

# 第 1 4 章 平成 2 9 年民訴法

## 第 1 設問 1 (配点 : 1 5 / 1 0 0)

### 1 設問 1 の事案の概要

#### 【事例分析図】



#### 【当事者・関係者等】

- X 本件絵画の譲受人。
- Y 本件絵画の譲渡人。現在占有。

### 【時系列等】

【本件訴訟】 X → Y 本件絵画の引渡請求

X 訴状 「平成27年9月1日 Y → X 贈与契約」

Y 答弁書「贈与ではなく時価による売買。時価は300万円」

X 主張「売買でなく贈与。仮に売買としても時価は200万円」

※ 設問2でこの法的な意味合いを問うている。

裁判所 「心証はY代理人AとXの売買」

→ XYともAがYの代理人であったか否かは問題とせず。

### 【設問】

〔設問1〕 J1の課題に答えよ。

P「Y代理人AとXの間で、本件絵画の代金200万円の売買契約が成立したとの心証です。引換給付判決をすべきではないでしょうか。」

J1「同じ心証ですが、まず、AX売買の事実を判決の基礎とできるか考えてみてください。」

## 2 何を書くか

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が、XY売買しか主張していない場合である。主張がない場合に、心証と通りの事実を本件訴訟の判決の基礎とすることは、弁論主義第一テーマに反するのではないかを問うていることは、すぐにみえる（みえなければ問題外である）。弁論主義や主張責任について正確な論述をすること、代理の要件事実を明らかにするという方針はすぐに立てられる。

24年の問題は、以上のような原則論の処理だけで済んだ事例であった。ところが、29年では、問題文中に「本件において、Aの証人尋問がされ、AがYの代理人として契約を締結した旨を述べたにもかかわらず、当事者はこれを問題にしなかった」という記載がある。この記載から、「弁論主義の存在意義や不意打ち防止機能を踏まえつつ、代理人による契約締結の事実を認定することの可否」（出題趣旨）という問題点が出る。主張責任に関する典型論点の1つであるから、問題文から気づいてほしいところであるが、触れていなくとも良好の答案にはなる（採点実感）。24年の解説で発

展的な内容として記載した部分を押さえていけば、対処することができた。本書は、将来に活かすという観点から執筆しているのので、その年の問題を解答するうえで直接に関係ない部分でも、参考にして頂きたい。

### 3 弁論主義、主張責任の基本

弁論主義とは、判決の基礎となる事実と証拠の収集、提出を当事者の権能、責任とする建前であり、その内容として、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はできないという第1テーゼ(主張責任)がある。そして、主張責任は、要件事実について適用される。

※ 長々と書かないのが適切である。不意打ち防止機能を踏まえた論述に時間を取りたいので、解答例では、「間接事実適用されると解すると、自由心証の観点から適切な事実認定ができなくなるからである」という記載を省略した。

### 4 代理の要件事実

大部分の答案は代理の三要件を書くだけであるが(採点実感によると、的確に触れていなくとも、一応の水準であるという。そのレベルでは、不良答案とみていただけに驚いた)、24年の出題趣旨を踏まえた解答例を押さえていけば、以下のような答案が作成でき、点差をつけることができる。

要件事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実である。代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法99条によれば、Aが締結した売買契約上の権利義務が本人Yに帰属するために直接必要な事実であるから、要件事実にあたる。よって、AとXの売買契約、授権及び顕名(問題文では、Y代理人AとXの間の売買契約と表現しているが、要件事実を示した)の主張がない限り、弁論主義違反になるとも考えられる(百選5版102頁、30講4版289頁に似た記載がある)。

### 5 不意打ち防止機能からの検討

30講4版68~71頁は、判例(最判昭和33・7・8 百選第5版102頁)につき、黙示的な主張をしていたという解説をする。不意打ちがないといえる場合に、弁論主義の不意打ち防止の機能だけで説明するか、

