

平成29年司法試験再現答案

民事系科目

第3問 民事訴訟法

整理番号	ランク
1	C
2	C
3	A
4	A
5	B
6	C
7	A
8	A
9	D

再現答案(民事訴訟法)

設問 1

1. Y の代理人 A と X との間で契約が締結されたとの事実を本件訴訟の判決の基礎とすることができるか。弁論主義の適用が問題となる。

弁論主義とは、主張及び証拠の収集提出について当事者の権能かつ責任とする建前のことをいう。そして、弁論主義の第 1 テーゼにより、裁判所は当事者の主張していない事実を判決の基礎とすることはできない。弁論主義の根拠は、私的自治の訴訟法的反映にある。また、弁論主義は、当事者の不意打ち防止機能を有する。弁論主義は主要事実にも適用され、間接事実及び補助事実には適用されないと解する。なぜなら、主要事実にも適用されれば、当事者の不意打ち防止という観点からは十分であるし、証拠と同じ機能を有する間接事実にも弁論主義が適用されれば、裁判所の自由心証主義(民事訴訟法(以下、法典名省略)247 条)を害することとなり妥当でないからである。

2. 本件で Y の代理人 A と X との間で契約が締結されたとの事実は、当事者たる X 及び Y のいずれも主張していない。そのため、当該事実には弁論主義が適用されれば、裁判所は当該事実を本件訴訟の判決の基礎とすることはできない。

仮に、本件訴訟の訴訟物が売買契約に基づく目的物引渡請求権であるとし、その売買契約が Y の代理人 A と X との間で締結されたものとする。この時の請求原因は、①代理権授与、②顕名(民法 99 条 1 項)、③代理人の法律行為である。

Y の代理人 A と X との間で契約が締結されたとの事実は、③を直接基礎づける事実に当たるから主要事実である。そのため、当該事実には弁論主義が適用される。したがって、X と Y が主張していないにもかかわらず、上記事実を本件訴訟の判決の基礎とすることは弁論主義第 1 テーゼに反し許されない。

設問 2(1)

1. 訴訟物とは、審判対象となる原告の主張する実体法上の権利法律関係のことをいうと解する。なぜなら、このように解する方が基準が明確であるし、信義則等の適切な適用により受給権という概念を用いずとも紛争の蒸し返しを防止することが可能だからである。そして、何が訴訟物となるかは訴状の記載から判断する。

本件訴訟の訴状には、X は Y から本件絵画の贈与を受けた旨が記載され、贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを求めていることが明らかであるから、本件訴訟の訴訟物は贈与契約に基づく本件絵画引渡請求権である。

2. 本件訴訟の訴訟物が上記の通りであるとする、その請求原因は贈与契約の締結である(民法 549 条)。

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』と主張している。これは、贈与契約の締結を理由付で否認するものである。そのため、Y の上記主張は積極否認となる。

3. それでは、裁判所は「Y は、X から 200 万円の支払を受けるのと引き換えに、X に対

し、本件絵画を引き渡せ。」(以下、判決①という)という判決をすることができるか。

この判決は引換給付判決であり、売買代金の支払と引き換えに目的物たる本件絵画の引渡しをする旨の判決である。そうすると、この判決における訴訟物は、売買契約に基づく本件絵画引渡請求権である。したがって、判決①という判決をすると、異なる訴訟物について裁判所が判断したこととなり、処分権主義の現れである 246 条に違反することとなる。よって、このままでは裁判所は判決①という判決をすることができない。

そこで、まず X は、訴えの変更により(143 条 1 項)、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求への変更を申し立てるべきである。次に、判決①は引換給付判決であるから、同時履行の抗弁(533 条)が判断されなければならない。もっとも、同時履行の抗弁は権利抗弁であり、被告側の権利行使の意思表示がなければ裁判所は判断することができない。そこで、Y は、同時履行の抗弁権を行使する旨の主張をすべきである。

以上のような主張がなされた場合に、裁判所は、本件訴訟において判決①という判決をすることができる。

設問 2(2)

一. 本件絵画の時価相当額が 220 万円と評価される場合

1. 課題②の場合、その訴訟物は売買契約に基づく本件絵画引渡請求権である。そして、その請求原因は、財物の移転と代金支払の合意である(民法 555 条)。そのため、代金額までは弁論主義が適用されず、裁判所は当事者が主張した代金額に拘束されないと解する。
2. もっとも、裁判所が当事者の主張に拘束されないとしても、いかなる代金額を認定するかにあたっては処分権主義との抵触が問題となる。

買主が原告である場合、原告の自認額以上の代金額を認定すると、原告の合理的な意思に反することとなる。これに対し、立退料の場合は、原告が主張する金額又は裁判所が認定する相当額の範囲内であれば原告の合理的な意思に反せず、処分権主義に反しないとされる。なぜなら、立退料は正当事由の補完要素にすぎず、原告は究極的には目的物の明渡しを求めているにすぎないからである。しかし、売買契約の場合、代金の支払は、目的物引渡請求権の存在を根拠づけるような意味合いを持たない。また、原告が主張する代金額に不満があれば、被告は反訴(146 条 1 項)を提起することによって自己が主張する代金額を請求することができるから、上記のように解釈することも被告を不当に不利に扱うことにはならない。

したがって、買主が原告である場合、原告の自認額以上の代金額を認定することは、原告の合理的な意思に反し、処分権主義に反するから許されないと解する。

3. 本件訴訟において、買主たる X は、本件絵画の代金額を 200 万円と主張している。そのため、裁判所は本件絵画の時価相当額が 220 万円と評価される場合であっても、220 万円を代金額として認定することは許されない。したがって、この場合、裁判所は、「Y は、X から 200 万円の支払を受けるのと引き換えに、X に対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすべきである。

二. 本件絵画の時価相当額が 180 万円と評価される場合

裁判所が買主たる原告の自認額以下の代金額を認定したとしても、原告の合理的意思には反せず、処分権主義には反しない。

したがって、本件訴訟において、本件絵画の時価相当額が 180 万円と評価される場合、裁判所は、「Y は、X から 180 万円の支払を受けるのと引き換えに、X に対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすべきである。

設問 3

1. まず、前訴判決の既判力(114 条 1 項)が後訴に及ぶか。

前訴判決の既判力は、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物とが同一・矛盾・先決関係にあるときに後訴に及ぶ。本問における前訴の訴訟物は、売買契約に基づく本件絵画引渡請求権である。他方、後訴の訴訟物は、売買契約に基づく代金支払請求権である。そのため、前訴と後訴の訴訟物は確かに異なる。しかし、既判力の制度趣旨は紛争の蒸し返しを防止する点にある。そして、前訴と後訴が同一契約から生じる相対立する請求権を訴訟物とするとき、前訴判決の既判力が後訴に及ばなければ、紛争の蒸し返し防止という制度趣旨に反することとなる。そこで、前訴と後訴の訴訟物が同一契約から生じる相対立する請求権である場合には、訴訟物が同一関係にあると解すべきであり、前訴判決の既判力は後訴に及ぶと解する。

本問において、前訴と後訴の訴訟物は、同一契約から生じる相対立する請求権である。したがって、前訴判決の既判力は後訴に及ぶ。

2. それでは、既判力はいかなる範囲で生じるか。

既判力は「主文に包含するもの」(114 条 1 項)、すなわち、訴訟物の存否について生じる。もっとも、引換給付部分は執行開始の要件にすぎず(民事執行法 31 条 1 項参照)、その部分に既判力は生じない。既判力は強い拘束力を有するから既判力を広く認めるべきでないし、また、引換給付判決は、原告の任意の履行を期待するものであって、引換給付部分に既判力を認める必要がないからである。

したがって、本件前訴判決の既判力は、売買契約に基づく本件絵画引渡請求権の存在について生じ、引換給付部分には生じない。

3. 売買契約の成否について

既判力の積極的作用により、後訴裁判所は前訴判決の判断を前提としてそれと異なる判断をすることは許されない。それでは、XY 間の本件絵画の売買契約の成否に関して、後訴裁判所は改めて審理・判断をすることができるか。

前訴判決の既判力は、上記の通り、売買契約に基づく本件絵画引渡請求権の存在について生じている。そうすると、前訴判決は、本件絵画を目的物とする売買契約が存在することを前提として判断をしているといえる。そのため、後訴裁判所は、既判力の積極的作用により、XY 間の本件絵画の売買契約の成立を前提として審理・判断しなければならない。したがって、後訴裁判所は、XY 間の本件絵画の売買契約の成否に関して改めて審理・判断することができない。

4. 代金額について

前記の通り、前訴判決における引換給付部分には既判力は生じない。また、後訴裁判所が代金支払請求権の存在を前提とする限り、前訴判決の判断と矛盾することはない。そのため、後訴裁判所は、前訴判決の本件絵画の代金額に拘束されず、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。

