

論文式試験問題集  
[民事訴訟法]

## 〔民事訴訟法〕

### 【事例1】

Xは、Yに対して負っている100万円の売買代金債務（以下「本件債務」という。）のうち80万円はすでに弁済したとして、同貸金債務のうち20万円を超える部分の不存在確認の訴えをA地方裁判所に提起した（以下「本件第1訴訟」という）。

### 〔設問1〕

本件第1訴訟において、X自認部分を含めて残債務は60万円であるという判決が確定した。

その後、YがXに対して、本件債務は120万円であった、と主張して売買代金80万円の支払を求める訴えを提起した場合、後訴裁判所はどのように処理すべきか。

### 〔設問2〕

本件第1訴訟において、X自認部分を含めて本件債務は100万円である、との判決が確定した。

その後、YがXに対して本件債務は120万円であったと主張して売買代金120万の支払を求める訴えを提起した場合、後訴裁判所はどのように処理すべきか。

### 【事例2】

XはYの自宅建物を目的物とする売買契約を締結したとして、建物をXに引渡すよう訴訟を提起した。

Xは上記訴訟において、売買契約書（以下「本件契約書」という。）を証拠として提出した。Xの主張によれば、XとYの売買契約は、Xの親であるYが、老人ホームに引っ越すために令和3年5月25日に締結された。本件契約書の印章がYのものであることにXY間で争いはない。しかし、Yは勝手にXが自らの印鑑を盗み、本件契約書に押印したものであり、自分は本件契約を締結していないと主張している。

Xは生まれてから25年間、Yと同居して暮らしており、自宅は平面平屋建てであり、敷地面積は50平方メートルである。印鑑の場所についてYはXに直接教えることは無かった。印鑑の場所は冷蔵庫にマグネットで付けた小物入れの中であった。印鑑の場所は25年間変わることは無かった。

Xは昨今の情勢により仕事がオンラインになり、令和2年4月から今に至るまで、自宅で仕事をしている。一方、Yはスーパーのレジ打ちを週4でいわゆるパートとして行っている。

### 〔設問3〕

以上の事実を前提に、裁判所としては売買契約締結の事実を認定することができるか。処分証書の意味について触れたうえで、本件契約書が何を推定させるのかを前提に述べよ。

### 〔設問4〕

仮に、事例2において、本件契約書のYの印章はXが勝手に押したものであると認定できたとする。Xが本件の自宅建物の家屋税を負担する契約が存在することを、当事者が主張していないにも関わらず裁判官が認定することはできるか。

以 上

2022年3月27日

担当：司法修習生 宮下俊満

参考答案  
〔民事訴訟法〕

### 第1 設問1について

1. 後訴裁判所としては、前訴の既判力の積極的作用により請求を棄却すべきではないか。

まず、既判力の効力の客観的範囲が問題になる。

この点、本案判決の既判力は原則として「主文に包含するもの」(民事訴訟法(以下略)114条1項)すなわち訴訟物たる権利義務関係の存否について生じると考える。なぜなら、当事者が争った訴訟物について既判力を認めれば紛争解決として十分であるし当事者が争った訴訟物についてのみ手続き保障が与えられたことによる自己責任を肯定できるからである。

2. (1) 本件前訴の訴訟物は、本件債務のうち80万円の不存在である。

したがって前訴では争われなかった20万円については既判力が作用せず、後訴において争えるのが原則である。

(2) しかし、前訴において残債務は60万円であると判断されている。前訴における被告主張の本件債務が100万円である一方、その100万円を下回る60万円の残債務の存在を認定しているのであるから、債務が120万円であるか否かという点も実質的には前訴で判断されたといえる。

以上からすれば、前訴が確定された後に被告が、債務額が120万円であったことを前提に残債務の請求をすることは、実質的には前訴で認められなかった債権額に関する主張を蒸返すものであり、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、被告の応訴の負担を強いるというべきである。

したがって、Yによる上記残債務の請求は信義則に反して許されず、訴えは棄却すべきと考える。

### 第2 設問2について

1. 後訴請求は既判力の積極的効力により、請求棄却をすべきではないか。

この点、既判力の客観的範囲については前述の通り訴訟物である。そして、前訴の訴訟物は80万円の不存在であるところ、20万円分については前訴の訴訟物の範囲外であるため、既判力の効力が及ばないのが原則である。

