

論文式試験問題集  
[民事訴訟法]

**【民事訴訟法】**（〔設問1〕と〔設問2〕の配点割合は4：6）

次の文章を読んで後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

**【事実】**

Xは、令和3年3月20日、Yに対し、浮世絵版画（以下、「本件絵画」という）の売買代金の支払いを求め、代金500万円の一部である200万円を請求する旨を明示して訴訟を提起した。

Xは訴状において次のように主張した。

「Xは、かねてから本件絵画を所有していたところ、知人Aから浮世絵のコレクターであるYを紹介された。Xは、令和3年1月15日、Xの自宅において、X・Y・Aの3人で話し合いの機会を設けた（以下、「本件話し合い」という）。その際、Xは、Yに対し、本件絵画を500万円で売却する旨合意した（以下「本件契約」という。）。Xは、本件契約に基づいて本件絵画をXに引き渡したものの、Yが支払いを拒んでいる。まずは、売買代金の一部である200万円の支払いを求めらる。」

これに対し、Yは、答弁書において、次のように主張した。

「Yは、Aを介してXと知り合い、本件絵画の売買について電話で話したことはある。しかし、本件話し合いを設けた事実はなく、本件契約は締結されていない。」

第1回口頭弁論期日が令和3年4月28日に開かれ、Xは訴状に記載した事項を、Yは答弁書に記載した事項をそれぞれ陳述した。また、次回期日でAの証人尋問が行われることになった。

同年6月25日の第2回口頭弁論期日において、Aの証人尋問が行われた。Aは、「本件契約は、AがYの代理人としてXと締結したものである」などと述べた。期日においては、本件契約の成否、特に本件話し合いの有無に焦点が絞られ、AがYの代理人であったか否かについては、両当事者とも問題にしなかった。

裁判官は、取引経緯に関するAの証言は具体的で信用できるため、Yの代理人AとXとの間で本件契約が成立したとの心証を得た。

**【設問1】**

Yの代理人AとXとの間で本件契約が締結されたとの事実を本件訴訟の判決の基礎とすることができるか。以下の参考判例①の立場にも言及した上で答えなさい。また、判決の基礎とすることができない場合、裁判官はどのような手続きを経るべきか。

**【参考判例①】最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740号**

「なお、斡旋料支払の特約が当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはないのであるから、原判決がXとY代理人Aとの間に本件契約がなされた旨を判示されたからといって弁論主義に反するところはない。」

**【事実（続き）】**

裁判官は、設問1の手続きを経て、X及びYに対し、Aが代理人である点について主張立証を尽くさせた上で、Yの代理人AとXとの間で本件契約が締結されたと認定した。令和3年8月3日にXの請求を全部認容する判決（以下、この訴訟を「第1訴訟」という。）をし、同判決は同月17日の経過をもって確定した。

その後、Xは、同年9月2日、Yを被告として、本件契約に基づく残代金の支払を求める訴えを

提起し、Yに対し、残額の300万円の支払いを求めた。(以下、この訴訟を「第2訴訟」という。)

同年10月25日の口頭弁論期日において、Yは、Xと本件契約を締結したのはYではなく、Aであると主張して争った。

これに対し、Xは、第1訴訟の既判力が第2訴訟に及ぶから、Yは上記主張をすることは許されないのではないか。仮に既判力が及ばない場合は争点効を主張する。争点効も認められないとすれば、Yの主張は一般条項に従って許されない旨反論した。

#### 【設問2】

第2訴訟においてYは、Xと本件契約を締結したのはYではなくAであると主張して争うことは許されるか。Xの反論及び以下の参考判例②を参考に答えなさい。

#### 【参考判例②】最判昭和37年8月10日民集16巻8号1720頁

「1個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであって、全部の存否ではなく、従って右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない。」