再現答案 民事訴訟法

設問 1

(1)本件訴訟の訴訟物は、贈与契約（民法）ないしは売買契約（民法 555 条）に基づく目的物引渡請求権である。そうすると、本人による契約締結構成における請求原因は、XY 間において贈与契約ないしは売買契約が締結されたことである。もっとも、本件訴訟では、裁判所の心証によると贈与契約は締結されておらず、締結された契約は売買契約であるものの、同契約は AX 間で結ばれているのであるから、請求原因は満たされず、原則として X の請求は認められない。

(2)他方、裁判所は、本件の契約が Y の代理人 A と X の間で締結されているとの心証を抱いているため、代理構成による主張がない本件訴訟においても裁判所はかかる心証通りの認定をして判決をすることができるか。代理行為が請求原因となるか、弁論主義との関係で問題となる。

(3)まず、代理人 A により締結された契約が本人 Y に効果帰属すると構成する主張の請求原因は、①AX 間で契約が締結されたこと、②A が X に本人 Y のためであることを示したこと（顕名、民法 99 条 1 項）、③①に先立つ代理権授与である。

(4)次に、弁論主義とは、判決の基礎となる資料の提出を当事者の責任と権能とする建前であり、明文はないものの、民事訴訟法 159 条にそれが具現化されている。この原則は、民事訴訟法が私人間における実体法上の権利義務の帰属を巡る争いを公権的に解決する制度であることに鑑みて、訴訟法にも実体法上の原則である私的自治の原則を及ぼすことに基づいている。このように、弁論主義は、私的自治の原則を本質として、当事者に対する不意打ちを防止する機能を有する。

このような弁論主義の第 1 テーゼとして、裁判所は当事者間に主張しない事実については判決の基礎としてはならない。そして、弁論主義は、主要事実のみ適用され、間接事実や補助事実には適用されないと考える。なぜなら、間接事実は証拠と同様の機能を有するし、補助事実は証拠の評価に関するところ、間接事実や補助事実に弁論主義を適用すると裁判所の自由心証主義（民事訴訟法 247 条）に反することになり、妥当でないからである。

(5)これを本件についてみると、前述の通り、本件訴訟の当事者である XY いずれからも①②③の主張がないのであり、①ないし③は主要事実である。したがって、当事者の主張がない以上、弁論主義第 1 テーゼより、裁判所は売買契約に基づく目的物返還請求権を認めることはできない。

この点について、判例は本人契約構成か代理人契約構成かは契約の効果が本人に帰属するという点で異ならないから、当事者が代理行為に係る主要事実の主張がなくても代理構成による契約の締結を認めても弁論主義違反にはならないとしている。しかしながら、本人契約構成か代理人契約構成かで結果が異ならないとしても当事者間の攻撃防御方法は

きく異なるから、弁論主義の不意打ち防止機能の要請から、代理行為を認定して判決の基礎とすることは許されるべきではない。

(6)よって、裁判所が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にすることはできない。

設問 2

小問(1)

(1)まず、本件訴訟の訴訟物は贈与契約に基づく目的物引渡請求権である。そうすると、請求原因は、贈与契約の締結である。もっとも、裁判所はXY間で締結された契約は贈与契約ではなく、売買契約であるとの心証を抱いているので、請求原因は認められない。また、裁判所が売買契約に基づく引渡請求権を認定して判決することはXが申し立てていない事項につき判決を下すことになり、処分権主義に反する（民事訴訟法 246 条）。

この点について、Xは口頭弁論において売買契約を主張しているものの、売買契約に基づく目的物引渡請求権を申し立てていない以上、かかる主張をもって売買契約に基づく目的物引渡請求権の申立てと捉えることはできない。したがって、裁判所が「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。」との判決をするには、Xは売買契約に基づく目的物引渡請求権を予備的請求として裁判所に申し立てる必要がある。

(2)次に、Xが売買契約に基づく目的物引渡請求権を予備的請求としていることを前提にして、XYからいかなる事実の主張が必要となるかが問題となる。

売買契約に基づく目的物引渡請求権を訴訟物とする請求原因は、売買契約の締結である。そうすると、本件ではYが第一回口頭弁論期日にて答弁書の陳述により売買契約を主張しているから、裁判所が売買契約の事実を認定しても弁論主義に反しない。

そして、売買契約は双務契約であるから、代金の支払いと目的物の引渡しは同時履行の関係（民法 533 条）にあり、裁判所は当事者が主張する売買を認定する以上、当事者の主張がなくても当然に代金の支払いと目的物の引渡しの引換給付を認定することができる。したがって、本件でも裁判所が売買契約を認定する以上、引換給付判決を行うことができるから、この点について当事者は何ら主張する必要はない。故に、Yが「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。」と主張したことは、上記訴訟物における請求原因との関係では何ら法的意味を持たず、単に裁判所に代金と本件絵画の引換え給付判決を促すという意味しか有さない。

(3)では、XY間で本件絵画の代金額につき争いがある点についてはどうか。売買契約に基づく目的物の引渡し訴訟において、代金額がいかなる意味を有するかが問題となる。

この点については、前述の通り、代金額は請求原因を構成しないし、XY間において本件絵画の代金は時価相当額であるという点については争いがなく、そうすると、XY間の争いは単に時価相当額の証拠評価に係る主張に過ぎないのであるから、Yの代金額が300万円

であるとの主張はやはり法的な意味を有さない。

(4)以上より、裁判所が「Yは、Xから200万円の支払と引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をするにはXY当事者から何ら主張は必要ない。

小問（2）

1 本件絵画の時価相当額が220万円と評価される場合

(1)まず、XY両当事者からは本件絵画の時価相当額が220万円であるとの主張はないから、裁判所が本件絵画との引換えを220万円と認定することは弁論主義に反するとも思われる。しかしながら、具体的な代金額については当事者の主張がなくても裁判所が心証を抱いた代金額を認定しても弁論主義に反しないと考える。なぜなら、小問(1)で述べた通り、売買契約に基づく目的物引渡請求権においては代金額は請求原因を構成しないし、例えば当事者が主張する代金額と裁判所が心証を抱いた代金額が1円でも異なることになれば裁判所はその心証を抱いた額を認定できないとなると硬直的過ぎ、明らかに妥当でないからである。加えて、本件訴訟では、XY間において本件絵画は時価相当額で売買が行われたという点においては争いがないのであり、裁判所が本件絵画の代金額を220万円と認定したとしてもそれは単に本件絵画の時価相当額を評価した結果に過ぎない。

よって、裁判所が本件絵画の引渡しの引換部分に代金額を220万円として判決を下しても弁論主義に反しない。

(2)次に、裁判所が220万円と引換えに本件絵画を引き渡せという判決をすることは処分権主義に反し許されないのではないかが問題となる。

本件訴訟では、Xは200万円との引き換えに本件絵画の引渡しを申し立てているから、代金額を220万円と認定することはXが申し立てていない事項につき判決をすることになるようにも思われる。しかしながら、200万円の引換え請求に対して220万円として判決することは量的部分認容判決と捉えることができるから、処分権主義に反しない。

(3)よって、裁判所は、「Yは、Xから220万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。」との判決をするべきである。

2 本件絵画の時価相当額が180万円と評価される場合

(1)1と同様、XY両当事者から本件絵画の時価相当額が180万円であるとの主張はないものの、180万円という具体的な金額については弁論主義の適用がないから、裁判所が時価相当額を180万円と認定しても弁論主義に反することにはならない。

(2)次に、処分権主義に反するかにつき、裁判所が引換部分を180万円として判決を下すと、Xは200万円までは自認している以上、180万円はXの申し立てた事項よりXにとって有利な事項になるから、処分権主義に反することになる。したがって、裁判所はXが自認している200万円を限度として引換部分の判決を行うことができない。

(3)よって、裁判所は、「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。」との判決をするべきである。

設問 3

1 既判力の総論

既判力（民事訴訟法 114 条 1 項）とは、確定判決の有する後訴裁判所及び当事者に対する通用力ないし拘束力をいう。既判力は紛争の蒸し返しを防ぐ目的に基づく制度的効力であり、当事者が前訴において攻撃防御方法を尽くす等手続保障が与えられていたことをその正当化根拠とする、訴訟上の効力である。

そして、既判力は相殺を除いて（民事訴訟法 114 条 2 項）、原則として判決理由中の判断には及ばず、判決主文を包含する訴訟物について生じ、前訴と後訴の訴訟物が同一、前訴と後訴の訴訟物が先決関係、ないしは矛盾関係にある場合に後訴に前訴既判力が及ぶ。

そうすると、判決主文であっても訴訟物を構成しない部分については既判力は生じないので、引換給付判決における引換部分は訴訟物の構成部分ではない以上、引換部分には既判力が生じないことになる。

