

第 7 4 問

総まくり 181 頁、論証集

141 頁、平成 22 年旧司法

試験第 2 問設問 2 参考

(事案)

X は、Y に対し、ある名画を代金 100 万円で売却して引き渡したが、Y は、約束の期限が過ぎても代金を支払わない。

Y が、X から買い受けた絵画は贋作であり、売買契約を錯誤によって取り消すと主張して、代金の支払を拒否したため、X は、Y を被告として、売買代金 100 万円の支払請求を主位的請求、絵画の返還請求を予備的請求とする訴えを提起した。

(設問 1)

第一審で X の主位的請求の全部を認容する判決がされ、この判決に対して Y が控訴を提起したところ、控訴裁判所は、X Y 間の売買契約は取り消されたから、X の Y に対する売買代金債権は認められないとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。

(設問 2)

第一審で主位的請求を全部棄却し、予備的請求を全部認容する判決がされ、この判決に対して Y のみが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、X Y 間の売買契約は有効で、X の Y に対する 100 万円の売買代金債権が認められるとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。

(参考答案)

設問 1

総まくり 182 頁 [論点 1]、

論証集 141 頁 [論点 1]

1. 上訴不可分の原則により、控訴期間内に適法な控訴があれば、移審効及び確定遮断効（民事訴訟法 116 条 2 項）は事件全体について生じる。

したがって、主位的請求の棄却判決に対する被告 Y の控訴があれば、予備的請求についても、確定遮断効が生じるとともに、控訴審に移審する。

2. もっとも、予備的併合の場合、裁判所は、主位的請求を認容するときには、予備的請求について審判する必要はないから、X の予備的請求については第一審で現実に審判されていない。にもかかわらず、控訴裁判所が X の予備的請求について審判することは、審級の利益を害するものとして、許されないのではないか。

- (1) 主位的請求と予備的請求の基礎となる事実は密接に関連しているから、実質的には、予備的請求についても第一審における審理が保障されているといえる。

そうすると、主位的請求の認容判決に対して被告が控訴した場合に、控訴裁判所が予備的請求について審判することは、予備的請求に関する審級の利益を害することにはならない。

そこで、控訴裁判所は、予備的請求について審判することができる。と解する。

- (2) したがって、控訴裁判所は、主位的請求を認容する第一審判決を取り消した上で（305 条）、主位的請求を全部棄却する判決と予備的請求を全部認容する判決を言い渡すべきである。

設問 2

総まくり 182 頁 [論点 2]、

論証集 142 頁 [論点 2]

1. 上訴不可分の原則により、控訴期間内に適法な控訴があれば、移審効及び確定遮断効（116 条 2 項）は事件全体について生じる。

したがって、予備的請求の認容判決に対する被告 Y の控訴があれば、主位的請求についても、確定遮断効が生じるとともに、控訴審に移審する。

2. もっとも、控訴審の審判対象が不服の限度で認められること（296 条、304 条）から、移審したからといった直ちに主位的請求が上訴審の審判対象となるわけではない。そこで、予備的請求の認容判決に対して被告のみが控訴した場合に、主位的請求も控訴審の審判対象になるのかが問題となる。

- (1) 不利益変更禁止の原則（304 条）は申立拘束原則（246 条）の控訴審における現れであると解されるから、原告の控訴がないにもかかわらず主位的請求を控訴審の審判対象にすることは、原判決を控訴した被告に不利益に変更する余地を生じさせ

ることとなり、不利益変更禁止の原則に反する。

また、原告としては、予備的請求に理由がないときには主位的請求について審判を求めるとの予備的附帯控訴（293条）をすることはできたのであるから、このような一挙手一投足の労を怠った原告のために不利益変更禁止の原則に対する例外を許容する必要はない。

そこで、原告の控訴がなければ、主位的請求は控訴審の審判対象にならないと解する。

(2) そうすると、控訴裁判所は、主位的請求について審判することができないから、主位的請求を認容する判決を言い渡すことはできない。

そこで、「XY間の売買契約は有効」との心証に従い、予備的請求を認容する第一審判決を取り消した上で（305条）、予備的請求を棄却する判決を言い渡すべきである。 以上