黙示的な主張があるというかは、言い方の問題であるが、解答例は、30講の説明によった。

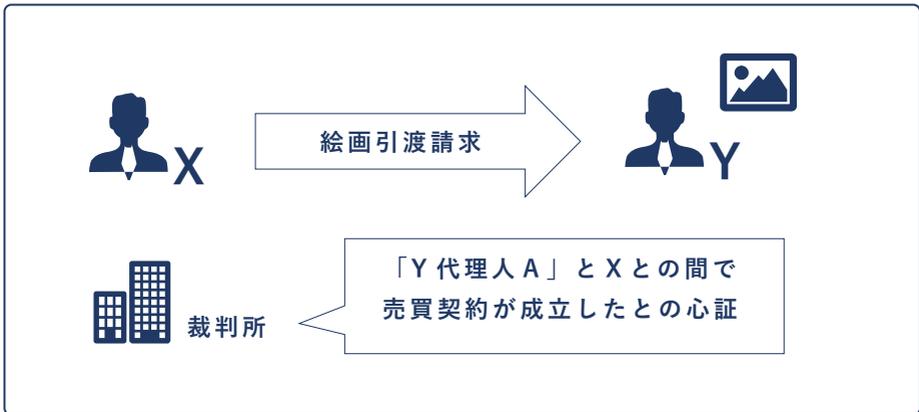
証拠調べでは、売買か贈与か、売買だとして代金額に焦点が絞られ、AがYの代理人として契約を締結した旨を述べたにもかかわらず、当事者はこれを問題にしなかったという問題文の情報から、代理構成によることにつき争いがなかったと評価できることに気づくか否かである。事案に即して具体的に検討する内容は、解答例を参照し欲しい。

※ 設問1で主張責任を柔軟にみれば、設問2(2)で主張責任に反しないと書きやすいが、設問1で主張責任を厳格にみて結論を出すと、設問2(2)が書きにくくなるという関係がある。しかし、大部分の答案のように、設問2(2)で処分権主義だけを書くなれば、設問1との整合性は、関係なくなる。

## 第2 設問2 (配点：55 / 100)

### 1 設問2の概要

#### 【事例分析図】



#### 【当事者・関係者等】

- X 本件絵画の譲受人。
- Y 本件絵画の譲渡人。現在占有。

### 【時系列等】

【本件訴訟】 X → Y 本件絵画の引渡請求

X 訴状 「平成27年9月1日 Y → X 贈与契約」

Y 答弁書「贈与ではなく時価による売買。時価は300万円」

X 「売買でなく贈与。仮に売買としても時価は200万円」

※ 設問2でこの法的な意味合いを問うている。

裁判所 「心証はY代理人AとXの売買」

→ XYともAがYの代理人であったか否かは問題とせず。

### 【設問】

〔設問2〕

〔課題①〕 訴訟物を示した上で、引換給付判決（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。）に必要な当事者の申立てや主張を検討せよ（Y主張の位置付けの整理も行うこと）。

〔課題②〕 課題①の主張等がされたとして、仮に、本件絵画の時価相当額が220万円／180万円と評価される場合には、各々どのような判決をすることになるか。

## 2 課題①

(1) 何を書くか

「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。」との判決から、請求原因で売買が主張されていること、抗弁として同時履行の抗弁権が主張されていることに気づくことが出発点である。弁論主義の基本であり、見落としは許されない部分である。そして、本問では、贈与契約しか主張されていないことが問題文から明らかなので、「どのような申立てや主張がされれば」という問いの意味することが分かるはずである（序章の全体像を参照）。

旧訴訟物理論によると、本件の訴訟物は、贈与契約に基づく絵画引渡請求権である。売買契約に基づく絵画引渡請求権とは、訴訟物が異なるので、訴えの追加的変更が必要となる（処分権主義のレベルの問題）。訴えの変更について指摘した答えは多くはなかったというが（採点実感）、

- 訴訟物が異なるのだから気づかなければならない。また、同一当事者間で請求が後発的に追加される場合は、訴えの追加的変更になることは基本であるが、初見で指摘できなかつた人は基本を確認しておいて欲しい。
- ※「当該事案において訴えの変更」に書面が必要かどうかや、判例（最判昭和35年5月24日民集14巻7号1183頁）における訴えの変更の書面性の要否などに触れる答案は、極めて少なかつた」というが（採点実感）、問題文から書くべきだということが読み取れないし、書くと答案の流れが悪くなるので、解答例では、条文の指摘だけに止めた。
- ※ 同時履行の抗弁権は権利抗弁と解されており、権利主張を同時履行の抗弁権として主張しなければ、本件引換給付判決を言い渡すことができない（弁論主義のレベルの問題）。