これを前提にして以下、売買契約の成否及びその代金額につき既判力が後訴に作用するかを検討する。

2 売買契約の成否

(1)民事訴訟法が実体法上の権利義務の帰属を巡って公権的に私人間の紛争を解決する制度であることに鑑みて、訴訟物とは実体法上の権利義務関係を指し、訴訟法上の給付を求める地位を指すものではないと考える。

(2)本件においては、前訴の訴訟物は売買契約に基づく目的物引渡請求権であり、売買契約の成否は訴訟物を構成しないのであるから、売買契約の成立について既判力は生じない。したがって、裁判所は後訴において XY 間の本件絵画の売買契約の成否について改めて審理・判断をすることができる。

3 代金額

(1)本件において、前訴判決の「X から 200 万円の支払を受けるのと引換えに」の部分は前訴訴訟物である売買契約に基づく目的物引渡請求権の一部ではなく、単に債務名義の執行方法を意味するに過ぎないので、その部分には原則として既判力は生じない。

(2)もっとも、引換部分は判決主文で示されているのであり、判決主文で示されるということは裁判所が実質的に審理・判断したことを意味する。そうすると、引換部分である売買契約の代金額につき再度後訴で審理・判断すると紛争の蒸し返しに等しく、矛盾した判決を防止するために、前訴と同様の判断をする必要がある。また、判決主文で示すということは当事者が前訴において攻撃防御を尽くしたことも意味する。したがって、前訴の引換給付判決における引換部分は、主文で示されている以上、執行方法の明示とはいえ、既判力に準じた効力が生じると考える。

そうすると、本件でも前訴の代金額には既判力に準じた効力が生じることになるが、前訴では XY 双方とも訴訟代理人なしで訴訟が追行されていたのであり、XY 両者とも前訴で攻撃防御方法を尽くしたとはいいがたい。したがって、本件では引換部分について既判力

の趣旨に合致しないため、既判力に準じた効力が生じない。故に、後訴において XY 間の本件絵画の代金額について裁判所は改めて審理・判断することができる。

以上

第
二
問

第一設問1について

1. 裁判所は、Y代理人AとX間の契約締結の事実を判決の基礎とすることはできないが、弁論主義違反の問題は問えない。

(1) 弁論主義とは、事実と証拠の収集・提出について当事者の権能及び責任とある原則である。その趣旨は私的自治の訴訟法制的反映にある。そして、裁判所は当事者が主張する事実を基礎に判決をすることはできない(第17条)。そして、弁論主義の適用する事実は主要事実に限られる。とくに、主要事実は請求の権利有無について最小限であり、これ以外、間接事実等は自由心証主義の見地から妥当であるからである。

(2) 代理の要件事実は、①代理行為、②顕名、③①に先立つ代理権授与である(民法99条)。そして、これは代理の効果を発生させるために必要の主要事実である。

(3) したがって、裁判所が当事者間に主張があるAとX間の契約締結を判決の基礎とすることは、弁論主義に反し許されない。

2. なお、判例は弁論主義に反していると判断しているが、これは当事者間に不十分さが認められるからである。本件は本人訴訟である点で判例の射程は及ばないと解する。

第二設問2について

1. 小問(1)について

(1) 本件訴訟の訴訟物は主位的には買付契約に基づき引渡請求権(民法549条)で予備的には

（第 問）

1 売買契約に基き引渡し請求権（民法555条）である。といたも、
2 基準の明確性から、実体法上の請求権や三法律関係を基準
3 とおさでからである（旧訴訟物理論）。

4 (2) 相、第1回口頭弁論期日のXの主張は、訴えの（交換的）
5 追加目的併合であると考えらる。これは別訴提起と訴えの
6 取下げの（併）複合形態である。

7 又、取下げの場合 相手の同意を要する（民事訴訟法
8 (以下省略) 26条22項）、本件の場合には不要である。といたも、
9 同意の趣旨は相手の利益保護であるが、相手の知悉に
10 対しての反論である点で 相手利益保護の必要はからである。
11 (したがって、X上のおは訴訟行為である。

12 (3) 次に、Yの主張は、買付契約との関係では否認に
13 である。他方、売買契約との関係では、先行自在にある。
14 といいたも、売買契約締結の事実が本来Xが主張し証
15 責任を負うからである。もとも、Xは自在を援用しているため、
16 自在の拘束は生じない。

17 (4) 又、引渡し給付判決するためには、同時履行の拒否権
18 を行使する旨の主張が必要となる（権利拒否、民法536条）。
19 (したがって、少なくとも、①XまたはYからXとY間の売買契約
20 締結の事実と②Yからの同時履行の拒否権行使の主張
21 が必要となる。

22 2. 小問(2)について、

23 (1) 2205田の場合、

第 1 問

裁判所が 2200 円と言明した場合、これは判決であるが、
処分権主義に反しないか問題となる(240条)。

処分権主義とは、訴訟の開始、審判対象の特定、訴訟
の終了について当事者の処分による原則をいう。その趣旨は
原告の意思を尊重する点にある。その機能は被告の不意打ち
を防ぐ点にある。

よって、①原告の合理的意思に合致し、②被告の不意打ちと
なり得る場合に処分権主義に反しないと解する。

すなわち、(引換給付判決において)原告は請求を棄却し、
おかしな給付判決を指導することを要するのが合理的である。
よって、価格は原告主張の 2000 円をわずかに超えるのみであり、
原告の意思に反するとして(142条160)。

他方、被告に不意打ちとならない(2)。

したがって、処分権主義に反しない。

お、裁判所は 2200 円の支払と引換給付判決を出
すことになる。

(2) 1800 円の場合、

裁判所が 1800 円と言明する場合は処分権主義に反する。
すなわち、原告の意思の範囲内であるので、原告の意思に反しない(60)
とともに、被告に不意打ちとなる(240条160)。

したがって、処分権主義に反する。

お、裁判所は 2000 円の支払と引換給付判決を出す
ことになる。

（第 問

(1) 既判力とは、前訴確定判決の後訴への拘束をいう。既判力の趣旨は、紛争の蒸し返しの防止にある。正当な根拠は失効し保障充足による自己責任である。

(114条1項) 主権の範囲は当事者により(115条1項1号)。

(T=6)で、当事者は基準日時時点での判断に拘束され、
と矛盾する主張をするとは611ではない (遮断効)。

と仮定し、 X に対する買取り契約無成立の全長は前者の
断と矛盾する。

2. 代金額について、

的確に、引換照合付文書は判決全文に掲載されている。

第 問

(1) 判決主文に引換給付文を要した趣旨は、執行開始要件を明示する点にある(民事執行法3条)。したがって、引換給付部分は訴訟物ではない。

お、既判力は生じない。

(2) もともと、実質的に審理判断をしているところ、判決の撤回がある。そこで、ある場合には信義則(2条)上、争点と解される。

絵画は専門家によっても評価が分かれるものであり、時価の算定が困難である。そして、本件では他の専門家が本件絵画の時価について異なる判断がなされている。

Xは専ら時価を引き下げたとしている等の事情も見えない。この判決を撤回しとすべきではない。

したがって、信義則に反しない。

お、後訴において、代金額に関して改めて審理判断することはできる。

以上

(第 問)

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

平成29年度司法試験 再現答案

民事系科目 第3問

〔設問1〕

1. Yの代理人AがXとの契約を締結したという事実を判決の基礎とすることはできるか。民事訴訟では、当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならない（弁論主義第1テーゼ）。同事実はX、Y双方ともに主張していない。そのため、同事実を判決の基礎にすることは、弁論主義に反するのではないか。

2. 弁論主義が適用されるのは、主要事実に限られる。代理行為による契約の成立の要件事実には、代理人による代理行為も含まれる。よって、それを具体的に基礎づける事実は一般的に主要事実に当たる。

しかし、契約が代理の形式で締結されたからといって直ちに代理行為を基礎づける事実が主要事実であると判断されるわけではない。代理の形式か否かによって相手方が受ける契約当事者としての地位は変わらない。そのため、代理の形式か否かを訴訟の争点としていない場合には、通常の形式の売買契約の成立を検討し、代理人が介入した事実は、通常の売買の締結の手段として評価することができる。

本問では、AがYの代理人であったか否かは両当事者とも問題にしていない。AがYの代理人であり、Xとなんらかの契約を締結したという事実を裁判所が認定したとしても、Xに何らの不利益も生じない。つまり、本問の訴訟において、AがYの代理人であるか否かは争点となっていない。よって、本問の訴訟では、XY間に通常の売買契約が締結されたかを検討すればよい。