第 75 問

(事案)

Xは、Yに対し、Yから譲り受けた浮世絵版画（以下「本件絵画」という。）の引渡しを求めるために、贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを求める訴えを提起した。

Yは、「Xに本件絵画を300万円で売却したのであり、贈与などしていない。」と主張した。

(設問)

Xは、裁判所が本件絵画の取引を贈与ではなく売買であると認定した場合に備えて、売買契約に基づく本件絵画の引渡しも求めたいと考えている。

そのためには、Xにおいてどのような申立てや主張が必要であるかについて、論じなさい。

総まくり 184 頁、論証集
143 頁、平成 29 年司法試験
設問 2(1)参考

(参考答案)

1. 処分権主義のもと、裁判所は原告により設定され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 246 条)。

紛争の一次的解決を理由として、訴訟物について、ある給付を求める地位自体というように広く捉える新訴訟物理論がある。この見解からは、本件訴訟の訴訟物は本件絵画の引渡請求権であり、引渡請求権の発生根拠が贈与なのか売買なのかは請求原因の違いにすぎないから、X は、訴えの追加的変更(143 条)をすることなく、予備的請求原因として本件絵画に関する売買契約の締結を主張すれば足りる。

しかし、当事者の手続保障及び審判対象の明確化の要請からすれば、訴訟物について、実体法上の請求権ごとに分断して捉える旧訴訟物理論によるべきである。この見解からは、贈与契約に基づく目物引渡請求権と売買契約に基づく目的物引渡請求権とは異なる訴訟物となる。

したがって、X は、「口頭弁論の終結に至るまで」に訴えの変更の申立てを行い(143 条 1 項本文)、本件訴訟の訴訟物として売買契約に基づく引渡請求権を追加する必要がある。

2. では、訴えの変更の要件を満たすか。

- (1) 「請求の基礎」の同一性の趣旨は、防御目標が予想外に変更されることによる被告の不利益に配慮したことにある。そこで、「請求の基礎に変更がない」とは、①新旧両請求の利益関係の社会生活上の共通性及び②旧請求の裁判資料の利用可能性が認められる場合を意味すると解する。

贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求と売買契約に基づく本件絵画の引渡請求とは、いずれも本件絵画の引渡しを求めるものだから、利益関係が社会生活上共通している(①)。しかし、後者の追加に伴い、売買契約の成否が主要な争点として追加されるため、旧請求の裁判資料の利用可能性があるとはいえず(②)、「請求の基礎」の同一性を欠く。

- (2) もっとも、被告が防御のために陳述した事実に基づいて訴えの変更をする場合には、被告の防御の利益を害することにはならない上、信義則上も訴えの変更が認められるべきであるから、「請求の基礎」の同一性は不要であると解する。

X による訴えの変更は、Y による贈与ではなく売買であるという防御のための陳述に基づいて行われたものであるから、「請求の基礎」の同一性は不要である。

- (3) 143 条は「請求の変更」と「請求の原因の変更」とが文言上区別した上で、2 項において「請求の変更は、書面で行なわれ

総まくり 46 頁 [論点 1]、
論証集 36 頁 [論点 1]

総まくり 184 頁 [論点 1]、
論証集 143 頁 [論点 1]

総まくり 184 頁 [論点 1]、
論証集 143 頁 [論点 1]

総まくり 185 頁 [論点 3]、
論証集 143 頁 [論点 3]

ばならない。」と定めているから、「請求の原因の変更」のみによる訴えの変更については書面の提出・送達（2項、3項）は不要であると解する。

旧請求と新請求における請求の趣旨は、いずれも「被告は、原告に対し、本件絵画を引き渡せ。」であるから、「請求の原因の変更」にとどまる。したがって、Xによる訴えの変更には、書面の提出・送達は不要である。

(4) 口頭弁論の終結間際に訴えの変更の申立てがなされたなど「著しく訴訟手続を遅延させることとなる」(143条1項但書)のような事情も見当たらない。

(5) したがって、Xによる訴えの変更が認められる。

3. その上で、Xは、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権の請求原因事実として、XY間における本件絵画に関する売買契約締結の事実を主張する必要がある。 以上

