとの指摘GOOD

※7 訴えの変更（143条1項）という訴訟物レベルの話であることの指摘が欲しかった。ピラミッド構造の理解が疑われてしまうかもしれない。

※8 定義、趣旨、規範概ねOK。②は、「当事者」ではなく、「被告」であろう。

- 6 1 (1) 既判力（114条1項）とは、前訴確定判決の後訴に対する通用
7 力をいう。その趣旨は、後訴における紛争の防止と、法的安定性の
8 維持にある。既判力は、「主文に包含するもの」すなわち、実体法
9 上の権利の存否の判断について生じ、理由中の判断については、既
10 判力は生じない。
- 11 (2) 本件では、前訴の訴訟物は、贈与契約に基づく本件絵画の引渡請
12 求権であるから、かかる請求権の不存在について既判力が生じるこ
13 ととなる。そうすると、売買契約の締結の事実や代金額については、
14 理由中の判断であるから既判力は生じないことが原則である。
- 15 2 (1) ア もっとも、前訴においては、XとYは本件絵画の売買代金額に
16 ついて、200万、300万円として最も前訴において争っていた
17 事実にあたることから、売買代金の存否に既判力に準ずる効力
18 が生じないか。^{※9}
- 19 イ もっとも前訴の引換給付判決においては、主文において、「Y
20 は、Xから、200万円の支払いを受けるのと引き換えに」と代
21 金額が引換部分が掲げられている。その趣旨は、引換給付判決で
22 あることを示すことによって、執行段階において、両者が同時履
23 行の関係にあることを示す点にある。
- P.6 (2) ア そして、既判力の趣旨は、法的安定性の確保と紛争の蒸し返し
2 を防止する点にあるところ、反対給付判決の反対給付のような主
3 文に掲げられている事項については、前訴において裁判所の集中
4 的な審理と当事者の主張が行われていることから、後訴における
5 紛争の蒸し返しを防止する要請があり、かかる趣旨が妥当すると
6 いえる。従って、判決主文に掲げられた事項については、既判力
7 に準ずる効力が生じる。^{※10}
- 8 イ 本件では、前訴の判決主文において、「200万円の支払を受
9 けるのと引き換えに」と、売買代金の主文に掲げられており、前
10 訴においても主要な争点として掲げられていたため、本件絵画の
11 代金が200万円であるということには、既判力に準ずる効力が
12 生ずる。そして、売買契約締結の事実、前訴判決の主文に掲げ
13 られていないため、この事実に関しては、既判力に準ずる効力は
14 生じない。^{※11}
- 15 3 結果、裁判所は、XY本件絵画の売買契約の成否については、改め
16 て審理することはできるが、その代金額の定めについては、既判力に
17 準ずる効力が生じているため、改めて審理することができない。

以上

※9 本設問の問題の所在の指摘
GOOD

※10 これは、一般化し過ぎて
あろう。

※11 売買契約締結には既判力
に準ずる効力は生じないが、
売買代金額については既判力
に準ずる効力が生ずるとい
う結論は、論理的におかしな
ものではないだろうか。