通常の売買契約の要件事実は、売買契約の両当事者の合意である。YとXに本件絵画について売買契約の合意があったという具体的事実については、Yが主張している。AがYの代理人としてXと合意をしたという事実は、XY間の合意における1つの手段として認定したにすぎず、主要事実ではない。よって、同事実には弁論主義は適用されない。

以上より、裁判所はYの代理人AがXとの契約を締結したという事実を判決の基礎にすることができる。したがって、裁判所は「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。」との判決をすることができる。

〔設問2〕(1)

1. 訴訟物について

民事訴訟における訴訟物は、権利義務や法律関係が発生する実体法上の根拠によって決定される（旧訴訟物理論）。当初、原告であるXは本件絵画を贈与契約によって取得したと主張して訴訟を提起した。そのため、当初の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である。もっとも、Xは第1回口頭弁論期日に「仮にこの取引が売買であり」という場合の主張も行っている。これは、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権を訴訟物とする請求の、訴えの予備的追加的変更（民事訴訟法（以下略）143条1項）であると評価できる。そして、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と

考えるのであるから、前者の請求は棄却される。よって、本問で問題となる訴訟物は、後者の売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権である。

2. 申立て、主張の内容

(1) 本件絵画の引渡しを命令する部分について

売買契約による目的物引渡請求権の発生の要件事実は、売買契約の当事者間の意思表示の合致である。どの売買契約が問題となっているのかが特定される程度に具体化されれば良い。一般的には、日時、目的物、金額等が主張されれば十分である。本問では、平成27年9月1日、本件絵画を、時価相当額でYがXに売却する旨の意思表示の合致があったという事実は、Yから現れている。もっとも、時価相当額では、裁判所は引換給付判決をする際に、Xが具体的にいくらを払えばよいのか、認定できない。また、代金の具体的な額は当事者の負担に大きく関わるから、その主張立証は当事者に委ねるべきである。そこで、時価相当額がいくらになるかを基礎づける具体的事実も主要事実と評価し、当事者に申立て、主張をさせるべきである。以上より、「Yは、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」という部分の判決をするには、少なくとも、両者での売買契約の合意を基礎づける事実、時価相当額が具体的にいくらになるかを基礎づける事実が主張されていればよい。

Xは時価相当額について、200万円であると主張している。それに対し、Yは時価相当額が300万円であると主張している。そのため、当該Yの主張は、時価相当額は200万円であるというXの主要事実の主張に対する理由付き否認に当たると評価できる。

(2) 引換給付判決の部分について

売買契約は双務契約であるから、目的物の引渡しと代金の支払いは同時履行の関係にある（民法533条）。同時履行の抗弁が認められれば、裁判所は引換給付判決をする。もっとも、同時履行の抗弁は、権利抗弁であるから、目的物の引渡請求訴訟の被告は、原告が代金を支払うまで目的物の引渡しを拒絶する旨の主張をする必要がある。よって、裁判所が「Xから200万円の支払を受けるのと引換に」という判決をするには、YはXが代金を支払うまで本件絵画を引渡すのを拒絶する旨の主張をする必要がある。

[設問2] (2)

1. Yは、Xから220万円あるいは180万円の支払を受けるのと引換に、本件絵画を引き渡せと命ずる旨の判決を、裁判所はすることができるか。裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決することができない（246条）。いずれの金額も、Xの申し立てとは異なるため、そのような判決は、同条に反するのではないか。

判決が「当事者が申し立てていない事項」にかかるか否かは、原告の合理的意思及び被告の不利益などを総合的に考慮して判断する。

2. 220万円の引換給付判決について

Xは当初贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを主張していた。ところが、その後Xは売買契約に基づく引渡しの請求を予備的に追加した。このことから、Xにおいては、何としても本件絵画を手に入れたいという意思が伺える。それを前提にすれば、自らが主張する

金額から多少増えたとしても、原告としては目的物の引渡しを受けることができれば満足であるというのが合理的意思であると考えることができる。Xは元々200万円の出費は覚悟していた。そこから、20万円程度の増額があったとしても、本件絵画を手に入れたいと考えてるのが合理的意思であると評価すべきである。一方で、Yにおいては、Xの主張が全部認められていれば200万円しか手に入れられなかったところが、220万円手に入れることができるようになったのだから、Yに不利益はない。よって、本件絵画の時価相当額が220万円であることを前提として判決をすることは、「当事者が申し立てていない事項」にかかる判決には当たらない。

以上より、裁判所は、Xの請求の一部認容として、「Yは、Xから220万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になる。

3. 180万円の引換給付判決について

元々200万円の出費を覚悟していたXにとって、180万円の支払で済むことは、Xにとって思わぬ利益である。一方で、少なくとも200万円の支払を受けることができると考えていたYにとっては、不測の不利益である。そのため、本件絵画の時価相当額を180万円であることを前提として判決をすることは「当事者の申し立てていない事項」にかかる判決に当たる。

よって、裁判所は、Xが申し立てている範囲で判決することになる。すなわち、「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になる。

[設問3]

1. 既判力の範囲に関する規定

既判力は「主文に包含するもの」に生じる（114条1項）。既判力の客観的範囲がどの事実に至るまで及ぶのかは、同文言の解釈による。通常、判決の主文には、訴訟物の存否が記載される。そのため、原則として、既判力は訴訟物の存否にのみ及ぶとされている。では、引換給付判決などのように、訴訟物の存否以外の事実で主文に記載される事実についても、「主文に包含するもの」として、既判力が生じるのか。

2. 引換給付判決の趣旨

引換給付判決は、当該判決の訴訟物については同時履行の抗弁権等が付着しており、それを執行するには条件を満たさなければならないことが、執行官が一目見てわかるようにし、もって当事者間の衡平を図ることが趣旨である。執行力の制限という大きな効力を持たせることができるのは、訴訟において、同時履行の抗弁権等の存否を十分に審理し、当事者にそれを争う手続きが保障されたことを実質的根拠とすると考えることができる。

3. 既判力との関係

既判力は、当事者に当該事実を争うことについて手続きが保障されたことを実質的な根拠として、紛争の蒸し返しを防止するための制度である。紛争の終局的解決という民事訴訟の目的を維持するためには、既判力は厳格に守られなければならない。一方で、多様な

紛争の解決には、裁判所による柔軟な訴訟進行も求められる。そこで、既判力が生じる事実は狭く解すべきである。そのため、「主文に包含するもの」の解釈についても、狭く、厳格に解し、訴訟物の存否のみを指すと解釈すべきである。

一方で、これを完徹しすぎでは、当事者間の衡平を著しく害する場合もある。そのような場合には、訴訟物の存否にかかる事実以外で、「主文」に記載されている事実については、訴訟物に準じた効力が生じ、それを否定する主張は後訴においてすることは許されないとすべきである。

Y が X に本件絵画の引渡しと引換えに代金を請求することは、Y が X に本件絵画の売買契約に基づく代金支払請求の反訴を提起した状況と類似する。その場合には X の Y に対する代金支払義務について、既判力が生じる。また、前訴では、争点は本件絵画にかかる契約は贈与か売買か、売買だとすれば時価相当額はいくらであるかの2点であり、売買契約であると確定してからは、専ら後者が審理された。そのため、X は Y に対して本件絵画の代金を支払う義務を有していること、その額が200万円であることについては、既判力が生じるのに十分といえる程度に手続きが保障され、審理し尽くしている。これらを考慮すると、X の Y に対する代金支払い義務をなかったことにする、義務があるとしてもその額は150万円に減額されると主張することは、XY 間の衡平を著しく害すると評価すべきである。

以上より、前訴の主文の「X から200万円の支払を受けるのと引換えに」という部分により、X の Y に対する本件絵画の代金支払い義務が存在する事実について既判力に準ずる効力が生じていると評価すべきである。そう解したとしても、後訴裁判所は、前訴判決を一目見てそれを容易に判断できるため、不都合はない。したがって、X の代理人の主張は、後訴においてすることは許されない。つまり、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・判断をすることは許されない。Y の代理人の主張のとおり、前訴判決に沿って、直ちに請求認容判決をすべきである。

以上

H29 民訴法再現答案

設問 1

1. 売買契約が締結された旨の心証を抱いているが、仮にこの事実には弁論主義の適用があれば、当事者からの主張が無ければ裁判の基礎とできない。では弁論主義の適用あるか。
2. 弁論主義とは、裁判資料の収集提出を当事者の権能かつ責務とする建前である。その趣旨は私的自治の訴訟的反映であり、その機能は当事者への不意打ち防止である。そして弁論主義の適用がある事実、権利の発生変更消滅という法律効果の発生の判断に直接必要な要件事実たる主要事実に限られる。なぜならこれにつき適用を認めれば上記弁論主義の機能は充足できるし、間接事実補助事実は主要事実の存否を推認させるという証拠と同様の機能を営んでいるからそのこれは自由心証主義(247条)に委ねるのが妥当だからである。
3. 本件では、売買契約締結事実は売買契約に基づく本件絵画引渡し請求権の存在認定に直接必要な主要事実である。そしてXは、仮にこの契約が売買契約であれば、と仮定して売買契約締結の事実の主張とそれに基づく本件絵画の引渡し請求をしている。よって売買契約締結の事実を主張しているので、これを認定してよい。