以上

2022年1月23日

担当：司法修習生 門馬憲吾

参考答案  
〔民事訴訟法〕

## 第1 設問1

- 1 Yの代理人AとXとの間で契約が締結された事実（以下、「本件事実」という。）は、Aが証人尋問で述べたに過ぎない。このような本件事実を判決の基礎とすることは、弁論主義に反しないか。
- 2 弁論主義とは、事実の主張及び証拠の収集・提出について当事者の権能かつ責任とする原則をいい、裁判所は当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることはできない（第1テーゼ）。ここでいう事実は、権利の発生消滅という法律効果の判断に直接必要な事実たる主要事実をいう。当事者意思の尊重のためには法的効果の判断に直接結びつく主要事実のみ弁論主義の適用を認めれば足りるからである。
- 3 代理行為が本人に効果帰属するという法律効果の判断に直接必要な事実は、①代理権の授与、②顕名（民法99条1項）、③代理人による意思表示（同項）である。本件事実は①ないし③に位置付けられるから、主要事実として弁論主義の適用を受ける。しかしX及びYは、いずれも弁論において①ないし③に関する主張を一切していない。したがって裁判所が本件事実を判決の基礎とすることは弁論主義に反し許されない。
- 4 参考判例①は法律効果に変わりがないことを理由に、当事者から主張されていない代理の事実を認定することは弁論主義に反しないとした。

しかし弁論主義の機能は、当事者に主張立証の機会を与え、不意

打ちの事実認定を防止する点にある。法律効果が同一でも、法的構成の違いにより法律要件に該当する主要事実が異なり、当事者の主張・立証も自ずと異なるから、当事者にとって不意打ちの事実認定がなされるおそれがある。実際、本件では、X・Yの間では本件話し合いの有無に焦点が絞られて主張立証活動がなされており、Aの代理人性について攻撃防御がなされたとはいえない。

したがって本件事実が主張のないまま認定されれば、Yにとって不意打ちといえる。よって判例の立場を支持することはできない。

- 5 裁判所は、本件事実について、X・Y間で十分に主張立証を尽くさせ、Yの不意打ちを防止するために、釈明権（民事訴訟法（以下、略）149条）を行使する必要がある。

## 第2 設問2

- 1 第1訴訟では、Xの請求が全部認容判決で確定しているところ、Yは、第2訴訟において、Xと本件契約を締結したのはYではなくAであるとの反論（以下、本件反論）をすることはできるか。本件反論は第1訴訟の既判力（114条1項）に抵触しないか。
- 2 まず「主文に包含するもの」（114条1項）とは、当事者の争点処分と裁判所の審理の機動性の確保の観点から、訴訟物を意味する。その上で、既判力は紛争解決の実効性を確保するために認められた制度的効力であるから、前訴既判力が生じた判断内容に矛盾・抵触する主張は後訴で排斥される。
- 3 本件では、まず、第1訴訟においてXは明示的一部請求をしてい

る。この場合、原告の債権分割行使の自由と被告に対する不意打ち防止の観点から、明示された部分だけが訴訟物となる。そのため第1訴訟の訴訟物は、本件売買契約に基づく代金支払請求権のうち、200万円部分に限られる。第1訴訟は全部認容されているから、既判力は本件売買契約に基づく代金支払請求権200万円の存在について生じている。他方で、XとYの間で本件契約が成立したことは、判決理由中の判断に過ぎず、既判力は生じない。したがって第2訴訟において本件反論を述べ、残額300万円の支払いを争うことは、前訴の判決理由中の判断を蒸し返しているに過ぎず、第1訴訟の既判力と矛盾・抵触するものではない。

4 以上より、Yが第2訴訟において本件反論をすることは許されるとも思える。

5 もっとも民事訴訟の基本理念は適正・公平・迅速・経済である(2条参照)。X及びYは、第1訴訟においてAが代理人である点において主張立証を尽くしており、第2訴訟でこれと異なる判断がなされれば適正・公平ではないし、再度の審理を強えられる点で迅速・経済でもない。そこで本件反論を排斥することはできないか。

