

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〕の配点の割合は、１：１）

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。

【事例】

Yは、甲土地の所有者であったが、甲土地については、Aとの間で、賃貸期間を20年とし、その期間中は定額の賃料を支払う旨の賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結しており、Aはその土地をゴルフ場用地として利用していた。その後、甲土地は、XとYとの共有となった。しかし、甲土地の管理は引き続きYが行っており、YA間の本件賃貸借契約も従前どおり維持されていた。そして、Aからの賃料については、Yが回収を行い、Xに対してはその持分割合に応じた額が回収した賃料から交付されていた。

ところが、ある時点からYはXに対してこれを交付しなくなったので、Xから委任を受けた弁護士LがYと裁判外で交渉をしたものの、Yは支払に応じなかった。そこで、弁護士Lは、回収した賃料のうちYの持分割合を超える部分についてはYが不当に利得しているとして、Yに対して不当利得返還請求訴訟を提起することとした。

なお、弁護士Lが確認したところによると、Aが運営するゴルフ場の経営は極めて順調であり、本件賃貸借契約が締結されてからこの10年間本件賃貸借契約の約定どおりに賃料の支払を続けていて、これまで未払はないとのことであった。

〔設問１〕

下記の弁護士Lと司法修習生Pとの会話を讀んだ上で、訴え提起の時点では未発生である利得分も含めて不当利得返還請求訴訟を提起することの適法性の有無について論じなさい。

弁護士L：今回の不当利得返還請求訴訟において、Xは、何度も訴訟を提起したくないということで、この際、残りの賃貸期間に係る利得分についても請求をしたいと希望しています。そうすると、訴え提起の時点では未発生である利得分についても請求することになります。何か問題はありそうですか。

修習生P：そのような請求を認めると、相手方であるYに不利益が生じてしまうかもしれません。特に口頭弁論終結後に発生する利得分をどう考えるかが難しそうです。

弁護士L：そうですね。その点にも配慮しつつ、今回の不当利得返還請求訴訟において未発生分の利得分まで請求をすることが許されないか、検討してみてください。

【事例（続き）】

弁護士Lは、Xと相談した結果、差し当たり、訴え提起の時点までに既に発生した利得分の合計300万円のみを不当利得返還請求権に基づいて請求することとした。

これに対し、Yは、この訴訟（以下「第1訴訟」という。）の口頭弁論期日において、Xに対して有する500万円の貸金債権（以下「本件貸金債権」という。）とXの有する上記の不当利得返還請求権に係る債権とを対当額で相殺する旨の意思表示をした。

第1訴訟の受訴裁判所は、審理の結果、Xの不当利得返還請求権に係る債権については300万円全額が認められる一方、Yの本件貸金債権は500万円のうち450万円が弁済されているため50万円の範囲でのみ認められるとの心証を得て、その心証に従った判決（以下「前訴判決」という。）をし、前訴判決は確定した。

ところが、その後、Yは、本件貸金債権のうち前訴判決において相殺が認められた50万円を除く残額450万円はいまだ弁済されていないとして、Xに対し、その支払を求めて貸金返還請

求訴訟（以下「第2訴訟」という。）を提起した。

〔設問2〕

第2訴訟において、受訴裁判所は、貸金債権の存否について改めて審理・判断をすることができるか、検討しなさい。

担当：弁護士 門馬憲吾

参考答案
[民事訴訟法]

第1 設問1

- 1 Xは、訴え提起の時点では発生していない今後10年分の利得をYに請求しようとしている。口頭弁論終結時までに発生する利得に関する請求は現在給付の訴えであり、当然に訴えの利益が認められる。これに対して、口頭弁論終結後に発生する利得についても適法に提起できるか。請求の起訴となる事実関係が未だ発生していない以上、本案判決をする必要がないとも思えるため問題となる。
- 2 将来給付の訴えは、①将来給付を求める基礎となる資格があり(請求適格)、②「あらかじめその請求をする必要がある場合」(法135条)に認められる。
- 3 まず、②「あらかじめその給付をする必要がある場合」とは、義務者の態度、給付義務の目的・性質等を考慮して判断するところ、Yは裁判外での弁護士との交渉でも賃料の支払いに応ぜず、義務の存在自体を争っているのであるから、これを満たす。
- 4 次に、①請求適格は、起訴責任の公平な分担の見地より、㉞請求の起訴となる事実関係および法律関係がすでに存在しその継続が予測され、㉟請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な将来の事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られ、㊱請求異議の訴え(民事執行法35条1項)により立証するという負担を債務者に課しても不当とはいえない場合をいう。