設問 2 (1)

1. 訴訟物は、主位的請求は贈与に基づく本件絵画引渡し請求権である。予備的請求は、売買契約に基づく本見解が引き渡し請求権である。

2. Yの主張位置づけ

- (1)主位的請求に足しては、理由を付して否認しているので積極否認となる。
- (2)予備的請求に対しては、法律上の意義ない。なぜなら、売買契約の締結によって売買契約に基づく目的物引渡し請求権が発生するので、その代金の主張は権利の発生に影響が無いからである。

3. 必要な主張

- (1)まず、Xは売買契約に基づく絵画引き渡しを請求することを明示していないので、この請求を追加的変更(143条1項)すべきである。
- (2)引き換え給付判決をするためにYからは同時履行の抗弁権行使(民法 533条)の主張を要する。なぜなら、同時履行の抗弁権は一時的に相手方の請求を拒めるに過ぎない権利であるからその都度行使を要するところ、権利発生要件が主張されていても訴訟上その行使の主張が無ければ判決の基礎とすることができない権利抗弁に当たるからである。

設問 2 (2)

1. 220万円と評価された場合

220万円との引き換え給付判決を言い渡せるか。かかる判決は200万円の支払を覚悟して絵画引渡しを請求したXの請求と一致しないため、申立事項と判決事項の一致を求めた246条に反しないか。

246 条の趣旨は、原告の意思を尊重しつつ相手方に不意打ちを与えない点にある。そこで原告の合理的意思に合致し、被告に不意打ちとならなければ同条に反しないと考える。

本件では、Xとしては請求を棄却されるよりも、200 万円を格段の相違の無い範囲で裁判所が認定する金額を支払って絵画を請求したと考えるので、かかる判決は原告の意思に反しない。他方、被告としてもXは 200 万円という代金の主張をしていたので、220 万円と認定されることは自己に不利益でなく不意打ちでない。

よって同条に反せずかかる判決ができる。

2. 180 万円と認定された場合

180 万円との引き換え給付判決できるか。246 条に反するかは同様の基準による。

Xとしては 200 万円の支払を覚悟していたのであるから、180 万円の支払で済むとすればXの利益になるので原告に意思に沿う。他方YはXが 200 万円と主張していたのであるから少なくとも 200 万円を受け取れると期待していたので 180 万円という認定は不利であり防御の範囲を超えていた。よって不意打ちである。

したがってこの判決は 246 条に反する。そのため裁判所は 200 万円との引き換え給付判決をすべきである。

設問 3

1. 既判力の客観的範囲

(1)既判力とは確定判決の判断内容に与えられる後訴での裁判所及び当事者に対する拘束力である。その趣旨は手続き保障を前提とした自己責任にある。その客観的範囲は、原則として主文に記載された訴訟物の存否に限られる(114 条 1 項)。

(2)本件では、前訴判決により訴訟物たる売買契約に基づく絵画引き渡し請求権の存在に既判力が生じている。なお、引き換え給付部分は訴訟物でないので既判力生じない。

2. だとすれば、後訴においてXの主張は既判力に反せず認められるも思える。

(1)しかし既判力の趣旨は手続き保障を前提とする自己責任にある。本件では、同時履行の抗弁権があることおよび代金額が 200 万円であることにつき審理判断があった。そのため手続き保障が及んでいた。

(2)さらに、引き換え給付部分は判決主文に記載されている。これは単に執行方法を定めるにとどめず、訴訟物に準じて審理判断されたことの現れである。そのため既判力の趣旨が及び、既判力に準じた効力が生じる。

3. そのため代金額が 200 万円であることおよび引き換え給付部分に既判力に準じた効力が生じているところ、前訴と後訴での代金額の争いは訴訟物が同一であることに準じている。そのため既判力に準じた効力が作用する。よってXは代金額を 200 万円でないこと及び売買契約締結の事実を争うことは紛争の蒸し返しであり、既判力に準じた効力により遮断される。

したがってこの点につき改めて心理判断できない。

司法試験 民事系科目第3問

設問1

第1 (1) について

1 本件において、Aは甲社の設立手続きを進めるうえで、設立事務を行う事務所と設立事務を補助する事務員は必要であるとして、Dに対して事務所用建物を賃借し、Eに対して設立事務を補助する事務員として雇用した。このことから、両者が甲社に対して請求する賃料60万円と報酬40万円は「株式会社の負担する設立に関する費用」（会社法「以下、略」28条4号）にあたる。

2 もっとも、甲社の定款によれば設立費用は80万円以内とするとの記載のみであった。上述したように、DとEのAに対する請求額の合計額は100万円である。本件のように会社が定款に記載した額を超える複数の債権が存在する場合、債権者はいかなる範囲でその請求を認められるかが問題になる。

3 この点、判例は会社が負担するのはあくまで定款に記載した限度であり、それ以上の額については責任を負わないとしている。確かに、会社は定款に記載した以上の額を負担することは28条4号の意義を失わせることになるので、妥当でないといえる。しかし、判例の見解によれば、複数の債権者のうち、いち早く会社に対して請求した者が優先して会社から債権を回収することが出来ることとなり、債権者間で不平等が生ずる。ゆえに、判例の立場は妥当ではない。

このような場合には、まず債権者は直接、会社には請求できず、契約を締結した発起人に対して請求できるとすべきである。そうすれば上記のような債権者間の不平等は生じない。そのうえで、発起人は定款に記載された設立費用の限度で、会社に求償できるとすべきである。

4 したがって、本件において、甲社はD及びEからの支払い請求を拒否することが出来る。

第2 (2) について

1 本件において、甲の定款には、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。このことから、本件Fとの契約は、28条1号の財産譲受けにあらず、開業準備行為にあたる。ゆえに、AF間の契約の効果は会社に係属しない。

2 もっとも、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るためには、本件購入契約が有効であることが必要になる。このことから、開業準備行為であっても、事後的に会社が追認することにより、本件契約が有効であるとする事はできないかが問題になる。

この点、追認を認めれば、会社法が設立後の会社財産への侵害を防ぐために厳格な法規制を置いた趣旨を没却してしまう。

3 したがって、会社における事後的追認による、本件契約の有効性は主張できない。

設問 2

1 本件において、Gは本件決議の効力を否定するために、本件決議に瑕疵があるとして決議取消しの訴え（831条1項）を主張することが考えるがこれは認められるか。

2 (1) まず、本件において、Lの入場を認めなかったことが、「決議の方法が法令もしくは定款に違反する」（831条1項1号）といえるかが問題になる。

この点、会社は基準日を定めることができ（124条1項）、これは定款に記載していれば、基準日の2週間前までに当該基準日を公告する必要はなくなる（同条3項）。

乙社は、定款11条において基準日を定めている。これによれば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が議決権を行使できるとされている。Lは、名義書換えを平成28年6月3日に行っていることから、当該定款によれば、Lは当然議決権を行使できない以上、入場を認めないことも定款に反するものではないといえる。

しかし、本件のように相続という一般承継による株式の譲渡は、特定承継に比べると、相続人は被相続人が株式を取得していたこと、そして相続によりそれを自己が譲り受けたことを知る機会が少ない。ゆえに、特定承継と同様に一律に本件定款に基づき議決権行使を認めないのは議決権行使を不当に妨げることになるので妥当ではない。

もっとも、本件においては、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おり、それを相続し取得したにもかかわらず、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。ゆえに、Lは自己の不注意で名義書換えを怠ったのである以上、定款に沿ってLの議決権行使を認めなくとも上記のような不当な議決権行使の妨げを生じない。

したがって、定款11条により、議決権が行使できない以上、入場を認めなかったことは「定款に違反する」とはいえず、831条1項1号に基づく請求は認められない。

(2) 次に、甲社が議決権行使したことが特別利害関係人による議決権行使にあたり、その結果、「著しく不当な決議がなされた」として831条1項3号にあたるといえないか。

ア この点、特別利害関係人にあたるかどうかは当該人が他の株主とは相反する利益に基づき議決権を行使するものかどうかで判断する。

本件株主総会は、甲社が乙社を完全子会社とするために乙社の株式の併合を行うことを目的の一つとしている。これは、甲社が乙社の株式を買い集めた際に、乙社の株主であるGが、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売却の勧誘にも一切応じない姿勢を見せていたからである。