6 まず争点効は採用できない。争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として主張立証を尽くし、かつ、裁判所がこれに対して実質的な判断を下した争点の判断に生じる通用力をいう。実体法上の根拠を持たないにもかかわらず、不明確な要件による拘束力を判決理由中の判断に認めることは妥当でないからである。

7 そこで信義則(2条)により本件反論は排斥されないか。

8 確定判決により紛争の修了を信じた当事者を保護する必要性がある一方、安易な適用を認めれば法的安定性と抵触する。そこで、①前訴での主張可能性、②相手方の信頼、③後訴での主張が実質的に前訴の蒸し返しであるか、といった事情を考慮して判断する。

9 本件では、X及びYは、第1訴訟において、裁判所の釈明を受け、AがYの代理人であるか否かについて主張立証を尽くしている。したがってYには前訴での主張可能性が認められる上(①)、Xには本件契約の相手方がYであるとの信頼が生じている(②)。本件反論は同様の争点を繰り返すものであり、実質的には前訴の蒸し返しである(③)。

10 よって、本件反論は信義則により排斥される。

11 Yは、第2訴訟において、Xと本件契約を締結したのはYではなくAであると主張して争うことは許されない。

以上

2022年1月23日

担当：司法修習生 門馬憲吾

# 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
<b>〔設問1〕</b>	(16)		
問題提起		2	
弁論主義の定義・範囲		4	
弁論主義に反する旨の指摘		4	
参考判例①の検討		3	
結論		1	
釈明権の指摘		2	
<b>〔設問2〕</b>	(24)		
問題提起		2	
既判力作用の規範		3	
本件反論が第1訴訟の既判力に抵触しない旨の指摘		5	
不都合性の指摘		3	
争点効		3	
信義則の規範		3	
信義則の当てはめ		4	
結論		1	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 民事訴訟法 解説レジュメ

## 1. はじめに

民事訴訟で重要なことは、⑦対立する利益配分を意識すること、①民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

⑦について、「民事訴訟をよりよく理解するためには、ある問題について、原告の立場、被告の立場、裁判所の立場を検討することが重要である」<sup>1</sup>、「手続保障は重要であるけれども、民事訴訟法の解釈は、適正・公平・迅速・経済という理想をどうバランスさせるかが重要である」<sup>2</sup>と高橋先生は述べています。3者間の立場ないし4つの理念を調和させる必要があるから民事訴訟は難解と言われます。逆に民事訴訟で利益配分をうまくできたならば、他の科目の利益配分もうまくいきます。

①について、民事訴訟法のピラミッド構造は下記の通りです。問題を解く際は、問われている部分はどこか、を見抜くことが大切です。

請求（訴訟物）	<ul style="list-style-type: none"> <li>・処分権主義（246条）</li> <li>・既判力（114条）</li> <li>・訴えの変更（143条）</li> <li>・反訴の提起（146条）</li> </ul>
法律に関する主張	<ul style="list-style-type: none"> <li>・（原則）法律上の判断は裁判所の専権。</li> <li>・（修正）権利自白，法的観点指摘義務</li> </ul>
事実に関する主張	<ul style="list-style-type: none"> <li>・（原則）弁論主義第1・第2テーゼ</li> <li>・（修正）釈明権（149条）</li> </ul>
証拠	<ul style="list-style-type: none"> <li>・弁論主義第3テーゼ</li> <li>・自由心証主義（247条）</li> <li>・証明責任</li> </ul>

民事訴訟法のピラミッド構造は憲法を含めた大きな法体系から理解することが重要です。そもそもの民事訴訟制度は①「私人間の紛争」を②「公権的強制的に解決する国家的制度」です。①からは、民事訴訟制度は私人間の紛争を審判の対象としていることから、当事者の自主性・主体性を訴訟法上も尊重することが望ましいといえます。他方で、②からは、公権的に紛争を解決する国家制度としての訴訟制度を運営する観点からすると、国民の裁判に対する信頼を得る必要がある上、紛争を迅速かつ効率的に解決する必要があります。そのため民事訴訟制度には公益的な性格も認められるというわけです。

