

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、7：3)

次の事例について、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

Xは、平成22年6月10日、Yを被告として、売買契約に基づく代金の支払を求める訴えを提起した(以下、この訴訟を「第1訴訟」という。)。第1訴訟の請求の趣旨は、「Yは、Xに対し、150万円を支払え。」との判決を求めるものであったが、第1訴訟において、Xは、平成22年2月2日に、Yに対し、中古の建設機械1台(以下「本件機械」という。)を400万円で売却した旨主張し(以下、この売買契約を「本件売買契約」という。)、第1訴訟では上記売買代金のうちの150万円を請求する旨明示していた。これに対し、Yは、本件売買契約の成立を否認し、Xから本件機械を買ったのは売買契約締結の際にYとともに同席していた息子のZであると主張した。

受訴裁判所は、平成23年1月13日に口頭弁論を終結し、同年3月3日にXの請求を全部認容する判決をしたところ、同判決は同月17日の経過をもって確定した。

その後、Xは、平成23年4月7日、Yを被告として、本件売買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250万円の支払を求めた(以下、この訴訟を「第2訴訟」という。)

以下は、第2訴訟を担当している裁判官Aと司法修習生Bの会話である。

裁判官A：Xは、第1訴訟において、本件売買契約の代金は400万円であったと主張しながら、訴訟の中では、このうちの150万円を請求していますが、判例の考え方によると、この場合の訴訟物はどうなりますか。

修習生B：金銭債権の数量的一部請求の訴訟物に関する判例の考え方によれば、給付訴訟において、数量的一部請求であることが明示されていれば、一部請求部分のみが訴訟物であるということになりますから、第1訴訟における訴訟物は、売買契約に基づく代金支払請求権のうち150万円の支払を求める部分ということになると思います。

裁判官A：そうですね。そうすると、第1訴訟の確定判決によって、どのような点に既判力が生じますか。

修習生B：本件売買契約に基づき150万円の代金支払請求権が存在することについて既判力が生ずることになると思います。

裁判官A：そうですね。ところで、先ほどの数量的一部請求の訴訟物に関する判例の考え方を前提とすると、第2訴訟の訴訟物は、第1訴訟の訴訟物とは異なることにはなりますが、訴訟物が異なるという理由だけで、第2訴訟において、第1訴訟の確定判決の既判力が及ぶことはないと言い切れますか。例えば、第2訴訟において、裁判所は、第1訴訟の確定判決で認められた売買代金債権の発生そのものを否定する判断をすることもできるのでしょうか。

修習生B：前訴と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴の確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合はあったと思いますが、どのような場合がこれに当たるかについては、正確には覚えていません。

裁判官A：そうですね。それでは、第1訴訟と第2訴訟とで訴訟物が異なるにもかかわらず、第1訴訟の確定判決の既判力が第2訴訟にも及ぶことがあるのかどうか、さらには、それを踏まえ、第2訴訟において、Yは、どのような主張をすることが許されるか考えてみましょう。

〔設問1〕

裁判官Aと司法修習生Bの会話を踏まえ、第2訴訟において、Yは、次のような主張をすることが許されるか検討しなさい。

- ① Xから本件機械を買ったのはYではなく、Zであるとの主張
- ② 本件機械には隠れた瑕疵があり、その修理費用として平成22年10月10日に300万円を支払ったことにより、これと同額の損害を受けたので、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権と対当額で相殺するとの主張

〔設問2〕

仮に、第1訴訟において、XがYに対して本件売買契約に基づく代金全額（400万円）の支払を求める訴えを提起していたとする。この訴訟において、Yが〔設問1〕②の主張と併せて、本件売買契約に基づく代金として180万円を弁済した旨の主張をした場合に、裁判官が本件売買契約の成立のほか、Y主張のいずれの事実についても証拠によって認定することができるとの心証を抱いたときは、裁判所は、どのような点に留意して判決をすべきか検討しなさい。