ゆえに、甲社は当該株式併合を行えば、完全親会社となる存在である以上、他の株主とは異なる利益をもって議決権を行使することが考えられる。よって、甲社は、特別利害関係人にあたる。

イ そして、甲社が議決権を行使しなければ本件決議は賛成、反対が同数票であったので可決されなかったといえる。ゆえに、本件決議の結果に著しい影響があったといえるので「著しく不当な決議がなされた」といえる。

ウ 以上より、本件株主総会は、831 条 1 項 3 号に基づき決議取消しが認められる。

(3) また、本件株主総会において、株式併合をすることを必要とする理由として本来の目的である乙社を甲社の完全子会社としたうえで甲社の支援により乙社の経営を立て直すことは説明していない。これにつき、説明義務違反（180 条 4 項）に反するとして、831 条 1 項 1 号にあたるといえないか。

この点、会社が株主に対して説明をすることが義務付けられているのは、適正な株主の議決権行使を担保するためである。ゆえに、会社が説明義務を果たしたかどうかは、株主が当該株式併合につき賛成か反対かを客観的に判断することが出来る程度の情報を株主に提供したかどうかで判断する。

本件株主総会は上述したように乙社を完全子会社とすることを目的としたものである。それにもかかわらず、当該本来の目的を説明しなかったことは、適正な株主の議決権行使を妨げるものである。ゆえに、本件につき乙社に説明義務違反が認められる。

よって、831 条 1 項 1 号にあたり、決議取消しの訴えが認められる。

設問 3

1 本件株式併合は 3000 株を 1 株に併合するものである。ゆえに、3000 株に満たない 800 株しか有していない L は、「株式の数に一株に満たない端数が生」じているといえる。よって、L は 182 条の 4 第 2 項 2 号により、反対株主の株式買取請求権を行使することが出来る。

2 また、235 条 1 項により、甲社は株式の分割により株式の数に一株に満たない端数が生ずるときはその端数の合计数に相当する数の株式を競売し、かつその端数に応じてその競売により得られた代金を株主に交付しなければならない。

以上

設問 1.

1.Yの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの事実は、代理行為の要件及び効果(民法99条1項)を基礎づける主要事実である。そのため、両者が主張していない場合にこれを判決の基礎とすると、当事者の主張しない事実を判決の基礎としてはいけないという弁論主義第1テーゼに反しないか。

(1)弁論主義の根拠は、民事訴訟法は私的自治の原則が妥当する私法上の法的紛争を扱うものであるから、訴訟法上も私的自治の原則を及ぼすべきである点にある。そのため弁論主義の趣旨は、当事者意思の尊重にあり、不意打ち防止機能を果たす。弁論主義の対象は、主要事実に及ぼせば当事者意思の尊重として十分であるし、証拠と同様の働きをする間接事実や補助事実には及ぼすと自由心証主義(民事訴訟法(以下略)247条)に反し、不当であるから、主要事実のみであると考ええる。

本件では、YがAについて「造詣の深い友人」、「本件絵画の取引経緯に詳しい」と言っているだけで、民法99条の要件を基礎づける主要事実を主張していない。よって、判決の基礎とすると弁論主義に反するため、許されないとも思える。

(2)もっとも、両当事者がその点を問題にしていない以上、弁論主義に反するとはいえないのではないか。

弁論主義の趣旨は前述の通りであるから、当事者が明示的に主張していない事実でも、その事実を判決の基礎として意思に反しない場合には弁論主義に反しないと考える。

本件で、Aが証人尋問で明確に「AがYの代理人としてXと」売買契約

民事系科目第3問

を結んだ旨主張している。しかし、その後においても両当事者ともに A が Y の代理人であったか否かについて問題にしておらず、両当事者は A が代理人であったことを前提に訴訟を進めているものとみることができる。よって、A が Y の代理人として契約締結した事実を判決の基礎としても、当事者意思に反しないし、当事者への不意打ちにもならないから、前述の事実を判決の基礎とすることができると思う。

もっとも、前述のように弁論主義に反するおそれがある以上、裁判所は契約が A を代理人として締結されたものであったのか確認する釈明(149 条 1 項)を両当事者にすべきである。

設問 2.(1)

1. 訴訟物は、明確であることから、実体法上の権利義務をいうと解する。本件では、贈与契約(民法 549 条)に基づく目的物引渡し請求権であることになる。そうすると、Y の「本件絵画を X に時価相当額で売却し」とする主張は、贈与契約は結んでいないという旨の否認と位置づけられることになるし、裁判所は売買契約に基づく引換え給付判決をすることはできない。

2. そうすると、売買契約に基づく請求が訴訟物となる必要がある。そのためには、X は訴えの追加的変更(143 条 1 項)として、売買契約に基づく本件絵画の引渡し請求を追加することが必要である。そのためには「請求の基礎に変更がない」ことが必要である。「請求の基礎の変更がない」と認められるには、利益関係が社会的に共通であることと訴訟資料の継続的利用が可能であることを要すると解する。本件では同一の事実を対象としているから、これらを満たす。

Xは「仮に…売買であ…るとしても、」としているから、請求は予備的なものとする必要がある。そうすると、予備的請求である売買契約について判断される場合には、主位的請求について判断がなされないことになる。そうすると、相手方は主位的請求について判決を得られない不利益を被る可能性がある。よってかかる予備的追加的変更をする場合には、訴えの取り下げをする場合と同様に、相手方の同意を必要とすべきである(261条1項参照)。もっとも、趣旨は相手方の保護にある以上、相手方の主張に沿った変更である場合には、同意は不要であると考ええる。

本件でXはYが売買契約を前提とする主張をしたがために、売買契約締結の主張をするに至ったから、予備的追加的変更は、Xを害するものでなく、同意なくともできると考える。

よって、「YはXから200万円の支払いを受けるのと引換えにXに対し、本件絵画を引き渡せ」との判決をするには、Xが前述のような訴えの追加的予備的変更をすればよい。

3.なお、Yが反訴(146条1項)として本件絵画の占有の確認請求をすることも考えられるが、Yの占有は、同時履行の抗弁権に基づくものであり、同時履行の抗弁権は、権利抗弁であり、履行請求のたびに行使しなければならない不安定なものであるから、Xから請求する方が適当である。

設問 2(2)

YはXから220万円あるいは180万円の支払いを受けるのと引換えに本件絵画を引き渡せとの判決ができるか。かかる判決が「当事者が申し立てていない事項について、判決をする」(246条)ものとして、処分権主義

に反するのではないか。

処分権主義の根拠は、民事訴訟法上の私的自治の現われであり、趣旨は当事者意思の尊重にあり、不意打ち防止機能を果たす。処分権主義によって、当事者は審判対象の範囲を画する権能を有する。そうすると、当事者の主張する200万円、300万円と異なる判決をすることは処分権主義に反するとも思える。

もっとも、量的一部認容判決が認められないか。処分権主義の趣旨は前述のようであるから、一部認容判決も、当事者意思に反しないで、不意打ちとならない場合には認められると解する。

本件で、Xは本件絵画の引渡しを求めてわざわざ出訴しており、200万円の支払いを主張しているから、これは200万円と大差ない額であれば出して引渡しを求めたい趣旨の者と考えられる。逆にYは300万円と大差ない額であれば引き渡そうとしている。そうすると、220万円での引換え給付判決は、当事者意思に合致し、不意打ちにもならないから、認められる。よって、「YはXから220万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ある。180万円は、当事者の主張以上に原告を有利に扱うものであるから、180万円での引換え給付判決をすることは認められない。そうすると、200万円での引換え給付判決をすべきとも思えるが、時価は客観的に決まる特定の額であり、時価とは異なる時価より高い額での判決をすることまで当事者が望んでいるものとは考えられない。よって、請求棄却すべきである。

設問3.

