平成29年司法試験民事訴訟法.

（第問）

第1. 設問1について.

本件において、Yの代理人AとXとの間で売買契約が締結されたとの事実を~~基礎とした~~本件訴訟の判決の基礎とすることができるか。弁論主義に抵触しないかが問題となる。

1) 明文はないが、裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎とすることができないとされる（弁論主義第一テーゼ）。

そして、判例はこの点、本件のごとく、契約が代理人により締結されたという事実なのか、本人が契約を直接締結したのかという事実は、契約締結の有無という事実との関係では意味をなさないという理由で、当事者による主張がなくとも、判決の基礎として認定しても、弁論主義に抵触しないとしている。

2) しかし、間接事実や補助事実は証拠に準じた機能を果たし、証拠力の評価は裁判所にゆだねられている（自由心証主義、民事訴訟法（以下、法名略。）247条）ため、弁論主義は主要事実にのみその適用が及ぶと解されるところ、代理人による契約締結という事実は主要事実である。

また、弁論主義は、当事者の不意打ち防止という機能を果たす。

3) そこで、代理人による契約締結の事実も、当事者の不意打ちとならないといえるような特段の事情の存しない限り、弁論主義の適用があり、当事者の主張を待たずに判決の基礎とすることはできないと解する。

2. 本件についてみるに、代理人Aが売買契約を締結し

（第問）

たという事実は、両当事者ともXもYも共に主張していない。また、本件訴訟の期日において実質的な争点は、本件絵画の取引が売買又は贈与のいずれか、売買であるとしてその代金額は幾らかに絞られ、両当事者とも、AがYの代理人であったかについては問題として争っていないため、この事実について争う機会があったとも言えないから、当事者の不意打ちとならないといえるような特段の事情もない。

3. したがって、AがYの代理人として契約を締結したという事実を本件訴訟の判決の基礎とすることは、弁論主義に抵触するため許されない。

第2. 設問2(1)について

1. まず、本件の訴訟物は、贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権及び、売買契約に基づく目的物引渡請求権である。

2. そして、Yの「本件絵画をXに時価相当額で売却した」という部分の主張は、先行自白にあたると考えられる。

なぜなら、まず自白とは、相手方の主張する自己に不利益な事実を認めて争わない旨の弁論又は弁論としての陳述のことをいい基準の明白性の観点から、ここにいう「不利益な事実」とは、相手方が証明責任を負っている事実をいうと解される。そして、Y・X間における本件絵画についての売買契約締結の事実は、売買契約に基づく目的物引渡請求権の存在を基礎づけるための請求原因事実にあたる。よって、Yの相手方たるXが証明責任を負う事実であり、これをYが先んじて認める主張をしているからである。

(2) また、Yの「その額は300万円である」との主張は、本件絵画の

（第問）

売買契約を締結するにあたり、代金支払の合意として、Xは代金額200万円と主張しているのに対し、当該合意を否認する主張である。

3. もっとも、Xは、代金支払という負担付きでない本件絵画の引渡しをすめている。しかし、本件の判決は引換給付判決がなされている。このような判決は、246条に反しないか、一部認容判決の可否が問題となる。

そもそも、246条の趣旨は、私的自治の妥当する権利法律関係については、その紛争解決も当事者たちの意思に委ねるのが望ましく、判決も当事者の意思を反映させるべきであるという点にある。

そこで、当事者の合理的意思に反しなければ、一部認容判決も許されると解する。

本件についてみるに、Xは本件絵画の引渡しを求めており、代金の支払いを受けたとしても、その引渡しがなされることを望むことがXの合理的意思であると考えられる。

よって、本件のように引換給付判決という一部認容判決をすることは、246条に反しない。

4. 以上より、当事者から、売買契約に基づき本件絵画を引渡すよう申立てがあれば、本件判決をすることができる。

第3. 設問2(2)について。

1. 220万円と評価される場合。

本件において、「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。」との判決ができるか。246条との抵触の有無が問題となる。

（第問）

本件においては、Xは200万円で買った旨主張しており、220万円と認定して判決することは、Xの申立て以上のことにとって、より有利な判決ではない。

よって、Xの申立て以上のことを判決したとはいえず、同条に反しない。

したがって、上記のような判決をすべきである。

2. 180万円と評価される場合

本件において、「Yは、Xから180万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。」との判決ができるか。246条との抵触の有無が問題となる。

本件においては、180万円と認定して判決することは、Xの申立て以上のことを判決したということになる。

よって、上記のような判決は246条に抵触し、許されず、Xの申立ての範囲で、「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ある。

第3、設問3について

後訴において、X・Y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審理・判断することが許されるか。本件前訴確定判決の既判力（114条1項）に抵触し、許されないのではないかが問題となる。

1. まず、既判力とは、前訴確定判決の後訴に対する通用力をいう。そして、審理に弾力性を持たせるため、既判力は、「主文に包含するもの」（同項）、すなわち、訴訟物に対して及ぶ。

そこで、既判力の生じる前訴と同一の訴訟物の存否を判

（第問）

ために、前訴既判力の基準時前に存した事由を主張することは、既判力の効力により排斥される（遮断効）。

ここにいう既判力の基準時とは、事実審の口頭弁論終結時と解される。なぜなら、既判力が生じる根拠には、手続保障が与えられた故の自己責任に求められるところ、当事者は、上記の基準時までは攻撃防御を尽くすことができるからである。

2. 以下、Xが後訴において、本件倉庫の売買契約の成否及びその代金額について争う旨の主張が前訴既判力に抵触しないか検討する。

(1) まず、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る。そして、Xはこの訴訟物の不存在を基礎付けるために、後訴において、売買契約が成立していない旨主張している。

この主張は、前訴訴訟物の存否を争うために、基準時前の売買契約不成立という事由を述べるものであるから、遮断効により排斥される。

よって、後訴でこの点を審理・判断することは前訴既判力に反し、許されない。

(2) 次に、代金額についての主張であるが、代金額についても確かに主文で述べられている。しかし、引換給付文言は、執行方法の指定と解されるから、代金引換給付文言中でのみ述べられているにすぎない。代金額については、主文に包含されておらず、この点に既判力が及ぶことはない。

尤、もっとも、前訴で当事者間で争われ主、審理の尽くされた

（第問）

理由中判断にも何らかの確定的効力が一切与えられないとすると、紛争の実効的解決が図られず妥当でない。そこで、既判力類似の効力を理由中判断にも及ぼす法律構成が問題となる。

この点、前訴で審理のつくされた事由については、争点効という既判力類似の効力を理由中判断にも及ぼすべきとの見解がある。

しかし、そのような明文のない効力を認めてしまうと、基準があいまいとなり、審理の硬直化を招き、不都合である。

そこで、信義則（2条）により処理すべきであり、前訴において当事者が攻防を尽くし、充分に審理がつくされたといえる場合には、基準時後の新事由等の事情のない限り、後訴において前訴と矛盾する主張をすることは許されないと解する。

本件についてみるに、前訴において、両当事者は本件絵画の売買代金額について主張を尽くしており、中心的な争点としてその代金額が争われていたのであるから、審理もつくされていたといえる。

よって、Xはその代金額を後訴において争うことは信義則上許されないというべきである。

イ．したがって、本件絵画の代金額についても、後訴において審理・判断することはできない。

以上