2023年8月20日

担当：弁護士 瀬戸悠未

8月20日予備試験ゼミ 民法（平成24年予備試験）解説レジュメ

第1 出題の趣旨等

設問1は、既判力の作用等に関する理解を問うものであり、金銭債権の数量的一部請求についての判決確定後に残部請求がされた事例を取り上げることにより、明示された一部請求部分を前訴の訴訟物とする判例の考え方を踏まえ、既判力が生ずる範囲とその作用の仕方等に関する正確な理解や、それに基づく分析能力、論理的思考能力を試すものである。設問2は、民事訴訟における相殺の抗弁の特殊性に関する理解を前提に、その特殊性が裁判所の判断の仕方にどのような影響を与えるかを問うものである（以上、平成24年予備試験出題の趣旨）。

本問は、講師も受験生時代に悩み抜いた予備試験屈指の難問であり、既判力の本質に立ち返って考えることのできる良問でもある。設問1は、既判力という普遍的なテーマに関する問題でありながら、インプットした知識があまり役に立たないため、現場で誘導文を読みながら考える必要がある。

設問2は、主張を判断する順番は裁判所の自由であるという原則に触れつつ、相殺の特殊性を踏まえて論じることができればそれほど難しい問題ではない。

もっとも、本問の設問1も、判例法理に従って論述すればそれなりの合格点はつくと考えられるので、仮に本番で難問に遭遇したとしても、焦らず落ち着いて対応されたい。

第2 事案の概要

H22. 6. 10（第1訴訟）

訴訟物：XのYに対する本件売買契約に基づく代金支払請求権のうち150万円

請求原因事実：H22. 2. 2、XはYに対し、本件機械を400万円で売った。

Yの反論：否認。Xから本件機械を買ったのはYではなくZである。

H22. 10. 10 Y、本件機械の修理費用300万円を支出する？

H23. 1. 13 第1訴訟口頭弁論終結

H23. 3. 3 判決言渡し（請求認容）→同月17日の経過をもって確定

H23. 4. 7（第2訴訟）

訴訟物：XのYに対する本件売買契約に基づく代金支払請求権のうち250万円

請求原因事実：第1訴訟と同じ

Yの反論：第1訴訟と同じ（設問1①）

H22. 10. 10に本件機械の修理費用として300万円を支出したことにより、これと同額の損害を受けたので、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権と対当額で相殺（設問1②）

第3 各設問について

1 設問1①について

(1) 前提1 既判力の意義・客観的範囲

既判力：判決が確定した場合に生じる、訴訟当事者及び裁判所に対する拘束力・通用性

根拠：紛争の1回解決と手続保障のもとでの自己責任

客観的範囲：主文に包含するもの（民事訴訟法114条第1項）＝訴訟物

※趣旨：訴訟物に攻撃防御を集中させることにより、弾力的で迅速な審理を実現する。

(2) 前提2 明示的一部請求と残部請求

・先の訴訟で、一部であることが明示されている限りは、2つの訴えの訴訟物は別であり、このような一部請求・残部請求も許される（最判昭和37.8.10・民集16巻8号1720頁）。

・前訴の一部請求において、債権全体について審理を尽くした後に請求が棄却された場合、残部請求は許されない。（最判平成10.6.12・民集52巻4号1147頁〔百選80事件〕）

→判例は、明示的一部請求の訴訟に勝訴した場合には、残部請求が許されるが、敗訴した場合には、残部請求が許されないという立場を採っている。

→判例は外側説を採用しており、明示的一部請求を棄却する場合は、債権全体につき審理しているからである。

(3) 前提3 既判力の作用場面

「前訴の既判力が後訴に作用するのは、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾の関係にある場合である。」という言い回しがよく使われる。