(1) まず、YはAとの間では、賃貸期間を20年とする本件賃貸借契約を締結しており基礎となる法律関係は発生している。また、Aが運営するゴルフ場の経営は極めて順調であり、これまで賃料の未払いもなかったというのであるから、法律関係の継続も予測される(㉞充足)。

もっともAが賃料の支払いを怠った場合、Xは請求の基礎を欠くことになるから、Xの請求がその基礎を欠くこととなる事情変動の中には、Yが左右できないものが含まれている。したがってXの請求権の成否およびその内容につき、Yに有利な将来における事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られるとは言えない(㉟不充足)。

また将来Aから賃料収入が得られなかった場合、Yはその都度請求異議の訴えにより強制執行を阻止しなければならない。これはYにとって不当な負担といえる(㊱不充足)。

(2) 以上より、口頭弁論終結後に発生する利得に関するXの請求は、請求適格を有さない。

5 よってXが口頭弁論終結後に生じる利得分を含めて不当利得返還請求をすることは、訴えの利益を欠き、違法である。

第2 設問2

1 前訴判決で本件貸金債権500万円のうち450万円は弁済されているとの判断がなされているところ、右判断に既判力が生じていれば、第2訴訟で改めて本件貸金債権の存否を審理判

断することはできない。そこで「相殺をもって対抗した額」（法114条2項）の意義が問題となる。

(1) そもそも法114条2項の趣旨は、反対債権の紛争の蒸し返しを防ぐ必要があること、および、反対債権の存否の審理判断について手続補償が与えられている点にある。そこで「相殺をもって対抗した額」とは、原告の訴求債権と対等額の部分について、反対債権の不存在の判断に既判力が生じる。

(2) 前訴判決では、まず本件貸金債権500万円のうち、450万円が弁済によって不存在となっている。加えて、残りの本件貸金債権50万円も訴求債権との相殺によって不存在とされている。したがって500万円全額が不存在と判断されているところ、前訴原告の訴求債権は300万円であるから、本件貸金債権も対等額である300万円の不存在について、114条2項で既判力が生じている。

(3) よって前訴判決では、本件貸金債権500万円のうち300万円の不存在について既判力が生じている。そうすると、第2訴訟において本件貸金債権のうち既判力が生じていない200万円については、改めて審理判断できるように思える。

2 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訴訟において本件貸金債権の存否を争っており、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。

3 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。

4 そこで信義則（2条）により排斥できないか。

(1) 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、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。

(2) 相殺の抗弁の当否を判断するためには、おのずから自働債権全部について審理判断する必要がある。現に、第1訴訟には、本件貸金債権500万円のうち、450万円は弁済で消滅し、残りの50万円は相殺で消滅したとして、全額について審理判断されている。それにもかかわらず本件貸金債権の既判力が生じていない200万円について第2訴訟で主張することは実質的に第1訴訟の蒸し返しである。

(3) よって、Yの主張は信義則により排斥される。

5 Yは、第2訴訟において、本件貸金債権の存否について改めて審理・判断することはできない。 以上

採点基準

50点（設問1：20点、設問2：20点、裁量点：10点）

設問	項目	配点	点数
設問1	現在給付の訴え部分は適法であること	1	
	将来給付の訴えが問題となること	1	
	問題提起	1	
	将来給付の要件	2	
	民事訴訟法135条の指摘	2	
	請求適格の指摘	1	
	請求適格の要件	4	
	請求適格の当てはめ	7	
	結論	1	
	設問2	問題提起	2
「相殺をもって対抗した額」の意義		2	
当てはめ		2	
結論		1	
不都合性の指摘		3	
争点効		2	
信義則の規範		3	
信義則の当てはめ		4	
結論		1	
裁量点		10	
合計点			