2. では、問1と同様に信義則上、既判力の効力が及び訴えは棄却されるべきか。

この点、本件においては原則通り20万円については既判力が及ばないと考える。

なぜなら、前訴においては被告の主張する債権額である100万円満額が債権の範囲と判断されているところ、100万円を超える部分については何ら判断していないからである。このような場合には、実質的に債務が120万円であるという点まで前訴において判断されているとはいえない。

3. 以上より後訴請求には既判力の効力が及ばない。

### 第3 設問3について

1. 書面の中に、意思表示が現れている書証のことを処分証書というところ、本件売買契約書にはX及びYによる売買契約の締結の意思表示が現れている。そして、債務不存在確認訴訟においては、抗弁として債務の存在を主張する者が債務発生的事实を主張していくことになる。したがって、売買契約締結の事实は、本件第1訴訟において、抗弁事実となる。そして本件契約書は処分証書といえる。

そして、売買契約締結の事实を立証するにあたっては本件契約書は処分証書であるから、直接証拠であって、その成立の真正を立証することができれば売買契約締結の事实を立証したことになる。

(2)そして、民事訴訟法(以下、「民法」という。)228条4項により本人の押印があるときは文書の成立の真性が推定され、その印影が本人の印章によって顕出されたことが立証された場合には、通常人は他人に印章を使わせないという経験則から、本人によって押印がなされたということが事実上推定される(二段の推定)。そこで、同契約書中にYの印章による印影が顕出されていることは、以上のような二段の推定を働かせるという意味を持ち、売買契約締結の事实の存在が推定されることになる。

2. 次に、上記推定が覆せるか検討する。

本件においてXはYと同居していたものの、YはXに対して印鑑の場所を教えていなかった。したがって上記の事実上の推定を覆せないようにも思える。

しかし、XはYの子どもであり、同居期間は20年以上に及び、その

間XYの住む家は変わることなく、印鑑の場所も変わらなかったのだという。その印鑑の場所もリビングにある冷蔵庫にマグネットで付けた小物入れの中であった。

20年も同じ家に住んでいれば冷蔵庫は何度も利用するはずであり、その際に印鑑があることにも当然気付くはずである。さらに、Xはここ1年間ずっとオンラインで仕事をしており、外に出てYは仕事をしていたことからXが印章を盗む時間的余裕も大いに認めることができる。このような事情からすれば、たとえYがXに対して直接印鑑の場所を説明していなかったとしても、Xが自由に印章を使える状況であったといえる。

したがって、Yの印章は盗用されたものであり、上記推定のうち事実上の推定が覆るため、文書の真正を否定し、ひいては売買契約締結の事实の存在の推定を覆すことができる。

#### 第4 設問4について

1. 家屋税を負担させる契約の有無につき裁判官が当事者の主張いかに関わらず認定することはできるか。弁論主義第1テーゼに反しないかが問題となる。

2. 弁論主義第1テーゼとは、裁判所は当事者がいずれも主張しない事実を裁判の基礎にしてはならないことを指す。そして、弁論主義第1テーゼは、主要事実について適用されると考える。なぜならば、訴訟上裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実、そのうちでも構成要件に該当するいわゆる主要事実、原則として当事者の主張な

いし陳述によって弁論に現れ、相手方がこれに対し十分防御方法を尽くしたうえで審判の基礎とすることが不意打ちないし公正な裁判の原則に最も叶うからである。もっとも、上記の通り裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実について当事者に主張させ、相手方に防御方法を尽くさせ、不意打ちを防止すべき趣旨は間接事実にも妥当する。したがって、間接事実の中でも特に訴訟の勝敗を左右しうる間接事実は弁論主義の趣旨である私的自治を徹底し、不意打ちを防止する要請が強く、その限りで自由心象主義は後退すると考えるべきである。

3. 本件において直接書証により、売買契約締結の事実を認定することができない以上、家屋の税金を払う契約の存在は、家屋に関する売買契約の成立を大きく推認させる重要な間接事実であるといえる。