同時履行の抗弁権を指摘した答案でも、抗弁権の権利主張が必要である旨の指摘までできたものは必ずしも多くなく、権利主張の要否について論じない答案や、同時履行の抗弁権に関する存在効果説と行使効果説の問題の所在を正確に理解していないために、当該事案においてYの権利主張は不要であるとする答案も見られた（採点実感）。要件事実の基本が分かっていないと評価される。

## (2) Yの主張の位置付けの整理

本問において、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。

主位的な請求原因又は主張（贈与）との関係では、贈与を否認し、その理由として売買契約を主張しているのだから、理由付否認である。

予備的な請求原因又は主張（売買）との関係で、売買代金は、売買契約の本質的要素であり、300万円であるという指摘は、200万円という代金額を否認していると素直に捉えればよいのであるが、採点実感によると否認と指摘した答案は多くはないという。

## 3 課題②

### (1) 何を書くか

220万円はXが主張する時価相当額（200万円）とYが主張する時価相当額（300万円）との間にあるのに対し、180万円はその間

にはない（Xの主張額より更にXに有利である。）という違いに着目しつつ、申立拘束原則と弁論主義の双方の観点からの検討の結果が求められている（出題趣旨）。

(2) どのようにすれば問題点が分かるか

序章の全体像から分析する方法論をツールとして使い、処分権主義、弁論主義、自由心証の各々のレベルから分析していけば見落としはなくなる。解答例をかかるとの観点からみてほしいし、この方法論を将来に活かしてしてほしい。論点主義の弊害からの脱却するための汎用性のある方法論として、お勧めする。

高橋重点講義下第2版補訂版245頁が「主張した金額との引き換え給付判決が可能かというレベルで処分権主義を検討するので、主張があったか否かという弁論主義の問題を先に検討すべきである」と指摘しているとおりであり、解答例では、この記載を使っている。重点講義を読んでいなくとも、全体像からの分析方法を使えば気づくことができる。また、設問2の配点が55点あることから、処分権主義だけを書かせる問いではないことに気づいてほしい。

※ 本問では、設問1と同様の弁論主義の観点からも検討が必要となるが、この点を正面から論じた答案はほとんどなかった（採点実感）。百選5版160頁の解説が主に処分権主義との関係を書いていること、旧司法試験平成15年第2問が同様の問題を扱っているが、出題趣旨は処分権主義だけを触れていたこと等が原因だと思われる。論点が何かという発想だけだと、処分権主義だけを書くことになりやすい状況があった。

(3) 弁論主義（主張責任）

弁論主義に関しては、220万円や180万円という金額自体は両当事者とも主張していないが、本件では本件絵画の時価相当額を代金額とすることにつき主張が一致しており、時価相当額の評価が分かれているにすぎないことや、220万円や180万円という金額は、Xの主張額（200万円）とかけ離れた額ともいい難いこと等（出題趣旨）から、Xの主張と同一性を損なわない範囲の金額をも売買代金として黙示的に主張していると解釈することができるし、そのようにみても、被告に不意打ちはない。

※ 下記参考文献の記載を利用して、設問1の方針（柔軟に黙示的な主張があるかをみる）を踏まえて、本件に即して検討したのが解答例である。

## 【参考文献】

### ○新問題研究10頁

代金を何処まで具体的に主張する必要があるかは、履行請求の内容や相手方の争い方との関係で相対的に決せられる。

### ○類型別3頁

代金を何処まで具体化して主張しなければならないか。売買契約の締結自体は実質的争点となっていないような場合は、時価といった程度の主張でも足りる。主張した代金額と証拠により認定できる代金額との相違がある場合—契約と同一性を損なわない範囲内で異なる代金額も黙示的に主張しているものと考えられる。

### (4) 自由心証

出題趣旨は触れていないが、全体像からみるという方法論によれば、触れるのが良いとみて、解答例では簡潔に書いている。

### (5) 処分権主義

本件絵画の時価相当額の評価に応じて、「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。」「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が処分権主義との関係でできるか、判決の内容が申立てに示された当事者の合理的意思に合致するか、被告にとって不測の不利益がないかが問題となる。

