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に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，当事者の争点処分の自由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，再度の審理を強いられる点で迅速・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
〔設問1〕	(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	
〔設問2〕	(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	
裁量点	(10)	10	
合　計	(50)	50	

2022年1月23日

担当：司法修習生　門馬憲吾

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，㋐対立する利益配分を意識すること，㋑民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

㋐について，「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」[1]，「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」[2]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。

㋑について，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）	・処分権主義（２４６条） ・既判力（１１４条） ・訴えの変更（１４３条） ・反訴の提起（１４６条）
⬍ 法律に関する主張 ⬍	・（原則）法律上の判断は裁判所の専権。 ・（修正）権利自白，法的観点指摘義務
⬍ 事実に関する主張 ⬍	・（原則）弁論主義第１・第２テーゼ ・（修正）釈明権（１４９条）
⬍ 証拠	・弁論主義第３テーゼ ・自由心証主義（２４７条） ・証明責任

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❶「私人間の紛争」を❷「公権的強制的に解決する国家的制度」です。❶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，❷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性があります。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❶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，❷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。[3]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が，背景に

---

[1] 高橋宏志「民事訴訟法概論」51 頁（有斐閣，2016 年）
[2] 同上 P115
[3] 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

民事訴訟における㋐対立する利益配分と，㋑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

⑴ まずは問題文の事実の適示から答案を開始する。
⑵ 原則論の明示，修正の必要性，修正論という流れで書く。
⑶ 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，㋑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。

⑴ 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くかどうかです。

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。[4] 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。[5] ここでいう「主張」とは，当事者が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。[6]

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。

---

[4] 高橋和之他編「法律学小辞典」658 頁（有斐閣，第５版，2016 年）
[5] 同上
[6] 同上，624 頁

⑵　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すが，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る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る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！ということをアピールしているわけです。

⑶　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。[7]

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
（主要事実にのみ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。

[7] 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はあります。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，一歩進んだ理解を示すことができます。

⑷ 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，その法律効果に変りはないのであるから，原判決が被上告人と上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つ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。[8] 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。

⑸ 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。[9]

---

[8] 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）

[9] 高橋宏志「民事訴訟法概論」119頁（有斐閣，2016年）

⑹　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。[10]

> **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ありますが，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。

⑺　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。

---

[10] 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。」[11]

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，明示的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，❶<u>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</u>，❷<u>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</u>。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。

❶では裁判所の利益を，❷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。

---

[11] 高橋宏志「民事訴訟法概論」108 頁（有斐閣，2016 年）

⑵　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ないです。

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は，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たとしても，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，前訴と後訴とで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。

⑶　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・経済の視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。

⑷　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

⑸　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。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

2022年1月23日開催　民事訴訟法

最優秀答案

回答者　KH　42点

第１　設問１

１．Aが証人尋問で述べた証言を，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（以下,「本件事実」）として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，裁判の基礎となる訴訟資料の提出を当事者の権能かつ責任とするものであり，その第一テーゼにて，当事者が主張していない「事実」を認定して裁判の基礎とすることを許していない。そして「事実」とは，権利の発生，変更，消滅という法律効果の判断に直接必要な「事実」を指すものである。これを主要事実という。

３．それでは，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が主要事実にあたるか。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主要事実は，①代理権の授与，②顕名，③代理人による法律行為の実施である。この点，①と③について，XとYは弁論においてその主張をしていないのである。主張をしていないのであるから，上記①から③は主要事実であるし，裁判所は裁判の基礎として，Aの証言を採用することはできない。即ち弁論主義に反しているのである。

４．参考判例①は，法律効果の差異がない点において，弁論主義に反していないとしたものである。本件においては，弁論主義の第一テーゼの機能である。当事者間の攻撃，防御の機会を保障し，裁判所が，主張されていない事実を認定する不都合による不意打ちの判決を避けなければならないのであり，Aの証言について攻撃，防御そのものが為されていない。ゆえに，X，Yが本件事実について何ら主張をしないまま裁判所がAの証言を認定すればYにとって不意打ちとなり，判例の立場と趣旨を異にする結果となる。