このように①を強調すれば当事者に主導権を委ねるべきであります（当事者主義）が、②を強調すれば裁判所に主導権を認めるべき（職権主義）であり、民事訴訟は対立する利益が交錯しています。<sup>3</sup>民事訴訟は審理の内容面については処分権主義や弁論主義といった当事者主義がとられているが、審理の手続面は当事者主義によらずに職権進行主義が妥当する、と言われることがあります。背景に

<sup>1</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」51頁（有斐閣，2016年）

<sup>2</sup> 同上P115

<sup>3</sup> 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣，第3版，2013年）

はこのような民事訴訟制度の存在意義があるというわけです。

以上より、ピラミッド構造の理解には当事者主義と職権主義、それぞれの視点を意識する必要があります。設問1の釈明権の解説で改めて説明します。

## 2. 本問の出題趣旨

民事訴訟における⑦対立する利益配分と、①ピラミッド構造の理解を問う趣旨で出題しました。基本的な論点である弁論主義と既判力を問う問題ではありますが、受講生の皆さんには、ご自身がどの利益の調和を図っているのか、民事訴訟のどのステージが問われているのか、を意識する習慣を身につけて頂きたいです。これらを意識できれば、解答で大きく外すことはありませんし、なにより未知の問題が出題された際に検討の視点を持っていることは大変心強いからです。

## 3. 答案作成時のポイント

- (1) まずは問題文の事実の適示から答案を開始する。
- (2) 原則論の明示、修正の必要性、修正論という流れで書く。
- (3) 修正の必要性や当てはめの視点は、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済を意識する。

## 4. 設問1について

最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁百選〔百選47〕を題材に、①民事訴訟のピラミッド構造、すなわち証拠と事実に関する主張の区別を問う趣旨です。予備試験では平成28年に、司法試験では平成24年と平成29年に同論点が問われており、今後も出題可能性が高いと考えられます。

### (1) 証拠資料と訴訟資料の意義

本問のポイントは、本件契約がYの代理人AとXとの間で締結されたという事実は、Aが証人尋問で述べたに過ぎず、当事者であるX及びYは全く主張していない、という点に気が付けるかどうかです。換言すれば、証拠資料と訴訟資料の区別がつかうかどうかです。

証拠資料とは、裁判所が証拠方法を取り調べた結果得た情報をいいます。<sup>4</sup> 証拠方法には人証と物証があり、Aの証人尋問は人証にあたります。要するに、裁判所でAが話したことは全て証拠にすぎないというわけで、ピラミッド構造中、一番下段に位置します。

対して、訴訟資料とは、証拠資料を除いた部分、すなわち事実に関する「主張」をいいます。<sup>5</sup> ここでいう「主張」とは、当事者とその申立てを基礎づけ、あるいは相手方の申立てを排斥するために自己に有利な法律効果又は事実を陳述することをいいます。<sup>6</sup>

問題文においても「第1回口頭弁論期日が令和3年4月28日に開かれ、Xは訴状に記載した事項を、Yは答弁書に記載した事項をそれぞれ陳述した」という箇所があります。このように陳述されたことで、事実に関する主張がなされたということになります。

<sup>4</sup> 高橋和之他編「法律学小辞典」658頁（有斐閣，第5版，2016年）

<sup>5</sup> 同上

<sup>6</sup> 同上，624頁

## (2) 証拠資料と訴訟資料を区別する意味

では、Aの証人尋問もX及びYの陳述も、同じように裁判所において人が喋っているに過ぎないわけではありませんが、なぜ厳密に区別する必要があるのでしょうか。証拠資料をもって訴訟資料を補うとどのような不都合が生じるのでしょうか。