1.既判力は、「主文」つまり、訴訟物たる権利義務の存否について生じる

と解する(114条1項)。既判力は紛争解決を目的にするものであり、その根拠は手続保障の充足にあるところ、既判力は訴訟物に及ぼせば、紛争解決として十分であるし、訴訟物について手続保障も充足されているといえるからである。

前訴の訴訟物は売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権である。裁判所は既判力の生じた判断について後訴においても前提とすることになる(既判力の積極的作用)。そのため売買契約の成否について、裁判所は後訴で改めて審理・判断することはできない。よって、XY間の本件絵画の売買契約の成否については改めて審理・判断することはできない。

2. もっとも、代金額については、訴訟物でなく、執行段階で問題になる判断に過ぎないから、既判力が生じないと思える。

しかし、主文において引換給付の旨が掲げられる趣旨は、当事者に執行の範囲を明確に示す点にあると考える。そうすると、引換給付部分についても当事者の紛争解決の信頼が生じるし、この信頼を保護する必要が生じる。これは既判力の目的と通じる。また、引換給付部分も、審理で争われる以上、既判力の根拠となる手続保障も充足されているといえる。よって、引換給付部分にも既判力に準じる効果を生じるものというべきであり、当事者が引換給付部分を裁判で争った場合には、信義則上、後訴で改めて審理することは出来ないと考える。

本件で、XとYは前訴において本件絵画の金額を具体的に争っている。よって、その代金額について改めて審理・判断することは出来ない。

民訴法

第 1, 設問 1

1, 民事訴訟においては、実体法における私的自治の訴訟法上への反映として弁論主義が妥当する。そして弁論主義によって、裁判所は、当事者が主張していない主要事実を判決の基礎とすることができない。

2, そして、代理人を利用して売買契約を締結した場合の主要事実とは、①代理人と売主との間での売買契約の成立、②顕名、③代理権授与表示、④代理意思である。

したがって、本件において A が Y の代理人として X と本件海外の売買契約を締結したという事実は、主要事実として、主張されなければ、判決の基礎とできないものである。

もっとも、当事者 XY のいずれによっても主張されておらず、A の証人尋問における A の証言内容という証拠資料によって裁判所が心証を得たものに過ぎない。

3, 酔って、裁判所が上記事実を判決の基礎として採用することは、弁論主義に反し許されない。

第 2, 設問 2 (1)

1, 本件訴訟の訴訟物は贈与契約に基づく目的物引き渡し請求権であると考ええる。

そして、処分権主義においては、訴訟物に関する処分権が当事者に委ねられているため、裁判所は、原告が申し出た訴訟物とは異なる訴訟物について判決することはできない（民事訴訟法（以下略）246 条）。

本件課題①における判決は、売買契約に基づく目的物引き渡し請求権についてのものである。したがって、上記訴訟物の下で、本件判決を下すことは、処分権主義に反するものであるとして、違法である。

2, そこで、X の主張によって、売買契約に基づく目的物引き渡し請求権が訴訟物として追加されたとは言えないか、問題となる。

この点について、X の主張は Y の主張の通り本件絵画に関する契約が贈与ではなく売買であると裁判所が認定した場合に備えて、訴えの追加的変更（143 条）によって売買契約に基づく目的物引き渡し請求権を追加する趣旨のものであると言える。

また、X の上記主張は、Y が防御のために主張した事実に基づいて行われたものであり、Y の防御上の利益は害されないと言えるから、基本的事実関係が異なるといえども、請求の基礎の同一性は認められると考えられる。

そして、事実審口頭弁論終結前に当該主張はなされていると言えるし、また、本件訴訟が当事者訴訟であることからすると、当事者の手続保障を重視すべきであり、著しく訴訟手続きを遅滞させるものとも言えない。

したがって、X の主張によって、訴えの追加的変更として売買契約に基づく目的物引き渡し請求権が訴訟物として追加されたと言える。

3, もっとも、追加された売買契約に基づく目的物引き渡し請求に対して、X の Y に対する 200 万円の支払いを条件とした認容判決を下すことは、246 条違反とならないか。一部

認容判決の限界が問題となる。

この点について、処分権主義の下、判決時効は原告の申立て時効の範囲内でなければならない。そして処分権主義の趣旨は、当事者意思の尊重及び相手方の不意打ち防止にある。

したがって、一部認容判決が処分権主義との関係で許容されるかは、原告の合理的に意思に反しないかという観点と、相手方の不意打ちとなるかという観点から判断されるべきである。

本件についてこれを見ると、XはYが本件海外に関する契約は売買であると主張していることを認識したうえで、追加的変更についての主張をしているのであるから、200万円を払ってでも本件絵画の引き渡しを望んでいると言える。したがって、原告の合理的意思に反しているということとはできない。また、Yは、本件において贈与の事実が認定され、原告から一切の支払いがなされず本件絵画を引き渡さなければならない可能性があることを認識していたと言える。したがって、Yが主張する300万円よりも低い200万円の支払いを条件とした請求認容判決であっても、Yに対する不意打ちとはならない。

以上より、課題①の判決をすることは処分権主義に反することではなく、XまたはYは特段の申立てを必要としない。

第3、設問2(2)

1、220万円と評価される場合

まず、本件売買契約は、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であり、本件絵画の時価相当額がいくらであるのかという点は裁判所に委ねられた法的評価の問題であると考えられる。

そして、Xの代金は200万円であるとの主張やYの代金は300万円であるとの主張は、裁判所が行う法的評価に対する意見に過ぎないと考えられる。

したがって、時価相当額での売買契約が締結され、その代金が220万円と判断した裁判所の判断は、原則として処分権主義に反するものであるということとはできない。

もっとも処分権主義の趣旨が当事者意思の尊重及び相手方の不意打ち防止という点にある以上、これらの趣旨に反するような判決は例外的に処分権主義に違反すると考える。

本件についてこれを見ると、原告Xは自己が提示した200万円を多少超えたとして、本件絵画を手に入れたと考えているのが合理的意思であると言えるから、自己の提示額を1割超過したに過ぎない本件判決内容は、合理的意思の範囲内であると言える。また、Yとしても相手方の主張する額よりも多く代金額が認められているのであるから、不意打ちにもならない。

以上より、本件判決は、処分権主義に反し、違法となるとは言えない。

2、180万円と評価される場合

この場合にも1の場合と同様に考えると、売買代金の額は法的評価の問題に過ぎないのであるから、180万円と認定することは、時価相当額の範囲内であると言え、処分権主義

に反しないとも思える。

もっとも、180万円という額は、原告であるXの意見に基づく額よりも低額であり、原告側からすると、合理的意思の範囲内であると言えるものの、Y側からすると、両当事者の主張から想定される額を下回るものであるから、不意打ちとなると考えられる。

したがって、このような認定は、処分権主義の趣旨に反する者であるとして、例外的に違法となるものとする。

第4、設問3

1、前訴判決の既判力（114条1項）が後訴に作用する場合、前訴における当事者（115条1項1号）であるXYは既判力が生じている前訴判決の判断内容を争うために、本件絵画の取引が贈与であること及び、本件絵画が高くとも150万円であることという基準自前の事実を主張することはできない。

そこで、前訴判決の既判力が生じる範囲が問題となる。

2、この点について、後訴で当事者が争おうとしている本件契約の種類及び本件絵画の売買契約における代金の額は、確かに前訴において主文で表示されたものである。そして既判力は判決の主文に表示された事項に生じる後訴での通用効であるから、本件絵画の代金額についても既判力が生じるようにも思える。しかしながら、引き換え給付判決において引き換え給付の旨が掲げられているのは、執行開始要件としてのものに過ぎない。そして、これは訴訟物とは別の法律関係であり、通常別訴において争うことができる事項であるから、相続における限定承認する旨の表示と異なり、主文の判断と密接に関連するものであると言いはし難い。したがって、前訴判決の既判力は後訴において作用するものではない。また、既判力に準じる効力も生じない。

したがって、原則として、後訴において契約の種類及び代金額について争うことは認められる。

3、もっとも、既判力の正当化根拠は手続き保障に基づく自己責任にある。そうすると、既判力が生じないとしても、すでに手続き保障が与えられ、紛争を実質的に蒸し返すような後訴における主張については信義則上主張が遮断されるものとする。

本件についてこれを見ると、本件絵画に関する取引が贈与であるか売買であるかについては前訴において十分に争われており、手続き保障が図られているとともに、その点については紛争が決着したとの正当な期待が生じていると言える。

よって、売買契約の締結を認めた前訴判決の判決理由中の判断には当事者間において決着したとの正当な期待が生じており、これに反して、後訴で基準自前の事実に基づき売買契約の成否について改めて審理判断することはできない。

民事系第3問

第一、設問1

1. 裁判所がYの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの心証を抱いたとしても、本件訴訟において、当事者たる原告X被告Yのいずれも、当該事実を主張していない。

このとき、裁判所が当該事実を判決の基礎とすることは、弁論主義に反しないか。

2. (1) 弁論主義は、実体法たる民法の大原則たる私的自治の原則の訴訟上の表れである。

(2) 本件においては、弁論主義の第1テーゼ、即ち、当事者が主張しない事実を案結の基礎にしてはならない、とのテーゼに反しないか、が問題となる。

(3) 弁論主義の適用対象は、要件事実の存在を直接基礎づける主要事実についてである。主要事実の存在を推認させる間接事実とは、その機能において証拠に類似する。証拠については、自由心証主義（民事訴訟法（以下法典名省略）247条）への過大な制約とならないよう、弁論主義の適用対処に当たらないと解され、機能が類似する間接事実についても、同様にして、弁論主義の適用対象外と解される。