よって弁論主義が妥当し、当事者の主張がなければ認定することはできないと考える。

以 上

2022年3月27日

担当：司法修習生 宮下俊満

# 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)		
既判力の客観的範囲が問題になることを適示している		2	
既判力の規範を挙げている		2	
本件における訴訟物を明示している		2	
原則として既判力の効力が及ぶことを適示している		4	
信義則等を持ち出し、本件における妥当な結論を導いている		6	
<b>〔設問2〕</b>	(8)		
原則として既判力は及ばないことを示している		2	
例外として既判力は及びうるのか設問1と対比し、検討している		6	
<b>〔設問3〕</b>	(12)		
処分証書の定義を示している		1	
本件契約書が処分証書であることを示し、成立の真正を立証できれば契約締結を立証できることを示している		3	
事例に即し、あてはめている		8	
<b>〔設問4〕</b>	(14)		
弁論主義第1テーゼの適用範囲を示している		2	
弁論主義第1テーゼが主要事実に適用される理由を示している		2	
本件事実が間接事実であることを適示している		2	
重要な間接事実であることを示し、弁論主義が妥当する理由を示している		8	
<b>合 計</b>	(50)	50	

# 民事訴訟法 解説レジュメ

## 【債務不存在確認訴訟における原告の主張立証について】

請求との趣旨との関係で、どういう債務なのか特定すればよい。

原告Zは、請求の趣旨として、損害賠償債務が50万円を超えて存在しないことについてはその趣旨を特定すれば、損害賠償債務の特定は認められる。**債務不存在確認請求において請求原因事実は存在しない。**不法行為における過失等は主張する必要はない。つまり、債務不存在確認訴訟では、通常であれば請求原因事実となるものが抗弁事実となるのである。

もっとも、確認の利益（①対象選択②即時確定③方法選択）については記載が必要。

まだ被害者の症状が固定されていないので、被害者側から給付請求ができない段階で、債権者側から債務不存在確認訴訟がなされる可能性がある。（債務不存在確認訴訟の攻撃的利用という。）

この場合、被害者側からは損害がいくらとは言えない。こういう場合は、即時確定の利益がないということにもなる。<sup>1</sup>

## 【既判力】

### 1. 定義

確定判決の持つ通有性ないし拘束力

### 2. 根拠・既判力の正当化

①いったん判決の確定により終結した事件については、もはや争う余地のないものとし、紛争の蒸し返しを防ぐことが望ましい。

②もっとも、私人は原則として自己の利益を主張する機会が保障されているのであり、規範量という不利益を甘受させるには手続き保障がなされていることが必要である。

### 3. 作用

#### ①積極的作用

後訴裁判所は、既判力で確定された判断に拘束され、これを前提として後訴の審判をしなければならない。

#### ②消極的作用

既判力はあくまで基準時に権利があるかを決めているのであり、その前に権利があるかどうかを決めているわけではないが、後の訴訟では基準時に発生している既判力の作用が生じてしまう。その結果として、基準時前の権利関係についても事実上争っても無意味な事態が生じる。

---

<sup>1</sup> 損害額が固定されていない場合には、訴訟物として「損害が幾らをかえないことの確認訴訟」はできても即時確定の利益がないという結論にもなりうるということか。

## 【既判力の客観的範囲】

### 1. 原則

本案判決の既判力は原則として「主文に包含するもの」すなわち訴訟物たる権利義務関係の存否について生じると考える。

- ①当事者が争った訴訟物について既判力を認めれば紛争解決として十分であるし、
- ②当事者が争った訴訟物についてのみ手続き保障が与えられたことによる自己責任を肯定できるからである。
- ③一方で、判決理由中の判断にも既判力を認めることは、弾力的かつ迅速な審理を阻害することになるので妥当ではない。

## 【書証の種類】

書証は、文書の作成者の意思や認識などの意味内容を証拠資料に用いる証拠調べであるから、まず、挙証者が作成者であると主張する特定人（作成名義人）によってその文書が実際に作成されたということを確かめる必要があり、この点が肯定されることを文書が真正に成立したといい、このことにより文書の形式的証拠力が備わることになる。ある証拠が直接証拠となるか、間接証拠となるかは、立証趣旨との関係で定まる。

形式的証拠力（作成名義人の思想を真に表現していると認められること）が認められると、実質的証拠力（要証事実との関係における記載内容の価値の程度）が問題になる。

もっとも、処分証書については、そこに記載されている法律行為に関する限り、形式的証拠力の存在が直ちに実質的証拠力を基礎づける。

処分証書とは**証明しようとする法律行為が記載されている文書**でありそれ以外の作成者の経験を記載したり意見を述べたりした文書を報告文書という。

## 【弁論主義】

弁論主義とは、判決の基礎をなすのに必要な裁判の資料の収集及び提出を当事者の権能及び責任とする原則である。

その根拠は、民事訴訟の対象たる訴訟物は「私人間」の権利であり、当事者の自由な処分を認める「私的自治原則」が妥当するので、訴訟物の判断のための訴訟資料の収集と提出についても、同じく私的自治の原則が及ぶといえることにある。