５．裁判所は，Aの証言を判決の基礎とすることはできず，民事訴訟法第149条を適用し，X，Y間における充分な主張立証を尽くさせる必要がある。

第２　設問２

１．第１訴訟で，Aの証言を基礎にX，Yに対し，Aが代理人であることについて主張立証が尽くされ，Xの請求を全部認容する判決となった。対し，第２訴訟における，Yによる，Xと本件契約を締結したのがAでありYではないとする反論（以下「本件反論」）が，第１訴訟の既判力に抵触しないか。（法114条１項）

２．法114条１項の既判力が求められる趣旨は，紛争解決の機動的審理と実効性の確保である。ゆえに，前訴で既判力が生じた裁判所の判断に矛盾する主張は後訴において排斥されることとなる。

３．本件において，第１訴訟のXによる一部請求は，当該明示された一部請求部分のみが訴訟物である。

　即ち，本件売買契約における代金支払請求権総額のうち。200万円の部分だけが第１訴訟における訴訟物である。第１訴訟の全部認容は，この200万円に対してなのであり，既判力は，本件売買契約における代金支払請求権総額のうち200万円について生じているということができる。一方，本件契約X，Y間で成立したことは，判決を構成する判断の一内容なのであり，それに既判力は生じない。ゆえに，第２訴訟で本件反論を述べることで総額のうち残りの300万円についてその支払いを争うことは，前訴の判決における判断の蒸し返しにすぎない為，第１訴訟の既判力と矛盾，抵触しない。

４．したがって，Yが第２訴訟で本件反論を為すことについて，許されるとも思える。

５．しかし，民事訴訟法第２条の法の理念は信義に従い誠実に公正，迅速に努めるべく求められており，第１訴訟をそれに照らすと，第２訴訟でYの主張する，第１訴訟の判決を構成する判断のひとつに対し，くつがえしを図る行為は，再度の審理を強いる結果となるものである。そこで，本件反論を排斥することはできないか。

６．まずXのいう争点効については，判決主文になくとも主張立証が尽くされた結果生じた裁判所の判断に既判力と同様の効果を認めるものである。第１訴訟においては，訴訟物の範囲を超えた実体法上の根拠を持たない当該主張は，認められない。

７．では，法２条の信義則に照らして排斥できないか。

８．第１訴訟での確定判決で本件の修了を信じた当事者を保護する視点から，以下の3点で考慮し判断する。

　①前訴での主張可能性，②相手方の信頼，③後訴での主張が前訴の蒸し返し

か，について検証を要する。

9．第１訴訟でAがYの代理人である点，裁判所がX，Yに主張立証を尽くさせている。結果，Xの請求を全部認容する判決をしている。ゆえにYは，前訴での主張可能性が認められる（①）。一方，Xには，本件契約の相手方が第１訴訟の判決に基づきYであるとの信頼が生じている（②）。結果本件反論は，①と②の繰り返しを求めるものとなっており，前訴の蒸し返しにすぎないと結論できる（③）。

10．ゆえに，本件反論は信義則に基づき排斥される。

Yは，第２訴訟において「Xと本件契約を締結したのがYではなくAである。」と主張し争うことはできない。

以　上

表

試験科目	試験地
民事訴訟法	明治大学

最優秀答案

※ A B C

42

民事訴訟法1頁

第一 設問1

1、Aが証人尋問で述べた証言を、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（以下「本件事実」）として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、裁判の基礎となる訴訟資料の提出を当事者の権能かつ責任とするものであり、その第一テーゼにて、当事者が主張していない事実を認定して裁判の基礎とすることを許していない。そして「事実」とは、権利の発生・変更・消滅という法律効果の判断に直接必要な「事実」を指すものである。これを主要事実という。

3、それでは、YのAとXとの間で本件契約が締結されたとの事実が主要事実にあたるか。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主要事実は①代理権の授与、②顕名、③代理人による法律行為の実施である。この点、①と③について、XとYは弁論においてその主張をしていないのである。主張をしていないのであるから、上記①から③は主要事実であるし、裁判所は裁判の基礎としてAの証言を採用することはできない。即ち弁論主義に反しているのである。