3. (1) 代理人による法律行為について、代理行為の存在は主要事実該当する。

(2) 本件訴訟において、Aによる代理行為の存在は、証人としてのAの証言のみによって表れており、当事者YないしXはいずれも当該事実の存在を主張していない。よって、当該事実を判決の基礎とすることは、弁論主義の第一テーゼに反する。

(3) もっとも、弁論主義の趣旨は私的自治の原則、即ち当事者らの権利が害されないにある。本件訴訟における争点は、XがYと平成27年9月1日に締結した契約が贈与であるか売買であるかである。Aによる代理行為の事実についての証言はX・Y両者の前でなされており、いずれも当該事実について積極的に争っていない。即ち、XとY両者にとって、代理行為の存在は争いの対象外である。

このとき、当事者X・Yいずれの権利も害しないのであれば、当該事実を裁判所が認定したとしても、弁論主義の趣旨に実質的に反するところはなく、適法ではないか、とも思われる。

(4) しかし、特定の主要事実が特定の訴訟において当事者が争っているか否かは不明瞭な場合が多く、裁判所の独断によって弁論主義の適否を判断することは、一般人の公平を害し、信頼を損ねかねない。よって、たとえ当事者が争っていないように見える主要事実の認定であるとしても、常に弁論主義の適用があると解するべきである。

よって、本件において、Aの代理行為の存在という主要事実についても、弁論主義の適用はある。

4. 以上より、裁判所が、YないしXの明示的主張がないにもかかわらず、Aの代理行為の存在を認定することは、弁論主義に反する。少なくとも、釈明権を行使すべきである。

第二、設問2

1. 小問(1)について

(1) ア. 本件訴訟の本来の訴訟物は、贈与契約に基づく目的物引渡請求権としての本件絵画引渡請求権(民法 549 条) 1 個である。

このとき、贈与契約が認められないとして当該請求権の存在を否定することはともかく、売買契約に基づく請求を認容することは、別の訴訟物の存在を認定することになり、許されない。

イ. しかしながら、X は「仮にこの取引が売買で…あるとしても、その額は 200 万円にすぎない」と主張している。これは、実質的に、売買契約に基づく目的物引渡請求権としての本件絵画引渡請求権(民法 555 条) 1 個を、予備的に請求していると認められる。即ち、贈与契約に基づく主位的請求認容を解除条件として、売買契約に基づく請求の審判を求めている。

よって裁判所は、売買契約に基づく訴訟物についても審理・判断することができる。

(2) ア. 裁判所の予定している判決は、X の予備的請求の認容に当たる。よって、予備的請求に係る請求原因事実について検討する。

イ. X の予備的請求に係る要件事実は、売買契約の締結である。契約の特定には、当事者、契約締結日、目的物、代金の 4 つの要素についての特定が必要である。本件においては、(i) Y は、X に対し、平成 27 年 9 月 1 日、本件絵画を、時価相当額で売った、という事実が請求原因事実となる。加えて、「時価相当額」を具体化する必要があるため、(i i) 時価相当額は 200 万円である、との事実も主張・立証しなければならない。

本件訴訟において、(i) については、Y が平成 27 年 9 月 1 日に X との間で本件絵画を時価相当額で売買する契約を締結した旨主張しており、X が「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」と主張している事実から、(i) についての主張は提出されていると認められる。また、(i i) についても、「その(時価相当)額は 200 万円」との主張が提出されている。

(3) Y は、「本件絵画を時価相当額で売却し、その額は 300 万円である」と主張している。これは、請求原因事実(i)について争わず、(i i)について否認しているものと認められる。

(i) については XY の主張が一致しており、自白が成立する。(i i) について、X の証明がされれば、当該事実が認定される。

(4) 以上より、X が請求原因事実(i)(i i)を主張・立証することによって、裁判所の予定している判決は下される。

2. 小問(2)について

(1) 要件事実「売買契約の締結」について、契約を特定するための要素である代金額は、主要事実にあたる。本件訴訟において、代金額は、「時価相当額」と特定されている。

「時価相当額」の具体的な額の評価は、自由心証主義(247 条)の適用対象である。よって、弁論主義の適用はなく、裁判所は当事者の主張に拘束されることはない。

しかしながら、本件においては、処分権主義違反とならないか、が問題となる。

(2) 処分権主義とは、訴訟の開始・終了、審判対象の決定を当事者の権能に委ねるとする原則である。これもまた、実体法（民法）上、権利の処分等を当事者に委ねる私的自治の原則の、訴訟法上の現れである。

裁判所は、原告が設定した訴訟物の範囲を超えて、原告に有利な判決を下すことはできない（246 条）。被告は訴訟物の範囲で防御活動を展開するのであり、当該範囲を超えて原告に有利な判決を下すことは、被告にとって不意打ちとなり、そもそも訴訟物として紛争の対象に設定しなかった原告を過度に利する結果ともなるので、公平の観念に反するためである。他方、訴訟物の範囲内での一部認容判決は、適法である。原告と被告の両当事者が争った結果であり、被告にとってふいうちとならないうえ、一部敗訴する原告にとっても、請求の全部棄却ではなく認められる範囲で訴訟物の存在が認定されることが、原告としての通常の意味に適うためである。

(3) 時価相当額を 220 万円と認定することについて

X は、時価相当額が 200 万円に過ぎないと主張しており、220 万円と認定することは、X の申し立てより不利にも見える。

しかしながら、X の主張は実質的に、X の負担する代金債務は 200 万円を超えて存在しないこと、即ち 200 万円を超える代金債務の不存在の確認を求めていると解される。

このとき、代金額を 220 万円と認定することは、X の主張している 200 万円を超える 20 万円について請求を棄却し、220 万円を超える部分について代金債務の不存在を認容することになる。即ち、当該判決は、X の請求との関係で、一部認容判決となる。

よって、裁判所は、本件絵画の代金を 220 万円と認定することができる。

(4) 時価相当額を 180 万円と認定することについて

この場合、裁判所は、X の代金債務が 180 万円を超えて存在しない、と認定することになる。これは、X の覚悟していた代金額 200 万円を下回る代金債務しか負担しないと認めることであり、X の設定した訴訟物の範囲を超えて、X に有利な判決となる。よって、当該額を本件絵画の代金額として認定することは、処分権主義に反する。

よって裁判所は、X の設定した訴訟物の範囲、即ち、代金 200 万円と本件絵画の引換給付判決を下すことになる。

第三、設問 3

1. (1) 114 条 1 項は、確定判決の主文が包含するものについて、既判力が生ずると規定する。これは、基準時における訴訟物の存否について、既判力、即ち訴訟当事者間の通有性が生じるということである。当事者は、確定判決において認定された事実と反する事実を主張しえず（消極的作用）、また、裁判所は、確定判決によって認定された事実と拘束される（積極的作用）。

(2) 既判力は、紛争の一回的解決を図る、即ち蒸し返し防止のための規定である。当事者が、基準時（口頭弁論終結時）まで、主張と証拠を提出し、攻撃と防御を尽くしたことを前提として、基準時における権利義務関係を確定させ、以後これを争うことを禁ずるの

である。

2. (1) まず、XY 間で成立した契約が売買ではなく贈与であった、との X 側の主張について検討する。

前訴において、主位的請求に係る訴訟物である、贈与契約に基づく目的物引渡請求権としての本件絵画引渡請求権（1 個）の存在が否定され、予備的請求に係る訴訟物である、売買契約に基づく目的物引渡請求権としての本件絵画引渡請求権 1 個の存在が認容された。

(2) 後訴における Y の主張は、前訴主位的請求に係る訴訟物が存在し、予備的請求に係る訴訟物が存在しない、というものである。しかしながら、X の主張は、XY 間で締結された契約が売買ではなく贈与であったという者であり、この時、前訴基準時における訴訟物についても、売買に基づくものではなく、贈与に基づくものの存在が認定されなければならない。しかしこれは、既判力の消極的作用に抵触する。

(3) よって、X の当該主張は認められない。

3. (1) 次に、代金額が 150 万円であるとの主張について検討する。

前訴確定判決主文における「X から 200 万円の支払いを受けるのと引き換えに」という部分は、訴訟物の存否にはかかわらない。当該引換給付の旨の部分は、執行方法についての記載である。

よって、当該部分に、既判力は及ばない。

(2) 執行方法について争う場合、請求異議の訴え（民事思考法 35 条 1 項）によるべきであって、訴訟において争う事項ではない。

よって、Y が当該主張を提出することは、そもそも不当である。

(3) X 側としては、争点効の理論ないし信義則による拘束力に基づき、Y の主張を排斥することが考えられる。

もともと、争点効は判例が否定しており、明文に規定のない当該理論を持ち出すことはできない。

信義則違反の主張については、前訴における過程に照らし、X の信頼を保護すべきであって、Y が額を改めて争うことは不当と認められる。

以上