第 76 問

(事案)

XはYに対して訴えを提起し、貸金100万円のうち40万円の弁済を受けたので残り60万円の支払いを求める、と主張した。

Yは、Xの上記主張を全部認めた上、前記40万円のほか更に60万円の弁済をしたのでXの請求には応じられない、と答えた。

(設問)

Xは、40万円の弁済を受けたのは間違いであったとして、請求を100万円全額に拡張することができるか。

総まくり 184 頁、論証集

143 頁、昭和 56 年旧司法

試験第 2 問設問 1 参考

(参考答案)

1. Xの当初の請求は、数量的に可分な貸金返還請求権100万円の一部である60万円のみを請求する一部請求である。

仮に当初から訴訟物が貸金返還請求権100万円であるならば、Xは、訴えの追加的変更(民事訴訟法143条)を要することなく、40万円の弁済を受けたという主張を撤回すれば足りる(なお、この主張には裁判上の自白が成立しているから、これを撤回するためには撤回要件を満たす必要がある)。これに対し、当初の訴訟物が貸金返還請求権100万円のうち明示された60万円のみであるならば、Xは訴えの追加的変更をする必要がある。

(1) 実体法上は債権の分割行使が債権者の自由とされていることからすれば、実体法上の権利の実現過程である民事訴訟においても一部請求を認めるべきである。もっとも、明示がない場合における残債務がないという被告の合理的期待を保護する必要もあるから、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する。

総まくり 141頁 [論点5]

(論証1)、論証集 108頁 [論点5] (論証1)

(2) そうすると、Xの当初の請求の訴訟物は貸金返還請求権100万円のうちの60万円のみであるから、残部40万円も含めた100万円に請求を拡張することは、訴訟物の追加を伴うものであるから、訴えの追加的変更(143条)によることを要する。

2. では、訴えの変更の要件を満たすか。

(1) 「請求の基礎」の同一性(143条1項本文)の趣旨は、防御目標が予想外に変更されることによる被告の不利益に配慮したことにある。そこで、「請求の基礎に変更がない」とは、①新旧両請求の利益関係の社会生活上の共通性及び②旧請求の裁判資料の利用可能性が認められる場合を意味すると解する。

総まくり 184頁 [論点1]、

論証集 143頁 [論点1]

旧請求と新請求は、いずれも同一の金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であるから、利益関係が社会生活上共通している(①)。また、新請求の追加により40万円の弁済の有無という争点が追加されるものの、旧請求と新請求とで発生原因である契約が共通していることからしても、旧請求の裁判資料の利用可能性はあるといえる(②)。したがって、「請求の基礎に変更がない」といえる。

(2) 新請求の追加により、請求の趣旨が「被告は、原告に対し、60万円を支払え。」から「被告は、原告に対し、100万円を支払え」に変更されるため、「請求の変更」に当たる、したがって、書面の提出・送達(143条2項、3項)が必要である。

(3) Xが「口頭弁論の終結に至るまで」(143条1項本文)に訴えの変更の申立てを行い、かつ、「著しく訴訟手続を遅延させる

こととなる」(143条1項但書)にも当たらないならば、訴えの追加的変更による新請求の追加が認められる。

3. もっとも、40万円の弁済を受けた旨のXの陳述には裁判上の自白が成立しているため、請求を100万円に拡張することはできないのではないかと。

(1) 裁判上の自白(民事訴訟法179条参照)とは、当事者が、訴訟の口頭弁論又は弁論準備手続においてする、相手方の主張と一致する、自己に不利益な事実の陳述をいう。そして、基準の明確性という理由から、ここでいう不利益な事実とは相手方が証明責任を負う事実を意味すると解する。また、ここでいう事実に主要事実が含まれることに争いはない。

40万円の弁済という相手方Yが証明責任を負う主要事実について、訴訟の口頭弁論においてXが先に主張し、Yもこれと一致する主張をしているのだから、40万円の弁済という事実についてXに先行自白が成立する。^{1) 2)}

