

論文式試験問題集
〔民事訴訟法〕

【民事訴訟法】 （〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2：2：1）

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

【事例】

Xは、弁護士L1に対し、下記〔Xの言い分〕とおりの相談を行った。

〔Xの言い分〕

平成27年12月1日、私が所有する甲建物（築25年）が全焼しました。甲建物が全焼したのは、甲建物に隣接する乙建物で起きた火事による延焼のためです。

私は、西洋のアンティーク高級家具の収集を趣味としていて、甲建物内には、多数の高級家具がありました。しかし、本件火災により、甲建物内の家具も全焼して、なくなってしまいました。私の家にあった高級家具の総額は、4000万円くらいでした。

私は、乙建物に居住するYに対して、家具の代金と甲建物の代金を賠償するように求めました。しかし、Yは、自分には重過失がないと主張し、払ってくれませんでした。

そこで、私は、今日（平成30年10月1日）L1先生の事務所に法律相談に伺ったのです。私は、今、家が火事で燃えてしまい生活を立て直すのに精一杯で、正直あまりお金がありません。私としては、甲建物と家具の代金についてYにお金を支払ってもらいたいのですが、できるだけ訴訟費用を安く済ませたいと思っています。

以下は、【事例】において弁護士L1がXから相談を受けた際の、弁護士L1と司法修習生Pとの会話である。

弁護士L1：「本件火災により、甲建物内の家具の価値を鑑定するための品目や価額に関する資料もすべて焼失してしまい、家具の損害額を証明するのは、難しいかもしれません。そこで、まず、被害額の算定が容易な、甲建物の損害のみを請求することも考えています。」

修習生P：「その場合、後で、家具の損害を請求するにあたり、いろいろな問題が出てきますね。」

弁護士L1：「そうですね。①全損害のうち、甲建物の損害のみであることを明示して損害賠償の請求をすることのメリットとデメリットをまとめて報告してもらえないでしょうか。」

修習生P：「はい。検討します。」

【設問1】

下線部①の課題について、事例に即して結論と理由を論じなさい。

【事例（続き）】

結局、弁護士L1は、甲建物内の家具を含めた、全損害5000万円について、Yに損害賠償を提起した。

訴訟継続後、裁判所において口頭弁論期日が開かれ、乙建物に火災が発生した原因は、Yが外出する際、調理用のガス器具の火を消し忘れたため、周囲の物に引火して、建物に燃え移ったためであるとの主張（以下、「本件主張」という）がXからなされた。

その後、Z裁判所で証拠調べがなされたが、Yは弁論において、火災の原因については、自身の調理器具の火の消し忘れが原因であることを認めた。

以下は、【事例】において弁護士L1がXから相談を受けた際の弁護士L1と司法修習生Pとの会話である。

弁護士L1：「大変なことが起きました。別の刑事事件で、第三者であるWが乙建物に対して、放火をしたことが報道で明らかになりました。Yは、どうすると思いますか。」

修習生P：「Yは、本件主張を撤回するのではないのでしょうか。」

弁護士L1：「そうですね。ただ、裁判所で言ったことは、常に撤回できるものでは、ありません。そこで、②Yが本件主張を撤回できるのかを検討して報告してください。」

修習生P：「はい。検討します。」

【設問2】

下線部②の課題について、事例に即して結論と理由を論じなさい。

【設問3】

Z裁判所での審理の結果、Yの不法行為について、裁判所は、損害額以外の要件については、存在するとの心証を得た。上記の放火の報道がなかったものとして考えること。

しかし、損害額については、建物内の家具等の価額についての資料が焼失してしまったこともあり、建物内の家具類を含めた損害額がいくらであるかについて、Xが正確に立証するのは、極めて困難であり、具体的な損害は裁判所にとっても不明であった。