申立てに示された当事者の合理的意思は、原告の定立した訴訟物（本件では、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権）との関係で判断すべきである。180万円は原告の主張（200万円）より原告に有利であり、原告の合理的意思に合致する。220万円は、原告の主張（200万円）より原告に不利であるが、引渡しを求めているのだから、請求棄却判決より、220万円との引換給付判決の方が、原告の合理的意思に合致する。

弁論主義の箇所ですべてのように、220万円、180万円について認定しても、黙示的に主張していると解釈できるので、処分権主義との関係でも、Yにとって不測の不利益がない。よって、処分権主義にも反しない。

※ 問題提起部分は、処分権主義の問題の型を使ったものであるが、あてはめを的確に書くのは難しい。解答例では、弁論主義の関係で、設問1で柔軟な発想を取り入れ黙示の主張と構成したこと、その関係で180万円の黙示の主張もあるとしたこと（Yにとって不意打ちがないという前提）との関係で、処分権主義違反はないと論じた。設問間のつながりを意識して論じると、推論する力があると評価されることにつながることを知っておくと良い。

#### 【コラム】再現答案例（現場で良好以上の評価を得ていると思われるもの）

220万円と評価される場合は、Xの主張より高額であるが、請求棄却を求めるとは思われないので、当事者の合理的意思に反しない。200万円は敗訴時の最大限の不利益の範囲内であるからYに不測の不利益を与えるものでもない。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。」と判決することになる。

180万円と評価される場合は、Xの明示した反対給付の額を減額することになり、Xの申立事項を上回る判決となる。少なくとも200万円の反対給付を得られるというYの期待に反し、不測の不利益を与えるものであるから、処分権主義に反する。よって、「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。」と判決することになる。

#### (6) 採点実感の記載

採点実感では、課題②について、「当該事案への具体的な当てはめにおいて一方の視点からしか言及しない答案や、原告の意思が具体的にどのようなものかなどといった具体的な当てはめを記述しない答案が多く見られた。また、本問では、「当事者の意思の尊重」や「当事者に対する不意打ち防止」というキーワードが安易に用いられ、そこにいう「当事

者」が原告ないし被告のいずれを意味するのか，十分に理解できていないとうかがわれる答案や，不意打ちが考慮されるべき当事者が逆になっている答案が多く見られた。」と述べている。

抽象的なキーワードを安易に用いるべからずというアドバイスを重く受け止めて，自分のものにしてほしい。

### 第3 設問3 (配点：30 / 100)

#### 1 設問3の事案の概要

##### 【事例分析図】



##### 【当事者・関係者等】

- X 本件絵画の譲受人。
- Y 本件絵画の譲渡人。現在占有。

## 【時系列等】

【前訴】 X → Y 本件絵画の引渡請求訴訟

判決「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。」→確定

↓

Y「本件絵画を持参するので代金200万円を支払ってほしい」

X「代金を支払ってまで欲しくない。」

↓

【後訴】 Y → X 本件絵画の売買代金200万円の支払請求訴訟

X答弁書「売買でなく贈与。仮に売買としても代金は150万円」

Y代理人「答弁書の主張は前訴判決の既判力に抵触し許されない」

X代理人「Xの代金支払義務に関する判断には既判力は生じない」

## 【設問】

- ・既判力の範囲に関する民事訴訟法の規定を出発点としつつ
- ・前訴判決主文に引換給付が掲げられていることの趣旨に触れ
- ・後訴で、XY売買契約の成否及び代金額に関して、改めて審理・判断をすることができるか検討せよ。

## 2 問題点の把握の仕方

既判力の範囲に関する民事訴訟法の規定を出発点としつつ、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に関して改めて審理・判断をすることができるかどうか（問題点①）。

引き換え給付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（問題点②）

①と②をこのように分けると問題点の把握がしやすい。1文で捉えると、分かりにくい。

## 3 問題点①（XY売買の審理をできるか）について

本件では、訴えの追加的変更があり、主位的な贈与契約に基づく絵画引渡し訴訟に予備的な売買契約に基づく絵画引渡し訴訟が併合されている。

よって、売買契約を基礎とする引換給付判決をしているということは、前提として、主位的な贈与契約に基づく絵画引渡し訴訟につき請求を棄却する判決があることを意味する。

前訴確定判決の既判力は、「主文に包含するもの」(114条1項)、すなわち訴訟物の存否の判断、本問では、まず、XのYに対する贈与契約に基づく目的物引渡請求権(訴訟物)が存在しないとの判断に生じる。よって、後訴で、贈与契約を主張して、売買契約の成否に関して改めて審判をすることはできない。