4、参考判例①は、法律効果の差異がない点において、弁論主義に反していないとしたものである。本件においては、弁論主義の第一テーゼの機能である、当事者間の攻撃・防御の機会を保障し、裁判所が主張されていない事実を認定する不都合による不意打ちの判決を避けなければならないのであり、Aの証言

民事訴訟法2頁

について攻撃防御そのものが為されていない。ゆえに、X・Yが本件事実について何ら主張をしないまま裁判所がAの証言を認定すればYにとって不意打ちとなり、判例の立場と趣旨を異にする結果となる。

5、裁判所は、Aの証言を判決の基礎とすることはできず、民事訴訟法第149条を適用し、X・Y間における充分な主張立証を尽くさせる必要がある。

第2 設問2

1、第1訴訟で、Aの証言を基礎にX・Yに対しAが代理人であることについて主張立証が尽くされ、Xの請求を全部認容とする判決となった。対し、第2訴訟におけるYによる、Xと本件契約を締結したのがAであり、Yではないとする反論（以下「本件反論」）が、第1訴訟の既判力に抵触しないか。（法114条1項）

2、法114条1項の既判力が求め外る趣旨は、紛争解決の機動的合理と実効性の確保である。ゆえに、前訴で既判力が生じた裁判所の判断に矛盾する主張は後訴において排斥されることとなる。

3、本件において、第1訴訟のXによる一部請求は、当該明示された一部請求部分のみが訴訟物である。即ち、本件売買契約における代金支払請求権総額のうち、200万円の部分だけが第1訴訟における訴訟

(注意事項)
1 答案用紙の種類
本答案用紙は、民事訴訟法の答案用紙です。
民法、商法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。
なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。)。
2 答案用紙の取扱い
答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。
3 答案作成上の注意
(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。
(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点となります。
(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で消して、その次に書き直してください。
(4) 答案用紙の表裏を書き違えて答案を作成した場合には、表が白紙のときは「裏から記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください(試験時間終了後に記載することは認めません。)。
(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。
4 その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

物である。第1訴訟の全部認容は、この200万円に対してなのであり、既判力は、本件売買契約における代金支払請求権総額のうち200万円について生じているということができる。一方、本件契約がX・Y間で成立したことは、判決を構成する判断の一内容なのであり、それに既判力は生じない。ゆえに、第2訴訟で本件反論を述べることで総額のうち残りの300万円についてその支払いを争うことは、前訴の判決における判断の蒸し返しにすぎない為、第1訴訟の既判力と矛盾・抵触しない。

4. したがって、Yが第2訴訟で本件反論 本件反論を為すことについて、許されるとも思える。

5. しかし、民事訴訟法第2条の法の理念は信義に従い誠実に公正・迅速に努めるべく求められており、第1訴訟をそれに照らすと、第2訴訟でYの主張する、第1訴訟の判決を構成する判断のひとつに対し、くつがえしを図る行為は、再度の審理を強いる結果となるものである。そこで、本件反論を排斥することはできないか。

6. まずXのいう争点効については、判決主文になくとも主張立証が尽くされた結果生じた裁判所の判断に既判力を同様の効果を認めるものである。第1訴訟においては、訴訟物の範囲を超えた実体法上の根拠を持たない当該主張は、認められない。

7. では、法2条の信義則に照らして排斥できないか

8. 第1訴訟での確定判決で本件の修了を信じた当事者を保護する観点から、以下の3点で考慮し判断する。
①前訴での主張可能性、②相手方の信頼、③後訴での主張が前訴の蒸し返しか、について検証を要する。

9. 第1訴訟でAがYの代理人である点、裁判所がX・Yに主張立証を尽くさせている。結果、Xの請求を全部認容する判決をしている。ゆえにYは、前訴での主張可能性が認められる(①)。一方、Xには、本件契約の相手方が第1訴訟の判決に基づきYであるとの信頼が生じている(②)。結果本件反論は①と②の繰り返しを求めるものとなっており、前訴の蒸し返しにすぎないと結論できる(③)。

