

[32]

旧司法試験 民事訴訟法 平成15年度第2問

問題文

甲は、乙に対し、乙所有の絵画を代金額500万円で買い受けたとして、売買契約に基づき、その引渡しを求める訴えを提起した。

次の各場合について答えよ。

- 1 甲の乙に対する訴訟の係属中に、乙は、甲に対し、この絵画の売買代金額は1000万円であるとして、その支払を求める訴えを提起した。
 - (1) 甲は、乙の訴えについて、反訴として提起できるのだから別訴は許されないと主張した。この主張は、正当か。
 - (2) 裁判所は、この二つの訴訟を併合し、その審理の結果、この絵画の売買代金額は700万円であると認定した。裁判所は、甲の請求について「乙は甲に対し、700万円の支払を受けるのと引換えに、絵画を引き渡せ。」との判決をすることができるか。一方、乙の請求について「甲は乙に対し、絵画の引渡しを受けるのと引換えに、700万円を支払え。」との判決をすることができるか。
- 2 甲の乙に対する訴訟において、「乙は甲に対し、500万円の支払を受けるのと引換えに、絵画を引き渡せ。」との判決が確定した。その後、乙が、甲に対し、この絵画の売買代金額は1000万円であると主張して、その支払を求める訴えを提起することはできるか。

第1 小問1について

1 小問(1)について

甲の主張については、部分的には理由がある。「反訴として提起できる」という部分は、146条の要件を満たす以上理由があるし、「別訴は許されない」という部分は142条の要件を満たしていると考える限り、これも理由がある。

もっとも、全体としてみた場合には、「反訴として提起できる」「から」「別訴は許されない」というロジックには疑問がある。「別訴」が「許されない」のは、あくまで142条の要件を満たすからであって、「反訴として提起できる」「から」ではない。

2 小問(2)について

まずは、それぞれの判決について、甲乙それぞれから同時履行の抗弁権の権利行使にかかる意思の表明が必要である。かかる抗弁権は権利抗弁であると解されているからである。

その上で、まず、甲の訴えについては①引換給付判決となっている点、②当事者の主張する代金額と異なる金額が認定されている点が問題となる。

①については、いわゆる質の一部認容判決として適法である。②については、そもそも甲の訴えにおける訴訟物を構成するものではないので、一部認容判決の問題は生じない。ただし、請求原因事実として主張された売買代金額と異なる額を認定しているから、弁論主義違反の問題は生じ得る。この点については、判例は、社会観念上同一性が認められる限り、ズレを許容し得ると解している(最判昭32.5.10, 最判昭57.4.27も参照)。

一方で、乙の訴えについては、①引換給付判決となっている点、②については乙の主張する代金額と異なる金額が認定されている点が問題となる。①については、甲のところで論じた部分と重なる。②については、いわゆる量的一部認容判決として適法である。弁論主義違反がないことは上記のとおりである。

第2 小問2について

1 まず、「500万円の支払と引換えに」の部分が「主文に包含するもの」(114I)に当たるのか、すなわち、既判力が生じているのかを検討することになる。

この部分は、強制執行開始要件(民執31I)として注意的に掲げているにとどまり、訴訟物を構成しているものではないとされている。

したがって、既判力による遮断効は生じない。

※ 前訴の訴訟物(売買契約に基づく絵画の引渡請求権)と後訴の訴訟物(売買契約に基づく代金支払請求権)との間に、訴訟物の同一、先決、矛盾の関係が認められないことを理由に、既判力の作用を否定することも可能である。

※ なお、仮に、既判力が認められたとしても、「訴えを提起することはできるか。」という問いに対しては、YESと解答するしかない。これは、既判力に準じる効力や争点効を認めた場合でも同様である。