※ 主位的請求を棄却した判決の既判力について論じた答えは稀であった(採点実感)。出題趣旨に記載していなかったほどであり、気づきにくい部分であるが、気づかないと的確な処理ができない。問題文の中にヒントがほしいところである。

#### 4 問題点②(引換給付の代金額を審理できるか)について

##### (1) 前訴と後訴の訴訟物について

売買契約に基づく絵画引渡し請求権(前訴)と売買契約に基づく代金請求権(後訴)の訴訟物は別個であるから、既判力が抵触しないということが出発点である。同じ訴訟物であるとみると、前提が異なり、筋に乗れないという意味で怖い問題である。訴訟物は、主体と相手方と権利の内容=給付内容、発生原因により特定されるという記載(新問題研究4頁)からすれば、給付内容が別であれば、訴訟物は別ということになる。「Xの訴訟代理人は、前訴判決において、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」という問題文の記載に素直に従えば、訴訟物が異なるという筋を想定することはできるが、現場で気づくことは難しいように思う。

※ 採点実感の指摘する「筋に乗れない例」

採点実感は、「①前訴の訴訟物が売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権であるとしながら、説得的な理由を述べることなく、判決理由中の判断である売買契約の成立や代金額が200万円であることに既判力が生ずるとする答案、②前訴における売買契約に基づく引渡請求権と後訴における売買契約に基づく代金支払請求権とは、表裏をなす実質的に

同一の訴訟物であるとする答案，③そもそも前訴及び後訴の訴訟物の異同を論じていない答案などが多く見られた。」と述べている。

(2) 引換給付部分について

前訴判決主文中の「Yは，Xから200万円の支払を受けるのと引換えに」という部分（以下，「引換部分」という）は，強制執行の条件を表示するものであり（民事執行法31条1項），訴訟物そのものではないので，引換部分に既判力は生じない。

この点を指摘できた答案は少なかった（採点実感）。

(3) 信義則違反

しかしながら，先行行為に矛盾する挙動は，信義則上禁止されると解する。

これを本件についてみるに，前訴においてXは予備的に売買契約の成立を主張していること，前訴で認定された200万円という代金額は，予備的ではあるもののX自身の主張額であること，売買契約の存否及びその代金額は引換給付判決をするために不可欠の判断対象であることから，後訴で，売買代金が150万円であると主張することは，先行行為に矛盾する挙動であり，信義則上禁止され，認められないというべきである。

よって，後訴において，XY間の本件絵画の売買契約の代金額に関して改めて審判をすることができない。

※ 解答例は，出題趣旨，採点実感の，信義則の検討を求めているとの指摘を尊重し，現場で書ける分量のものを記載している。(1)(2)で筋に乗れないと，「大半が，前訴で争点になっていたこと，X自身が前訴で認めた代金額であること，紛争の蒸し返しを防ぐ必要があることを理由に，後訴におけるXの主張は許されないとしていた」（採点実感）という答案になってしまう。

### 【コラム】過去問分析の成果を活かした展開

訴訟物は異なるが，主文に示されているものであるから，21年と同じく既判力に準じる効果が問われているものと理解できる（最判昭和49年4月26日百選第5版180頁，高橋重点講義下第2版補訂

版246頁参照)。あてはめで、信義則からの分析を示せば十分な答案になる。信義則という根拠とあてはめの材料は同じであるが、21年の問題を精緻に検討していれば、その成果を使うという答案も十分にありうる。

### 【コラム】実務家の感覚

信義則の適用にあたっては、「行為に矛盾する挙動」だけで処理しきれない側面がある。例えば、本人訴訟であることの評価、設問2課題②で、200万円以上でしか判断できないという立場を取ると、150万円を判断してもらった機会がなかったことになることの評価等、実際の事件では微妙な部分が出るが、問題文に十分な情報がないことから、解答例では、立ち入らなかった。

[以上 平成29年民訴法解説]