10. ゆえに、本件反論は信義則に基づき排斥される。
Yは、第2訴訟において「Xと本件契約を締結したのがYではなくAである。」と主張し争うことはできない。

以上

明大法曹会答案練習会　第 12 回民事訴訟法

第１問

全体的に非常によく書けています。十分合格答案です。

特に、代理の事実がなぜ主要事実にあたるのかを具体的に論じられている受験生は少なかったところ、きちんと論じられていて良かったです。また、弁論主義の趣旨・根拠にさかのぼって弁論主義違反である点を論じている点も良かったです。

細かい点を指摘すると、Ｙの不意打ちとは具体的にどのようなものなのかをもう一歩踏み込んで論じられるとより良かったと思います。解説レジュメを見てみて下さいね。

第２問

文句なしで上位合格答案です。

本問で差が付くポイントは、前訴の既判力が後訴に作用しない理由を具体的に論じること、すなわち矛盾するのは判決理由中の判断に過ぎないことの指摘と、既判力の原則論を貫くことの不都合性を民事訴訟の基本理念に従って論じることでした。以上の２点は他の受験生がなかなかかけていないところでしたが、きちんと論じていて素晴らしいと思います。

総じて非常にレベルが高かったです。この調子で今年合格してください！

以上

採点講評

（2022 年 1 月 23 日　民事訴訟法）

第１　設問１

皆さん概ね弁論主義の第１テーゼの問題として論じていました。差が付いた部分は，⑴代理の要件事実がなぜ主要事実にあたるのかという説明と，⑵裁判所が代理の事実を認定するとＹにどのような不利益が生じるのかを具体的に論じられたか，という点です。

⑴代理の要件事実について，複数名の方が，代理の要件事実は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）ことに触れていました。もっともさらに一歩踏み込んで，これらの事実が，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である点まで述べた方は非常に少なかったです。主要事実の定義は，権利の発生変更消滅という法律効果の判断に直接必要な事実ですから，代理の事実がどのような法律効果を生じさせるのかまで論じられると非常に丁寧だったかと思います。

⑵Ｙの不利益について，多くの方がＹにとって不利益になるから弁論主義に反すると論じていました。しかしこの論述ではやや抽象的であるため，より具体的に，Ｙに生じる不利益を弁論主義の趣旨である不意打ち防止に遡って論じて欲しかったです。さらに不意打ちとは，当事者が主張立証活動をしてこなかった部分について事実認定されることを言いますから，Ｙは本件話し合いの有無を中心に主張立証活動をしており，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ことまで触れられると良かったです。具体的に論じられた受験生は非常に少なかったので，非常に差が付くポイントです。試験では問題文の事実を前提に具体的に論述できると高く評価されるので，もう一歩踏み込んで考えられると良かったかと思います。

第２　設問２

概ね問題文の指示に従って既判力の客観的範囲の問題，争点効，信義則違反という順番で論じられていました。差が付いた部分は，⑶前訴の既判力が後訴に及ばない理由を具体的に論じることと，⑷信義則の三段論法です。

⑶既判力について，多くの方が，前訴と後訴では訴訟物が異なるから，前訴既判力は後訴に及ばないと論じていました。しかしより具体的に，前訴と後訴で矛盾する部分は判決理由中の判断にすぎない旨を指摘できると良かったです。ここまで書けていた方は非常に少なかったので，差がつく部分だったと思います。

⑷信義則について，時間が足りなかった方もいたかと思いますが，裸の信義則にならないよう，問題文の事実を抽象化した下位規範（前訴での主張可能性，相手方の信頼等）まで挙げて，当てはめをして欲しいところでした。