2 もっとも、この乙の主張は、不当な蒸し返しであるとも考えられる。そこで、これを遮断する法律構成を検討する必要がある。

1つの考え方は、訴訟物に準じて審理判断されることから、既判力に準じる効力を認めるといふものである（最判昭 49.4.26【百選 85】参照）。もっとも、昭和 49 年判決の事案では、既判力に準ずる効力の拘束力を論ずるための前提となる前後の訴訟物は同一である（執行対象となる責任財産の範囲に違いがあるのみ）から、既判力に準ずる効力が後訴に作用すると考えることができる。これに対して、本問の場合には、上記のように、前訴訴訟物と後訴訴訟物に一定の関係性がないから、仮に、既判力に準ずる効力が認められたとしても、それが後訴に作用すると考えることは難しい。

その他には、争点効や信義則（2）による後訴遮断を認める見解が考えられるが、判例（最判昭 44.6.24【百選 84】）は、争点効を認めていない。そのため、信義則による後訴遮断を認めるのが適切だろう。なお、信義則による拘束力を認める裁判例もあるが、「訴えを提起することはできるか。」という問いからすると、後訴遮断の可否を論じた方が無難だろう。

信義則は一般条項であるから、その適用に際して、一義的な要件を定立することは難しい。最判昭 51.9.30【百選 79】は、大要①後訴が前訴の実質的な蒸し返しであること、②前訴において後訴と同じ請求をすることが可能であったこと、③後訴の提起により相手方が不当に長く不安定な地位に置かれることの3点を理由として後訴を遮断した。また、最判平 10.6.12【百選 80】は、①一部請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断する必要があり、当事者の主張立証の範囲、程度も通常は全部請求の場合と変わらないこと、②一部請求を全部又は一部棄却する判決は、後に請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものであること、③棄却判決確定後に原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張の蒸し返しであり、前訴によって紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものであることを理由として、信義則違反と判断している。

本問では、具体的な攻撃防御方法が必ずしも明らかではないものの、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、乙としては、自らが甲に対して 1,000 万円の売買代金請求権を有することにつき既判力のある判断を得たければ、小問 1 のように、前訴において反訴を提起することができたことから、信義則による訴え提起の遮断を認めることもできるだろう。

〔出題趣旨〕

同時履行関係に立つ請求に関する手続上の諸問題についての問題である。1 (1)では、反訴を提起し得る場合の別訴提起の可否を審理の重複の回避等の観点を踏まえて論ずべきである。(2)では、同時履行の抗弁の主張の要否を論じた上で、甲・乙の各請求についての一部認容判決の可否を処分権主義の観点を踏まえて論ずべきである。2では、引換給付判決に生ずる既判力の範囲及び紛争の蒸し返しの防止の可否について論ずべきである。

模範答案

第 1 小問 1(1)について

- 1 「反訴として提起できる」との主張について

甲の訴えは売買契約の目的物たる乙の絵画の引渡請求であるのに対し、乙の訴えは同一の売買契約における代金支払請求であるから、「関連性」の要件（146条1項）を満たすことは明らかで、その他の要件も満たすだろうから、この部分の主張は理由がある。
- 2 「別訴は許されない」との主張について
 - (1) この部分の甲の主張は、乙の別訴が同一「事件」に該当して二重起訴の禁止（142条）に当たるとするものであると思われる。同一「事件」の該当性は、142条の趣旨である矛盾判決の危険、被告の応訴の煩、訴訟不経済という弊害の回避に鑑み、①当事者の同一性②審判対象の同一性により判断すべきであると考ええる。
 - (2) 本問では、原告と被告が逆になっているものの当事者はともに甲乙であるから、当事者の同一性は満たす（①）。また、前訴の訴訟物が絵画の引渡請求権であるのに対し、後訴の訴訟物は売買代金請求権であり訴訟物は異なるが、主要な争点は甲乙間の売買契約の内容であり共通する。そのため審判対象の同一性は満たす（②）。したがって、乙の別訴は同一「事件」に該当する。

よって、この部分の甲の主張も正当である。
- 3 上記のように、個々の主張については理由があるが、全体としては理由がない。別訴提起が許されないのは、反訴として提起できるのだからではなく、二重起訴の禁止に該当するからである。