これは当事者の不意打ち、すなわち主張と異なる事実認定によって防御の機会が奪われることを防止するためです。

当事者は自身の「主張」を立証するために「証拠」を提出します。「主張」は、当事者が訴状や答弁書に記載した事項を自ら陳述するわけですから、不意打ちは生じ得ません。事実が「主張」として弁論に現れることで攻撃防御の具体的な対象が明示され、相手方にも反論の機会が保障されます。これに対して「証拠」は自由心証主義(247条)が採られているわけですから、その証明力については裁判官の自由な判断に委ねられています。したがって当事者は自身の「主張」を立証するために「証拠」を提出したにもかかわらず、予期せぬ「証拠」の評価をなされるおそれがあるわけです。このような証拠資料をもって訴訟資料を補おうとすれば、当事者にとって予期せぬ事実認定がなされるおそれがあるから、証拠資料と訴訟資料は厳然と区別する必要がありますということになります。

予備試験の出題者である司法試験委員会も民事訴訟のピラミッド構造の理解を聞いてきます。答案では、証拠資料と訴訟資料の区別ができていたことを是非ともアピールしたいところです。参考答案では冒頭で「本件事実はAが証人尋問で述べたに過ぎない」と書いていますが、この一文で私はピラミッド構造を理解しています！ということアピールしているわけです。

## (3) 弁論主義第1テーゼの適用を受けるのは主要事実

どの基本書にも書いてありますが、弁論主義の適用を受ける事実は主要事実です。私が司法試験に準備していた論証は次のとおりです。

「①当事者意思の尊重のためには法的効果の判断に直接結びつく主要事実のみに弁論主義の適用を認めれば足りる。また、②間接・補助事実は証拠と同様の機能を有するため自由心証主義(247条)を重視する。したがって弁論主義の適用を受けるのは主要事実である。」

便宜的に理由付けに①と②を振りました。この①と②の違いを理解しているのでしょうか。

①の意味は、そもそも弁論主義の根拠は、実体法上、私的自治の原則が採られているわけですから、訴訟法上もこれに準じて当事者意思を尊重した点にあります。法的効果の発生に直接必要な主要事実が審理の骨格になるわけですから、当該部分に弁論主義を適用すれば、ひとまず当事者意思の尊重としては十分であるというわけです。

他方、②の意味は、弁論主義の適用を間接・補助事実にまで認めない論拠となります。仮に間接事実にも当事者の主張が必要だとすると、裁判所が釈明しても両当事者が主張しない場合、証言その他から判明している間接事実を利用できないこととなり、裁判官は不自然な事実認定を強いられ、自由心証主義を裁判官に認めた趣旨を没却することになります。<sup>7</sup>

新司法試験の採点実感で、上記①と②の理由付けの使い方について言及されています。

### 2017年新司法試験民事訴訟採点実感

(主要事実のみに弁論主義の適用を認める) 根拠として自由心証主義との関係を指摘する答案が多く見られたが、自由心証主義との関係は、間接事実にまで主張原則を及ぼすことの当否を論ずる際の根拠となるものであって、主要事実に主張原則が妥当することの根拠となるものではない。

<sup>7</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」120頁(有斐閣、2016年)

本問は当事者が代理の主要事実を主張していない事案でありますから、弁論主義が主要事実  
に及ぶ論拠である①のみを述べればよく、②の論拠を挙げると、覚えてきた論証を機械的に吐  
き出しているのだなという印象を与えてしまうわけです。試験は70分で答案を完成させる必要  
がありますから、ある程度マジックワードに頼るのも仕方ない部分があります。しかしながら  
マジックワードの具体的な意味内容を理解していれば、一步進んだ理解を示すことができます。

#### (4) 最判昭和33年7月8日判例について

百選47の有名判例で、ある契約が甲乙間に成立したものと主張して当該契約の履行を求め  
る訴えが提起された場合に、裁判所が当該契約は甲の代理人と乙との間になされたものと認定  
したとしても弁論主義に反するとはいえないとしたものです。