(2) Xの自白には撤回禁止効が生じるが、これはXが40万円の弁済についての自白を撤回することができず、その結果、40万円の弁済の事実が証明されなくても、裁判所によって40万円の弁済の事実が判決の基礎にされることで追加された40万円の請求が棄却されることを意味するにとどまる。したがって、上記自白の撤回禁止効には40万円の請求を追加することを否定する効果までは認められない。

したがって、100万円全額への請求の拡張が認められ、先行自白の撤回が認められなければ裁判所は40万円の弁済の事実をそのまま判決の基礎とすることになり、自白の撤回が認められれば40万円の弁済の事実が否定されて請求の全部又は一部

¹⁾ 確かに、旧請求の訴訟物は60万円に限定される。しかも、明示的一部請求の場合、弁済による控除は請求債権の外側部分から行われると解される(外側説)。それが原告の合理的意思に合致するからである。そうすると、残部40万円が訴訟物として追加される前の段階では、40万円の弁済の事実、訴訟物の存在を否定する弁済の抗弁の主要事実には当たらず、一部請求の単なる事情にすぎないものとして、裁判上の自白の対象にならないようにも思える。

しかし、Yは、60万円の弁済の事実と一緒に40万円の弁済の事実を主張しているのだから、40万円の弁済の事実、60万円の弁済の事実が訴訟物である60万円の債権全額との関係でその消滅原因事実になるために必要なものであり、弁済の抗弁における主要事実の1つとして、裁判上の自白の対象になる。

²⁾ “これに対するYの認否は、「全部認めた」とありますので、まず、100万円の消費貸借契約の締結について、裁判上の自白が成立します。では、Xが事情として記載した40万円の弁済について、裁判上の自白が成立します。これをYが援用した(自白の成立)と理解することは、どうでしょうか。本件においては正当な理解ではありません。40万円についてはそもそも訴訟物を構成していないことが甲によって明にされており、他方、Yから60万円の弁済の抗弁が提出されていることを併せ考えると、本件の当初の段階ではこの40万円の弁済の事実、60万円の請求を棄却する機能を持ちません。”(解析第2版385頁)

“甲が自ら40万円の弁済を受けた事実を主張していることについても争いが無いことになりますが、これは、訴訟物の外にあって権利の存否判定に資することがない事情にとどまります。”(解析第3版404頁)

が認容される可能性がある。

以上 |

第 77 問

総まくり 186 頁、論証集

(事案)

Xは、Yを被告として、A地方裁判所に、売買契約に基づいて甲土地の明渡しを求める訴えを提起した。

Yは、Xを被告として、A地方裁判所に、甲土地の売買代金1000万円の支払を求める反訴を提起した。

145 頁

(設問)

Yの反訴の適法性について、論じなさい。

(参考答案)

1. 反訴の要件のうち「本訴の目的である請求…と関連する」(民事訴訟法 146 条 1 項本文)とは、本訴請求と反訴請求とが、その内容又は発生原因において法律上又は事実上の共通性を有することを意味する。

X の本訴請求は甲土地の売買契約に基づく引渡請求権であり、Y の反訴請求は甲土地の売買契約に基づく代金請求権であるから、いずれも甲土地の売買契約の締結を請求原因とする。したがって、両者はその発生原因において法律上又は事実上の共通性を有するとして、上記要件を満たす。

2. 両請求は請求原因事実が同じであるため、審理内容が相当程度重なるから、「著しく訴訟手続を遅延させることとなる」(同条項但書 2 号)とはいえない。

3. Y の反訴提起が第 1 審でなされている場合には、X の同意は不要である (300 条 1 項参照)。

4. 反訴請求が「他の裁判所の専属管轄…に属する」(146 条 1 項但書 1 号)という事情もないから Y が「口頭弁論の終結に至るまで」に反訴提起をすれば、Y の反訴は適法である。 以上

第 78 問

(事案)

原告を X、被告を Y とする土地所有権確認請求訴訟を訴訟 1 とし、原告を Y、被告を X とする同一土地の所有権確認の訴えを訴訟 2 とする。

(設問)

次の 1 及び 2 の各場合における訴訟 2 の提起の適法性について、論じなさい。

1. 訴訟 1 の係属中に別訴として訴訟 2 が提起された
2. 訴訟 1 の係属中に反訴として訴訟 2 が提起された

総まくり 186 頁、論証集
145 頁、昭和 51 年旧司法
試験第 2 問設問 1・2 参考

(参考答案)