弁論主義は、当事者に弁論権を実質的に保障する機能、主張に対する反論の機会を与えるという、不意打ち防止機能を持つ。

## 【主張原則】

### (1) 定義

裁判所は当事者がいづれも主張しない事実を裁判の基礎にしてはならない。

### (2) 弁論主義の原則（主要事実への適用、その例外）

**訴訟上裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実**，そのうちでも構成要件に該当するいわゆる主要事実は，原則として当事者の主張ないし陳述によって弁論に現れ，相手方がこれに対し十分防御方法を尽くしたうえで審判の基礎とすることが不意打ちないし公正な裁判の原則に最も叶う。

しかし，仮に事実が弁論に現れていない場合であっても審理の全体の経過から考えて何ら相手方に不意打ちを与える恐れがないと認められる場合に差番所が証拠に基づいて事実を認定したとしても決して違法ではない。<sup>2</sup>

Cf. 医療訴訟のような場合に主張と事実認定が異なる場合であっても主張原則に反しないとした例（46 事件解説）。この点は，被告にとってどのような認定が不意打ちか事例判断。被告としては，注射器が問題となっていたならば，誰がどのように扱ったか等について防御できるが，認定が注射液についてであったとすると，防御対象が異なる。このような場合には弁論主義違反であり，不適法な判決となろう。

### (3) 間接事実（LQ211 頁，49 事件）

ア 確かに間接事実と証拠はともに主要事実の存否を推認させる点で同様の機能を持つから，間接事実も証拠と同じく当事者の主張の有無による制約を受けるのは妥当ではないように思える。

また，間接事実にも弁論主義が及ぶとすでに証拠から判明している間接事実を用いることができなくなり，不自然で窮屈な判断を強いられることになるので，自由心象主義を認めた趣旨に反する危険性がある。

イ しかし，上記の通り裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実について当事者に主張させ，相手方に防御方法を尽くさせ，不意打ちを防止すべき趣旨は間接事実にも妥当する。

したがって，間接事実の中でも特に訴訟の勝敗を左右しうる間接事実は弁論主義の趣旨である私的自治を徹底し，不意打ちを防止する要請が強く，その限りで自由心象主義は後退すると考えるべきである。<sup>3</sup>

### (4) 公序良俗・過失・正当事由，権利濫用，信義則

#### ア 主要事実

ここでも，まず主要事実が何か問題となる。上記の通り原則として主要事実には主張原則が妥当するからである。この点，「過失」等を主要事実だとすると，原則としてその内容如何問わず判断できることになるが，これは不意打ちであ

<sup>2</sup> 48 事件。法律効果に変わりはない旨の判示。具体的に不意打ちになる場合とはどのようなときか。

<sup>3</sup> 補助事実は，争点形成にかかわらない事がほとんどなので間接事実よりも証拠類似であるが，同様のことがいえる。特に問題なのは文書の真正を争う訴えで文書を偽造したというような事実（49 事件解説）

り、主要事実は評価根拠事実だと考える。

#### イ 法的観点指摘義務

弁論主義を形通りやれば上の通りで OK だが、一般条項に該当することに気づかずに主張している場合には、評価阻害事実について主張できるように法的観点指摘義務、釈明義務がある（48 事件解説）。

**法的解釈の適用という法律問題においても不意打ちを防止すべきである。**

#### ウ 公序良俗違反については評価根拠事実自体の主張も不要？

具体的には、証拠取り調べの結果、評価根拠事実が明らかになった場合に裁判所が法的観点指摘義務や釈明権に基づき釈明したのに当事者があえてその主張を否定するとき

単に主張があるだけでは不意打ちとする自説からは当然そんなのはダメである。

#### エ 過失相殺

過失相殺は損害の衡平な分担という裁判所の専任事項であり、私的自治が及ばないとすると、債権者の過失について立証ができていれば、過失相殺をできることになる。

しかし、この場合においても、私的自治を及ぼすべきで、不意打ちはやめるべき。さらに、単なる主張だけではなく、法的観点指摘義務についても行使すべきである。

以 上

2022 年 3 月 27 日

担当：司法修習生 宮下俊満