判旨では、「斡旋料支払の特約が当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたか  
は、その法律効果に変わりはないのであるから、原判決が被告人と原告人代理人増谷照夫との  
間に本件契約がなされた旨判示したからといって弁論主義に反するところはなく、原判決には  
所論のような理由不備の違法もない。」としました。

上記判例については、参考答案で記載したとおり、法的効果が同一でも法的構成の違いによ  
り法律効果を導く要件に該当する主要事実が異なる可能性があります。本問でいえば、XY間  
で本件契約が成立したと主張する場合、主要事実はXY間における売買契約締結の事実です。  
これに対して、XとY代理人Aとの間で本件契約が成立したと主張する場合、主要事実は、①代  
理人が相手方との間で契約締結の意思表示をしたこと、②①の際、代理人が本人のためにする  
ことを示したこと、③本人と代理人の間の代理権発生原因事実です。<sup>8</sup> このようにXの相手方が  
YかY代理人Aかで主要事実は異なり、当事者間の争い方も異なる可能性があるわけですから、  
判例の「法律効果に変わりはない」との理由付けは少々乱暴で、批判の大きいところではあります。

#### (5) 弁論主義違反とされた後の経過

もっとも仮に弁論主義違反と認定された場合、その後の訴訟の経過はどうなるのでしょうか。

上級審において弁論主義違反が認められた場合、原審に差し戻しとなります。差し戻し審に  
おいて、原審で勝った方の当事者は、弁論主義違反とされた部分の事実を当然に主張すること  
になるでしょう。とすれば差し戻し審において反対の主張立証が想定できない場合に、形式的  
に主張させるためだけに原審を破棄・差し戻しすることは、いかにも迂遠であり訴訟経済上も  
不合理であります。このように考えると、上級審は弁論主義違反の有無を判断する際に、形式的  
に弁論主義違反が認められる場合も、差し戻させてまで審理を尽くさせる必要性の有無、すな  
わち当事者にとって不意打ちが生じているかを基準に据えているといえます。

高橋先生も「判例・学説では、不意打ちがなければ弁論主義違反とならないと表現されること  
が多いが、実態は、上記のように弁論主義違反はあるけれども差戻しまでもするかどうかで不意  
打ちの有無が作用するということであろう」と述べています。<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 司法研修所編「増補 民事訴訟における要件事実(1)」68頁(法曹会、1986年)

<sup>9</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」119頁(有斐閣、2016年)

## (6) 最判昭和33年7月8日判例の再度の考察

上級審における弁論主義の実質的な判断基準を確認したところで、もう一度、前記判例を検討しましょう。判例は「法律効果に変わりはない」ことを理由に弁論主義違反はないとしました。もっとも弁論主義違反がないとした実質的な理由は次のように分析できます。すなわち判例の事案において、事件を原審に差し戻しても新たな攻防を期待できるか、相手方に防御上の不利益が生じるかどうかです。これは契約の成立を主張するXの主張の態様によって異なるといえ、判例百選の解説では次のように述べています。<sup>10</sup>

Xの主張・立証が、X・Yが特定の日時・場所において直接やり取りをして契約を締結したことを前提とするものである場合、Yには防御上の不利益が生じ得ます。Yは、①その特定の日時・場所にYがいなかったこと、及び②Yの意思表示に瑕疵があったこと等の主張・立証をすることにより契約の成立を否定することが可能ですが、主張のない代理の事実が認定されることにより、いずれの反論も無駄になる可能性があるからです。

これに対して、Xの主張・立証が、契約締結においてY側に第三者が関与したことを前提とするものである場合、Yには防御上の不利益が生じない可能性があります。上記①の反論はそもそも無駄にはならず、またYは②の反論が無駄になる可能性を認識することができるはずだからです（民法101条参照）。

以上のことを考慮すると、本判例が「その法律効果に変わりはない」ことを理由として弁論主義の適用を否定したことは誤りであるが、本判例の事案については、事実審においてされた主張・立証を考慮すれば、これ以上の新たな攻防は期待できず、またYの防御上の不利益も存在しないと評価することも可能であろうと思われる。