この場合、裁判所は、どのような判決をするべきか。

2019年1月27日

担当：弁護士 近藤姫美

參考答案
〔民事訴訟法〕

<p>第1 設問1</p> <p>1 メリットについて 本件では、Yは、火災の原因が自己にないことを主張する姿勢を見せている。Yに火災の原因がなければ、Xは、敗訴する。Xが全損害について損害賠償請求をすれば、訴額5000万円を基準にして訴訟費用を支払う必要がある。</p> <p>しかし、建物の損害のみについて、損害賠償請求をすれば、訴額100万円に対応する訴訟費用を払えば済む。</p> <p>したがって、敗訴の場合に備えて、建物の損害のみについて試験的に損害賠償を請求し、勝訴の見込みがあれば請求を拡張するという方策を取ることににより、Xには、訴訟費用を節約することができるというメリットがある。</p> <p>2 デメリットについて (1) 既判力の問題について 既判力とは、前訴判決の後訴裁判所に対する拘束力である。 本件のような明示の一部請求においては、処分権主義及び相手方への不意打ちを防ぐため、訴訟物たる権利関係は、明示の部分に限定されると解する。 そして、既判力とは、訴訟物たる権利関係についての判決主文の判断について生じる(114条1項)。 したがって、本件の明示の一部請求については、既判力は建物部分の損害のみには生じない。そうすると、仮に、Xが勝訴し</p>	<p>ても、残部の家具の部分については、前訴判決の判断は、後訴裁判所を拘束しない。よって、Xは、後訴において、敗訴する危険がある。この点は、Xにとってデメリットである。</p> <p>(2) 時効の問題について 本件では、時効期間は損害の発生した平成27年12月1日から3年(民法724条前段)である。</p> <p>本問のような明示の一部請求において、請求(民法153条)による時効中断効がどの範囲で生じるかについては、争いがある。私は、訴え提起により、明示の部分についてのみ、事実関係が変動するので、時効中断効は、明示の部分のみに生じると解する。</p> <p>しかし、原告は、残部についても権利行使の意思を表示していると考えられる。したがって、残部については、催告(民法147条)としての時効中断効が生じる。</p> <p>よって、本件では、請求による時効中断効は、建物の損害の部分のみについて生じ、残部については、催告としての暫定的な時効中断効が生じる。Xは、残部について確定的に時効中断効を生じさせるには、6か月以内に残部についても訴えを提起する必要がある。</p> <p>本問では、Xが相談に来た時点で、時効の完成までと2か月となっている。よって、時効中断の必要性は高い。したがって、残部について、時効が中断しないことは、Xにとつてデメリットである。</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>しかし、残部については、暫定的に時効中断効が生じるので、6か月以内に残部についての訴訟提起の準備が整うのであれば、デメリットの程度は小さい。</p> <p>第2 設問2</p> <p>1 ②について</p> <p>(1) Yの主張が自白に当たること</p> <p>Yは、自己の主張を撤回しようとしている。Yの主張が自白に当たるのであれば、弁論主義の第二テーゼ（裁判所は、当事者に争いのない事実を、そのまま判決の基礎にしななければならないという建前）により自白の撤回ができる場合に制限があるため、まず、Yの主張が自白に該当するかが問題になる。</p> <p>自白とは、当事者が口頭弁論または弁論準備手続において、相手方が主張する自己に不利益な事実を求めると解する。なぜなら、間接事実及び補助事実についての自白は、裁判所の自由心証に基づく事実認定過程が残っているためである。</p> <p>本件において、Xの「調理用のガス器具の火を消し忘れたため、周囲の物に引火して、建物に燃え移った」という主張は、過失の評価根拠事実を認める主張である。過失という要件は、規範的要件であるから、過失の評価根拠事実自体が主要事実である。</p> <p>したがって、Yの主張は、自白に当たる。</p> <p>(2) Yの自白の撤回について</p>	<p>次に、Yは、自白を撤回することができるか、自白の撤回がどのような場合に認められるかが問題となる。</p> <p>そもそも、裁判上の自白は、裁判所等に対する拘束力を生じるので、相手方の信頼を確保するために原則として撤回できない。しかし、自白をした者の意思に瑕疵があれば、自白の拘束力の前提を欠くので、a自白が反真実かつb錯誤に基づく場合、自白の撤回が認められる。また、通常真実に反する自白がなされた場合には、錯誤が認められるので、aの場合bは、推定される。</p> <p>本問では、第三者Wが乙建物に放火したことが、別件訴訟で明らかになっているため、自白が真実ではないといえる。そして、Yの錯誤は推定される。したがって、Xが反証に成功しない限り、Yの自白の撤回が認められる。</p> <p>第3 設問3</p> <p>本問においては、損害額については、Xが証明責任を負う（法律要件分類説）が、Xは、損害額の証明に成功していない。よって、裁判所は請求を棄却すべきとも思える。</p> <p>しかし、権利実現の実効性の確保の見地から、一定の要件の下で、証明責任の軽減が認められる（248条）。</p> <p>本件では、損害額以外の要件については、証明されているので、損害の発生は認定できる。</p> <p>アンティーク家具の価値は、専門的な鑑定を得なければ判定が困難であるが、本件では、品目や価額に関する資料が全て焼失して</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