【コメント】

2023年民事訴訟法ゼミ 解説レジュメ

- 2017年度予備試験過去問 -

令和5年3月14日

弁護士 門馬 憲吾

第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、④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。

④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">・ 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	<ul style="list-style-type: none">・ （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	<ul style="list-style-type: none">・ （原則）弁論主義第1・第2テーゼ・ （修正）釈明権（149条）
証拠	<ul style="list-style-type: none">・ 弁論主義第3テーゼ・ 自由心証主義（247条）・ 証明責任

¹ 高橋宏志「民事訴訟法概論」51頁（有斐閣、2016年）

² 同上 P115

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）です。このように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。背景に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、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。

第2 本問を解くにあたって

本問を解くにあたってのポイントは下記のとおりです。

第1に、民事訴訟のピラミッド構造のいずれの部分かを問われているかを意識してください。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落ちない答案を書くことができます。本問の設問1および2ともに、ピラミッドの一番上の「請求（訴訟物）」に関する問題です。

第2に、対立する利益配分を意識してください。設問1では、将来給付の訴えを認めることによって、被告にどのような不利益が生じるのかを具体的に考えてみてください。設問2では、第2訴訟で改めて本件貸金債権の存否を争うことによって被告および裁判所にどのような不利益が生じるのかを具体的に考えてみてください。

考えた結果、それが民事訴訟の理念で適正・公平・迅速・経済に照らしてどのような価値判断となるのかを答案に書いていただければ大丈夫です。

第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 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣、第3版、2013年）

- 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。

第4 設問1について

設問1におけるポイントは下記のとおりです。

1 将来給付の訴えの2つの要件

将来給付が認められるためには、①請求適格と②「あらかじめ請求をする必要性」（135条）が必要となります。大きい分類では①②ともに、訴えの利益、すなわち本案判決をすることが紛争の実行的な解決につながるのか、という視点です。

現在給付の訴えの利益は原則として認められます。これに対して、将来給付の場合、通常、期限未到来であるとか条件未成就であるといった場合は、即座に給付を求めることはできません。期限が来てから、または条件が成就してから給付の訴えを提起することで普通は充分です。むしろ将来のことの主張立証を強いると意味では、訴えられる被告にとっては不利益な類型です。そこで、将来給付を訴える場合は、将来の期限の到来や条件成就を待っていることができず、どうしてもあらかじめ請求をしなければならないという訴えの利益が必要になってきます。

2 ①請求適格とは

請求適格とは、当該事案を具体的に考察して原告に不安・危険が現実にあるか、あるとして将来給付判決を出すことが原告の不安・危険の除去に有効かを見るものといえます。要するに訴えの利益、すなわち本案解決をすることで紛争の解決に資するかかどうかです。

この請求適格の具体的な判断を示したのが、最高裁昭和56年12月16日大法廷判決（判例百選第22（第5版））です。右判例では3つの要件を示しております。

ポイントは、前述のとおり、本来的に債権者は、請求権が具体的に発生した時点で現在給付の訴えを提起すれば足りるところ、特別に将来給付の訴えという類型を設けたわけですから、将来的な義務を負担する債務者側の利益も十分に斟酌しなければならないということです。前記最高裁判例の要件②③は、このような観点から債務者側の不利益を十分にしん酌しなければならないとしています。

設問では請求適格を満たすのはなかなか厳しいと思います。どのような場合に将来給付の請求適格が認められるかという点、前記最高裁判例では、不動産の明渡し事例を挙げております。すなわち明渡し完了までの賃料相当額の損害賠償には、将来給付の訴えの利益が認められると指摘しており、この場合は、事案が定型的であり、将来給付の判決を出しても、①事実関係の存在と継続性が予測され、②請求権の存否・内容につき債務者（被告）に有利な将来の変

動があらかじめ明確に予測でき、しかも、③請求異議の訴えの提訴の負担とそれらの主張立証の負担を債務者（被告）に課しても不当ではないからです。

3 ②「あらかじめ請求をする必要性」とは

前述のとおり、将来給付の訴えとは、現在給付になるのを待たずに債権者に訴えを認めるものですから、将来のことの主張立証であるから被告の防御権を後退させることになるけれども、原告が判決を得る利益・必要性が高いのであれば、原告の利益・必要性を優先させるというものです。そのため将来給付の訴えでは「あらかじめ請求をする必要性」（法135条）が必要となります。