## (7) 釈明権について

冒頭で、民事訴訟制度におけるピラミッド構造は当事者主義と職権主義の視点を意識する必要がある点を述べました。弁論主義はまさに当事者主義の現れです。しかしながらいくら当事者意思の尊重といっても、民事訴訟は公益的な性格も備えている以上、適正・公平な解決が目指されなければなりません。また、当事者に手続保障が満たされた場合に初めて自己責任を問うことができます。したがって裁判所には釈明権（149条）という形で、審理の内容形成に介入する権限が認められています。釈明権は弁論主義の補充・修正と言われることが多いですが、背景には当事者主義と職権主義の交錯があるということは、答案に書かずとも意識したい点となります。

## 5. 設問2について

設問2は、⑦民事訴訟の対立する利益配分を問う趣旨で出題しました。一部請求は原告・被告・裁判所の立場を考える際に良い題材です。既判力論は、頻出論点であるとともに、原則論の帰結が不都合な場合の修正方法を問う趣旨です。試験では原則論を貫いた結果、不都合な結論が生じる場合にどのように修正しますか、という出題がよくされます。本問の考え方は他にも応用が効くため、是非抑えて欲しいところです。

<sup>10</sup> 堀清史「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選』103頁（有斐閣、第5版、2015年）

## (1) 一部請求の既判力の範囲

問題文に記載された判例のとおり、明示の一部請求の既判力は、明示された部分のみに生じます。この背景には、原告の利益と、被告・裁判所の利益の対立関係があることを理解しなければなりません。高橋先生の記述が分かり易いのでそのまま引用します。

「一部のみを請求する最初の訴えは、(中略) 処分権主義から原告の自由であり、適法であることに問題はない。しかし、後訴の残部請求についてはこれを無限定に認めると、被告の応訴の負担、裁判所の二重審理の負担、複数の裁判の矛盾抵触の危険が生ずる。従って、処分権主義から残部請求は自由だと論ずるのは適切ではない。処分権主義、すなわち原告の自由は、被告の応訴の負担、裁判所の二重審理の負担、裁判の矛盾抵触の危険を包摂しないからである。」<sup>11</sup>

このように、一部請求の既判力の範囲は、原告の処分権主義と、被告の応訴負担や裁判所の審理重複の回避の均衡をいかに図るかが重要になります。

全部請求であると主張して勝訴判決を得た原告が、その後前訴は一部請求であったとして訴えを提起した場合、後訴は前訴既判力に抵触し許されません(最判昭和32年6月7日第二小法廷判決・民集11巻6号948頁・判例百選81)。被告や裁判所からすれば残部が事後に請求される可能性を認識することができないため、応訴の負担や審理重複の危険が生じるからです。

他方で、本問のように一部請求であることが明示されれば、被告は残部についても事後に請求される可能性があることを認識し、残部についての債務不存在確認訴訟を提起できることから、既判力も明示された部分に限定されます。

ただし判例は、明示の一部請求で敗訴した原告が残部請求の後訴を提起するのは、特段の事情がない限り、信義則に反し許されないとしています。その理由付けが参考になるため引用します。

### 最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁 [百選80]

数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない。したがって、右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、**①実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり、②前訴の確定判決によって当該債権の全部につい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**というべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である。

①では裁判所の利益を、②では被告側の利益に触れて信義則違反の結論を導いています。一部請求が明示されたからといって原告の処分権主義が無制限に尊重されるのではなく、裁判所や被告の利益との関係から一定の制限があるというわけです。

<sup>11</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」108頁(有斐閣, 2016年)