いる。したがって、損害の性質上、その額を立証することが極めて困難な場合に当たるとする。

よって、本件では、同条の要件を満たす。

以上により、Xの証明責任は軽減され、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの全結果に基づき相当な損害額を認定しなければならない。

その結果、裁判所は、全部または一部認容判決をすべきである。

以 上

2019年1月27日

担当：弁護士 近藤姫美

予備試験答案練習会(民事訴訟法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(15)		
訴訟費用について論じられていること		2	
既判力について論じられていること		4	
時効について論じられていること		5	
メリットとデメリットについて具体的に検討していること		4	
〔設問2〕	(15)		
弁論主義		4	
①裁判上の自白・自白の拘束力		4	
②裁判上の自白の撤回の可否・要件		4	
具体的な検討・あてはめ		3	
〔設問3〕	(10)		
証明責任の原則について触れている		2	
248条の趣旨について触れている		2	
248条の法的性質について触れている		3	
248条の要件(①損害②立証著しく困難)・効果のあてはめ		3	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

民事訴訟法 解説レジュメ

1. 総論

本問は、不法行為に基づく損害賠償請求について、明示の一部請求がなされた事案について、横断的に検討する意図で出題した。

本件では、火災が問題になっているので、失火責任法が適用され、重過失が要件になる。択一对策として確認しておくといよい。

一部請求、弁論主義、自白、既判力は、論文試験では、頻出である。248条については、十分に勉強していない方も多いと思うが、択一对策も兼ねて、この機会に押さえておけば良い。

2. 【設問1】について

(1) 処分権主義

訴訟の開始、審判対象の特定とその範囲の限定、訴訟の終了について、当事者が自由に決定できる建前。

実体法上の私的自治の原則の訴訟法的反映。

(2) 訴訟費用

訴訟費用は、訴額によって決まる（民事訴訟の費用等に関する法律3条）。Xが、建物のみの損害を請求する場合、訴額は、全損害を請求するときより低額になるので訴訟費用（印紙代）を節約することができる。L1弁護士は、建物部分の損害について試験的に訴えを提起し、請求が認められるようなら、家具の部分について、請求を拡張することで訴訟費用を節約することを考えている。

(3) 既判力

既判力・・・確定判決の判断内容の後訴裁判所に対する通用力。原則として、判決主文の訴訟物たる権利関係についての判断にのみ生じる（114条1項）。

明示の一部請求においては、処分権主義・相手方の不意打ち防止の見地から、訴訟物は明示の部分に限られる。したがって、既判力は、明示された部分にのみ生じる。

本問では、前訴判決の既判力は、建物の損害の部分についてのみ生じる。よって、Xが前訴で勝訴しても、残部についての後訴で敗訴する可能性はある。これは、デメリットである。

数量的一部請求で敗訴した者の残部請求が、信義則に反するとされた最判平成10年6月12日判決については、L1弁護士は、敗訴した場合には、残部は請求するつもりはないと考えているので、本問では、書く必要はない。