「あらかじめ請求をする必要性」が認められる場合とは、たとえば、履行が少しでも遅れると債務の本誌に従った給付とならない定期行為（民法542条）とか、履行遅滞による損害が甚大となる扶養料請求とか養育費請求とかのように、債務の性質自体から将来の給付の訴えの利益が認められる場合があります。また、義務者がすでに義務の存在または態様を争っている場合には、原告が求める時期に即時の履行がされることが期待できないから、将来の給付の訴えの利益が認められる。継続的または反復的な給付義務において、現に履行期にある部分について不履行がある場合も、将来給付の履行が期待できないから将来の給付の訴えの利益があります⁴。

第5 設問2について

1 法114条2項により既判力が生じる範囲

出題の趣旨にも記載のとおり、設問2では「相殺をもって対抗した額」についての解釈論を展開することが求められております。そのため、問題提起において「相殺をもって対抗した額」の引用は必須です。

「相殺をもって対抗した額」とは、①反対債権の不存在の判断について、②原告の訴求債権と対等額の部分に限って、既判力が生じます。以下では順を追って解説します。

(2) ①反対債権の不存在の判断

反対債権の不存在の判断とは、反対債権が存在すると判断されて相殺が認められた場合は、相殺の結果として反対債権は不存在となります。のみならず、本問のように反対債権が存在していたが、すでに弁済によって消滅していたという場合も、反対債権は不存在となります。

要するに、相殺に供した反対債権の存否が実質的に審理判断され、反対債権が弁済や時効消滅によってなしと判断された場合は「不存在」となり、反対債権ありで相殺が認められた

⁴ 高橋宏志「民事訴訟法概論」77頁（有斐閣、2016年）

場合も相殺の結果として反対債権は「不存在」となります。裁判所が反対債権が「ない」と判断すれば、蒸し返しを防止するために既判力が生じます。

(3) ②原告の訴求債権と対等額の部分に限って

また、既判力が生ずる反対債権の不存在の額は、相殺をもって対抗した額に限られます。

たとえば、原告の訴求債権1000万円に被告が反対債権1200万円を用いて相殺に供したとしても、訴訟物である訴求債権の存否に使われる反対債権は1000万円だけですから、反対債権1200万円が存在すると認定されても、既判力が生ずるのは1000万円の額までです。残りの200万円には既判力は生じません。

(4) まとめ

相殺に供した反対債権は、不存在と判断された部分について、自働債権と重なり合う部分に限って114条2項によって既判力が生じます。

原告の訴求債権1000万円に被告が反対債権1000万円で相殺の抗弁を提出した場合、対抗したのは1000万円であるから反対債権1000万円の不存在に既判力が生じます。反対債権1000万円のうち、700万円は存在するとされ相殺で消滅したという場合、この700万円は「相殺による」不存在であり、残りの300万円は「相殺以外の理由による」不存在となり、あわせて1000万円の不存在に既判力が生じる。相殺が有効であった700万円だけに既判力が生じるわけではありません⁵。

2 残部の判断について

本問では第1訴訟における原告の訴求債権は300万円ですから、相殺をもって対抗していない200万円部分には既判力は生じません。もっとも反対債権は第1訴訟で審理判断されているわけですから、第2訴訟で改めて審理判断することは、腑に落ちません。

そこで、原則論の不都合性を論じた上で、信義則違反を論じることになります。

(1) 原則論の不都合性をどのように指摘するか

既判力の原則論を指摘した上で、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。

(2) 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

⁵ 高橋宏志「民事訴訟法概論」271頁（有斐閣、2016年）

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

ただし本問では規範で考慮要素を提示するよりも、一部請求訴訟における残部請求の可否の論点と似た状況にあります。そのため下記判例の下線部分に基づいて信義則違反を論じています。

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、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、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。

第6 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。第2訴訟で反対債権を再度審理することは、当事者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