## (2) 既判力論をどのように論じるか

既判力が後訴に作用するか、という論点では、前訴と後訴の訴訟物が同一か、矛盾するか、先決関係か、と論じることがあります。このような論じ方も間違いではないですが、厳密にいうと、前訴で何が決まったか、再審理できないとされた事項が何かという既判力の本来の姿から考える方が正確です。すなわち前訴の判決内容と後訴とで考えるべきです。より具体的には、前訴の既判力が生じた内容を論じた上で、既判力が生じた内容と後訴の請求が矛盾・抵触するかを論じなければならず、単に訴訟物が異なるから既判力は作用しないと述べるだけでは足りません。

問題文に引用されている判例に従えば、明示的一部請求である前訴と残部請求の後訴は、そもそも訴訟物が異なります。売買代金請求権の存否は売買契約締結の事実を基礎に判断されますが、売買契約締結の事実、訴訟物ではなく、判決理由中の判断にすぎません。したがって前訴と後訴で売買代金請求権の存否の判断内容が異なっても、判決理由中の判断が矛盾するに過ぎないのです。前訴の売買代金請求権が存在することと、後訴の売買代金請求権が存在しないことは両立します。以上より、本問で既判力が後訴に作用することはありません。

わかりにくいところであるため補足すると、既判力の制度趣旨は紛争解決の実効性を図り法的安定性を担保することにあります。そのため前訴で「売買代金請求権がある」との判断と矛盾する内容が後訴で判決されることは避けなければなりません。第1訴訟で「200万円の代金支払請求権が存在する」と判決されたが、後訴で「残りの300万円の代金支払請求権が存在しない」と判断されることは矛盾しません。同一の契約であるから矛盾するようにも思えますが、契約の成否は訴訟物ではなく、判決理由中の判断に過ぎないのです。

一部請求と残部請求は、実体的には同一の契約であるが、訴訟法的には別の契約であると擬制すると、やや不正確ではありますが、わかり易いかと思います。一部請求であることが明示されたことで、前訴と後訴とは別の契約に基づく代金請求がされている、と考えるわけです。

## (3) 原則論の不都合性をどのように指摘するか

既判力の原則論を丁寧に論じた上で、その原則論を貫いた場合の不都合性を指摘しましょう。民事訴訟の基本理念である、適正・公平・迅速・経済の観点から論じられるとよいです。あまり長くならないように注意して、原則の帰結を貫徹すると基本理念に反する旨を自分の言葉で論じられれば十分です。

## (4) 信義則の論じ方

信義則を論じる際の注意点は、裸の利益衡量にならないよう、規範として考慮要素を定立する点です。信義則は一般条項であるから、どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎づけるのかを具体的に論じなければなりません。もっとも難しく考える必要はなく、以下の要素を考慮要素として覚えておき、問題文の事情に応じて規範として定立すれば足ります。

- ・ 矛盾挙動の存在
- ・ 相手方が先行態度を信頼して自らの法的地位を形成
- ・ 後訴が実質的に前訴の蒸し返し
- ・ 前訴での主張可能性
- ・ 前訴から後訴の期間

(5) おわりに

設問2を論じる際は、ご自身がどの利益を考慮しているのかを意識してみましょう。まずは明示的一部請求であるから、原告の利益を重視しつつ、後訴で本件反論を認めることは、原告や裁判所の利益を考えると妥当でないし、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済に照らしてもおかしい。そこで信義則で結論の修正を図るといった利益衡量の流れになるはずですが、答案で明示的に書かなくても、自分はどのような利益を考慮しているのかを意識するだけで、自ずと答案に説得力が増します。

司法試験の答案の書き方は、問題文の中から

- ① 対立する利益（保護法益）を探り出し
- ② それに対する自分の価値判断を示し
- ③ それを条文を用いて理由付ける（条文解釈）

試験では、上記のことをその場で考えて、答案を書けばそれでよく、基本書にどのように書いてあったかなどを思い出す必要は全くない。

これは明大法曹会に掲載されている安斉勉先生の合格体験記からの引用となりますが、非常に参考になります。結局のところ対立する利益を自分なりに理由を付けて調和させることが評価の対象となるわけです。是非参考になさってください。

以上

2022年1月23日

担当：司法修習生 門馬憲吾