(4) 時効中断

本件は、不法行為の事案であり、時効期間は、Xが損害を認識した平成27年3月1日から3年である（民法724前段）。訴訟提起は請求に当たるので、消滅時効は、中断する（民法147条）。

明示の一部請求において、時効が中断する範囲は、明示の部分に限られる（通説・判例）。なぜなら、訴訟物となっている明示の部分についてのみ権利関係の変動が生じ、永続した事実状態がなくなるからである。

よって、本件では、建物部分1000万円について時効が中断する。

では、残部については、どうなるか。

確かに残部については、訴訟物とはなっていない。

しかし、原告の権利行使の意思は、残部についても表明されていると考えられる。したがって、催告（民法153条）としての効果は、発生する。よって、暫定的な形で時効中断行が認められ、一部請求の時から、6か月以内に残部についての訴えを提起すれば、時効は中断することになる（最判平成25年6月6日）。

3. 【設問2】について

(1) 弁論主義

- ・ 定義・・・訴訟資料の収集・提出を当事者の権能かつ責任とする建前
根拠 私的自治

- ・ 内容

- ①第1テーゼ・・・裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎にすることはできない。
- ②第2テーゼ・・・裁判所は、当事者に争いのない事実は、そのまま判決の基礎として採用しなければならない（自白の裁判所拘束力）。
- ③第3テーゼ・・・裁判所は、当事者間に争いのある事実を証拠によって、認定する際には、当事者の申し出た証拠によらなければならない（職権証拠調べの禁止）。

(2) 弁論主義の適用範囲

- ・ 主要事実に限られる。
- ・ 過失のような規範的要件については、不意打ち防止等の見地から過失を構成する具体的事実が主要事実となる。

(3) 裁判上の自白の拘束力

- ・ 裁判上の自白の拘束力

- ①裁判所は、自白された事実に拘束される（裁判所に対する拘束力）。
- ②自白された事実は、立証不要（不要証効，179前）
- ③自白した事実の撤回禁止（当事者に対する拘束力）

- ・ 裁判上の自白の要件

- ①相手側の主張と一致
- ②口頭弁論又は弁論準備期日における弁論としての陳述
- ③自己に不利益な事実についての陳述であること。

- ・ 不利益の意味

- a 証明責任説（三ヶ月）

- ・・・相手方が証明責任を負う事実を自白者が認めた場合に、自白が成立する。

- b 敗訴可能性説（新堂，兼子）

- ・・・相手方の主張事実が判決の基礎として採用されると、自白者が全部または、一部敗訴する可能性のある場合。

本問では、いずれの説によっても、裁判上の自白が成立する。裁判所は、Yの自白に拘束される結果、Yの重過失を認定せざるを得ない。しかし、Wの放火の事実がある以上、Yの自白は、真実に反する可能性がある。よって、裁判所は、自白を撤回する意思があるか否かについて、釈明権（149条1項）を行使して、Yに確かめるべきである。釈明については、加点自由になると思われる。

弁論主義の根拠は、当事者の意思にあるので、当事者の意思が不明であるときは、裁判所は当事者の意思を確かめる必要がある。

弁論主義と釈明は、受験上は、セットにして覚えておいたほうがよい。

(4) 裁判上の自白の撤回

・原則・・・撤回不可

理由 裁判所及び当事者に対する拘束力が生じるので、相手方の信頼を確保する必要がある。

・例外として裁判上の自白の撤回が認められる場合

①相手方の同意

理由 相手方に不利益がない

②反真実かつ錯誤

理由 自白者の意思に瑕疵があれば、自白の拘束力の前提を欠く。

*反真実が証明されるときは、錯誤は推定される（通説・判例，最判 s 25・7. 1）。

③刑事上罰せられる行為による場合（再審事由の訴訟内顧慮）

理由 刑事上罰せられる行為が再審事由（338条1項5号）とされていることによる。

(5) 本件の検討

調理器具の火を消し忘れたことは、重過失の評価根拠事実であり、主要事実に当たる。よって、本件では、Yに裁判上の自白が成立する。

その結果、裁判所はYの自白に拘束され、Yの重過失を否定する判断をすることはできない。そこで、不利益を避けるため、Yは、裁判上の自白を撤回すると考えられる。

本件では、Wによる放火の事実が明らかになっている。そうであれば、裁判所は、上記事実を間接事実としてYの自白が真実でない認定する可能性が高い。

その場合、Yの錯誤は推定される。よって、Xが反証に成功しなければ、Yは、自白の撤回が可能になる。

4. 【設問3】について

(1) 証明責任

・・・ある事実が真偽不明の場合に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果が発生しないことによる一方当事者の不利益の負担。