第３　終わりに

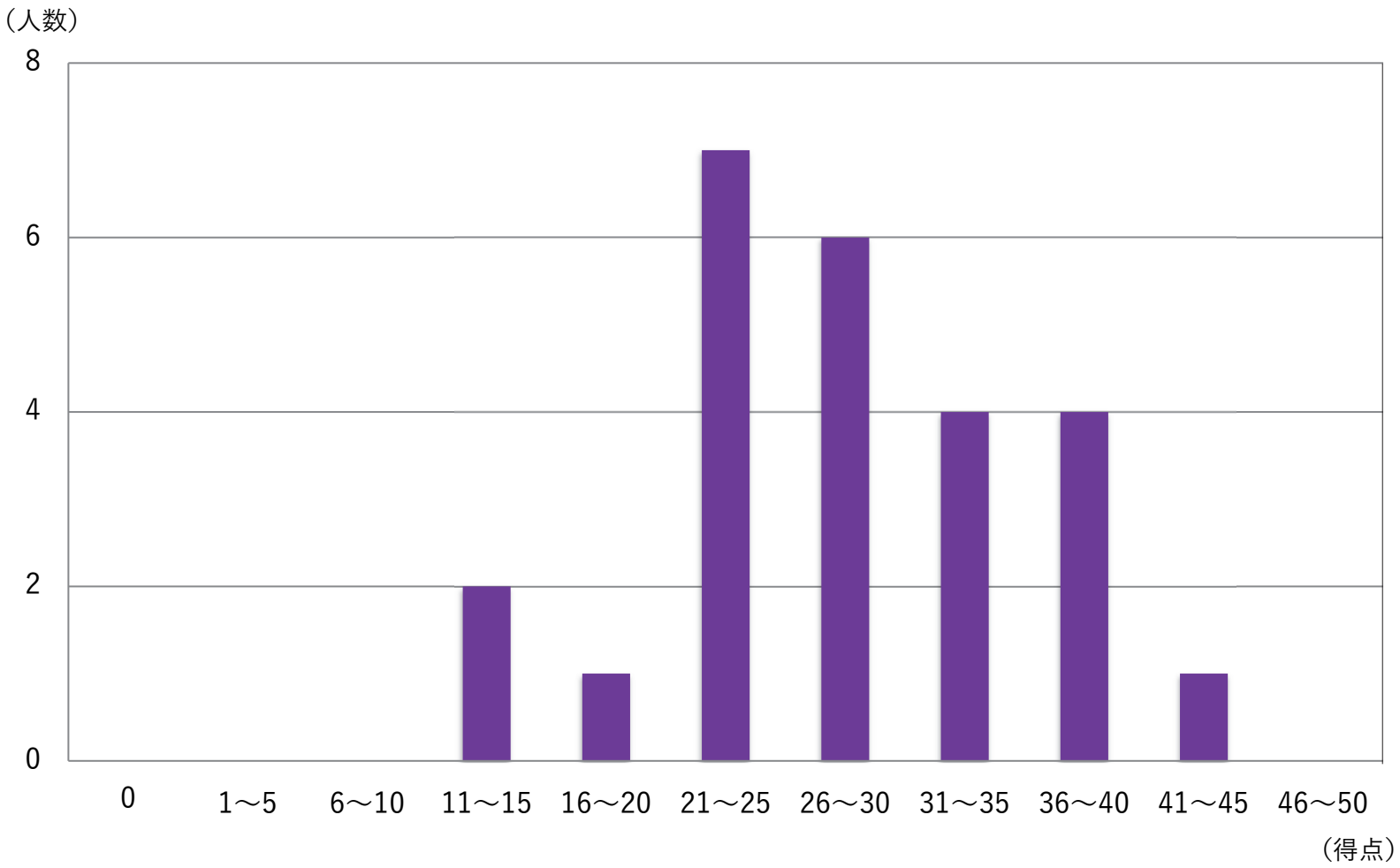
全体的によく書けている方が多かったです。

最後にひとつだけ，受験生心理として，つい自分の知っている論点に引き付けて考えてしまいがちです。そこをぐっとこらえて，出題者がなにを答えて欲しいのかを一生懸命に考え，設問の誘導にひたすら従うことが大切です。この心掛けだけで評価はより高くなると思います。引き続き頑張ってください！

以　上

司法試験予備試験答案練習会　2022年1月23日分　得点分布表

民事訴訟法

出席者 25名　　平均点 27.8点

分布	人数
0	0
1～5	0
6～10	0
11～15	2
16～20	1
21～25	7
26～30	6
31～35	4
36～40	4
41～45	1
46～50	0