設問 1

1. 訴訟 2 の提起は、重複起訴禁止（民事訴訟法 142 条）に抵触するものとして不適法ではないか。

重複起訴禁止の要件は、同一の「事件」について、その「係属」中に、「更に訴えを提起」することである。

2. 重複起訴が禁止される「事件」の同一性は、当事者と審判対象の同一性から判断される。

(1) 重複起訴禁止の主たる趣旨は既判力の矛盾抵触の防止にあるから、当事者の同一性は、115 条 1 項 1 号ないし 4 号により既判力が及ぶ者どうしの間にも認められる。

訴訟 1 と訴訟 2 とでは、X と Y が入れ替わっているだけであり、X と Y は、訴訟で対立した「当事者」（115 条 1 項 1 号）として既判力が及ぶ関係に立つ者どうしである。したがって、当事者の同一性が認められる。

(2) 前述した重複起訴禁止の趣旨からすれば、既判力が訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114 条 1 項）ことから、審判対象の同一性は訴訟物が同一である場合に認められると解される。

訴訟 1 の訴訟物と訴訟 2 の訴訟物はいずれも甲土地の所有権であるから、審判対象の同一性も認められ、ひいては「事件」の同一性も認められる。

3. 訴訟 2 は、同一「事件」である訴訟 1 の「係属」中に別訴として「更に訴えを提起する」ものであるから、重複起訴禁止に抵触するものとして、不適法である。

設問 2

1. 反訴要件（146 条）

(1) 「本訴の目的である請求…と関連する」とは、本訴請求と反訴請求とが、その内容又は発生原因において法律上又は事実上の共通性を有することを意味する。訴訟 1 と訴訟 2 の訴えにおける訴訟物はいずれも甲土地の所有権であるから、その内容において法律上又は事実上の共通性を有するとして、上記要件を満たす。

また、「本訴…の防御方法と関連する」とは、本訴請求に対する抗弁事由と反訴請求の請求原因との間に法律上又は事実上の共通性があることを意味する。訴訟 2 の請求原因では Y の甲土地所有権の取得原因が主張されることになり、Y が主張する所有権取得の相手方が X である場合には、訴訟 1 における所有権喪失の抗弁と訴訟 2 の請求原因との間に法律上又は事

実上の共通性が認められるから、「本訴…の防御方法と関連する」という要件も満たす。

なお、いずれか一方の要件を満たせばよい。

- (2) 訴訟2は、訴訟1の「口頭弁論の終結に至るまで」に「本訴の係属する裁判所」に提起されたものである(146条1項本文)し、両訴訟では訴訟物が同一であるために審理内容がほぼ重なるため「著しく訴訟手続を遅延させることとなる」(同条項但書2号)ともいえない。したがって、反訴要件を満たす。

2. 重複起訴禁止

訴訟2は、同一「事件」である訴訟1の「係属」中に提起されているから、重複起訴禁止に抵触しないか。

- (1) 確かに、反訴の場合であっても、裁判所が裁量で弁論を分離し(152条1項)、本訴請求と反訴請求とが別々に審理判断されることにより矛盾する判決が下される可能性が残るから、いったんは両請求が併合審理されるからといって重複起訴の弊害が生じないというわけではない。

しかし、本訴請求と反訴請求の訴訟物が同一である場合、両請求の関連性の強さから裁判所が弁論を分離する権限が制限されると解すべきであり、そうすると、後に弁論が分離され別々に審理・判断されることで重複起訴禁止の弊害が生じることではないから、反訴は「更に訴えを提起すること」に当たらず重複起訴禁止(142条)に抵触しないと解すべきである。

- (2) 訴訟1と訴訟2とでは訴訟物が同一であるから、裁判所が弁論を分離する権限が制限される結果、訴訟2の提起は「更に訴えを提起すること」に当たらず、重複起訴禁止に抵触しない。

したがって、訴訟2の提起は適法である。 以上

総まくり 64頁・2(1)、論証
集 48頁・2(1)