*証明責任の分配

①法律要件分類説（実務，通説）

・・・一定の法律効果を主張する者は、その効果の発生を基礎付ける適用法条の要件事実につき証明責任を負う。

具体的には、法規の規定方式により、以下の者が立証責任を負う。

権利根拠規定—権利発生により利益を受ける者

権利消滅規定—権利消滅により利益を受ける者

権利障害規定—法律効果の不発生により利益を受ける者

権利阻止規定—権利行使を阻止することにより利益を受ける者

②利益衡量説

・・・証拠との距離、立証の難易度、禁反言、蓋然性などの利益衡量により、証明責任を分配する。

証明責任の分配については、受験上は、基準の明確な法律要件分類説に立つのがよい。

本問では、Xは、不法行為による損害賠償を請求しているが、実務の採用する法律要件分類説によれば、損害額についての証明責任は、Xが負担する。よって、損害額の証明ができないときは、Xの請求は棄却されるのが原則である。

しかし、常にこのような原則に従うと、立証責任を負担する者に酷となる場合がある。そこで、248条が立法された。

(2) 248条の趣旨

損害の発生が認められても、主要事実である損害額が不明であるときに、損害賠償が認められないのを避け、権利実現を容易にする。

家屋焼失の際の家財の損害や幼児の死亡による逸失利益等が念頭に置かれている。

(3) 法的性質

①証明度軽減説（立法担当者、通説）

事実の認定のために一般的に必要とされる証明度を損害額の認定のために特に下げたもの

②裁量評価説

損害額の認定について裁判所の裁量的評価を認めた規定

（損害額の認定は、そもそも事実認定の問題ではなく、裁判所の法的評価の問題であるという理解を前提とする）

③折衷説（伊藤）

証明度軽減及び裁判所の裁量評価の双方

(4) 効果

①説→裁判所は、相当な損害額を認定する義務を負う。

②・③説→損害額の認定は、裁判所の裁量になる。

受験上は、①説に立てば十分と思われる。ただし、条文の文言は、「できる。」となっている。

(5) 要件

①損害の発生が認められるが、

②損害額の立証が極めて困難な場合

(6) 検討

本問では、損害自体の発生は認められる。

また、アンティーク家具の価値は、専門家による鑑定評価によらなければ判定は困難であるところ、品目や価額などの取得に関する資料は消失しているのであるから、損害額の立証が極めて困難な場合に当たる。

5. 終わりに

民事訴訟法の答案においては、分析の段階で、問題となっていることの基本原理を見抜き、基本原理の定義を正確に書き、そこから派生原理や例外を論証して規範を定立し、具体的に当てはめることが大切である。そうすれば、少なくとも落ちない答案にはなる（本問でも練習のため意識的に定義を聞いている）。

設問1は、原則が処分権主義、明示の一部請求の訴訟物・訴訟費用・既判力・請求による時効中断は、処分権主義から導かれる。（本件では、聞かれていないが）信義則による遮断・催告による時効中断効は、その例外。

設問2は、原則が弁論主義、自白の拘束力は、そこから導かれる。自白の撤回は、その例外。

設問3は、原告の証明責任の例外となる。

どんな問題が出されても、落ちない答案を書けるだけの力を身に着けることが、合格への近道である。

【参考文献】

- ・民事訴訟講義案三訂版
- ・新堂幸次 新民事訴訟法第5版
- ・伊藤真 民事訴訟法第5版

以 上

2019年1月27日

担当：弁護士 近藤姫美