第 2 小問 1(2)について

- 1 まず、下記の各判決は甲及び乙の同時履行の抗弁権を考慮したものであると思われるが、その場合には、同時履行の抗弁権を主張する旨の権利主張が必要となる。同時履行の抗弁権は権利主張が必要となる権利抗弁だからである。

乙は、訴え提起をもって上記権利行使の意思の表明を行っていることと捉えることが可能である。また、両請求が併合して審理されているから、甲も黙示的にかかる意思の表明をしていると見ることができる。
- 2 甲の請求に対する判決について
 - (1) 裁判所は、甲の申立事項と異なる判決をしようとしているが、申立事項と判決事項の一致を要求する246条に反し許されないのではないか。

同条の趣旨は処分権主義の下、原告の意思を尊重し、かつ被告に対する不意打ちを防止することにある。そこで、かかる趣旨に反しない場合、すなわち①原告の意思に反せず、かつ②被告に防御の不利益がない場合ならば、裁判所は申立事項と異なる判決ができる考える。

甲の請求について検討すると、全部棄却判決よりは有利であるし、双務契約に基づく絵画の引渡しという債務の履行を求めるために自らの債務を履行することを条件とされることは甲にとって意外な結果ではない。したがって、甲の意思に反しない（①）。

また、同時履行の抗弁権を主張していたのであれば、乙にとっても防御上の不利益はない（②）。

したがって、裁判所は甲の請求について「乙は甲に対し、700万円の支払を受けるのと引換えに、絵画を引き渡せ。」との判決をすることができる。なお、700万円の支払を命じている点は売買契約に基づく目的物引渡請求権という訴訟物を構成する要素ではなく、問題とはならない。

- (2) もっとも、請求原因事実として当事者から主張された売買代金額(500万円、1000万円)と異なる額を認定しているから、弁論主義の第1テーゼ違反の問題は生じ得る。

しかし、売買の目的物が乙所有の絵画である点については変動していないのだから、裁判所は、同一の売買契約について異なる代金額を認定しているにすぎないし、700万円は、甲が主張する代金額500万円と乙が主張する1000万円の間にある。そうすると、代金額の点は、裁判所の認定と甲が主張する請求原因事実が社会通念上同一であるとみることができる。

そのため、弁論主義の第1テーゼ違反の問題は生じない。

3 乙の請求に対する判決について

- (1) 上記と同様に、246条との関係について検討する。
(2) まず、乙の無条件の支払請求に対して、引換給付を命じることは前項で述べたところと同様、適法である。
(3) 次に、請求額について減額された判決をすることも、代金回収という乙の目的を一部でも実現できる点で全部棄却判決より有利であるから、乙の意思に反しない(①)。また、1000万円について防御して

いた甲にとって、防御上の不利益はない(②)。よって、裁判所は「甲は乙に対し、絵画の引渡しを受けるのと引換えに、700万円を支払え。」との判決をすることができる。なお、弁論主義違反がないことは上記のとおりである。

第3 小問2について

- 1 乙の訴え提起は、「500万円の支払と引換えに」の部分が前訴確定判決の「主文に包含するもの」(114条1項)に当たる場合には、既判力に抵触し許されないことになる。

しかし、「主文に包含されるもの」とは、訴訟物を意味すると解される。そして、引換給付判決においては、給付命令とともに反対債務も主文に掲げられるが、これは強制執行開始要件(民事執行法31条1項)として注意的に掲げられているにとどまり、訴訟物を構成しているものではない。そうだとすれば、上記部分に含まれる売買代金額の判断に既判力は生じない。

よって、売買代金額を争う乙の訴え提起は既判力には抵触しない。

- 2 しかし、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り、また、乙としては、自らが甲に対して1000万円の売買代金請求権を有することにつき既判力のある判断を得たければ、前小問のように前訴において反訴を提起することができたといえる。

そうだとすれば、乙の訴えは、前訴で解決済みの争点を蒸し返すものであるから、500万円を超える部分については、信義則(2条)に反し許されないと考えるべきである。

以上