→ 通常の問題であれば、この規範を使って、本問は第1訴訟の既判力が第2訴訟には及ばないと言ってしまっても良い。

→ しかし、裁判官が「訴訟物が異なるという理由だけで、第2訴訟において、第1訴訟の確定判決の既判力が及ぶことはないと言い切れますか。例えば、第2訴訟において、裁判所は、第1訴訟の確定判決で認められた売買代金債権の発生そのものを否定する判断をすることもできるのでしょうか。」と述べていることからすると、本問は、あくまで既判力の中で事案を解決してほしいことが読み取れる。

→ また、修習生は、上記に対し「前訴の確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合はあったと思いますが、どのような場合がこれに当たるかについては、正確には覚えていません。」と答えているが、これは、本問が「同一・先決・矛盾」とい

う枠組みのなかでは解決できないことを示唆している可能性が高い。

⇒ 上記設問1①のYの反論が、第1訴訟の訴訟物の判断と抵触していないか、裁判所がその反論を容れた場合、どのような判断をすることになるかを虚心坦懐に考える必要がある。

(4) 論述の方向性

- ・本問の第1訴訟の訴訟物と第2訴訟の訴訟物は、同一・先決・矛盾の関係にあるわけではない。
- ・前提2で挙げた百選80事件とパラレルに考えるのであれば、明示的一部請求理論を説明し、第2訴訟には第1訴訟の既判力が及ばないとした上で、信義則論に持っていく方向性がありうる（本番で起案するときはそれでも良い。ただし、百選80事件は前訴が請求棄却の場合の判断なので、本問でも百選80事件の理論構成をそっくりそのまま使えるわけではないことに注意する。）。
- ・もともと、設問の裁判官と修習生の会話からすると、信義則論ではなく、あくまで既判力の枠組みの中で解決してほしいことが読み取れる。
- ・論述の方向性は悩ましいが、参考答案では、誘導に乗る形で、売買契約自体を否認するYの主張は第1訴訟において認められた150万円部分とも矛盾抵触するものとして許されないとするという方向性で論述している。

2 設問1②について

(1) そもそも相殺の抗弁自体ができるのか

- ・基準時後の形成権行使

問題点：形成権は、形成権者の意思表示を待って初めて効力が生じるが、前訴で主張しないでおいた形成権を基準時後（前訴の事実審の口頭弁論終結時後）に行使して良いか。

取消権：前訴で行使できたのにしなかった取消権は、既判力によって遮断され、後訴では主張できない（最判昭和55.10.23・民集34巻5号747頁〔百選77事件〕）。¹

相殺権：後訴でも主張できる（遮断されない。）。

理由① 訴訟物たる権利に内在する瑕疵ではない。

理由② 相殺は、自働債権の消滅という形で出捐をする弁済方法の一種であり、これが行使されたからといって前訴の勝訴当事者の地位が無に帰するわけではなく、むしろ相殺権者の実質敗訴を前提とするもの。

¹ 解除権についても、判例はないものの、遮断を認めるのが多数説。

※ 近時は、既判力の正当化根拠を手続保障に基づく自己責任に求める立場から、前訴での形成権不行使について自己責任を問いうる場合と問えない場合とを区別し、前者の場合は遮断効を肯定し、後者の場合は遮断効を否定するという考え方もある。

⇒いずれにせよ、相殺の抗弁自体は既判力や訴訟上の信義則の観点からは問題なし

(2) 相殺を主張できる金額はいくらか

- ・明示的の一部請求の場合、一般的には外側説²
- ・本問で外側説に立つと、(売買代金総額の400万円-相殺金額300万円)で、残りの100万円部分については相殺が認められないこととなる。
- ・しかし、上記の考え方を貫くと、Yは第1訴訟で150万円を支払い、第2訴訟で100万円を支払い、その上、自らの損害賠償債権300万円を相殺により失うことになるから、売買代金の総額は400万円であるにもかかわらず、合計550万円も支払うことになってしまう(すなわち、第1訴訟部分の150万円部分が二重払いになってしまう。)

(3) 論述の方向性

- ・(2)まで論述することを求められているかどうかは、出題の趣旨からは不明なので、まずは(1)部分をしっかり論述すること。
- ・基準時後の形成権行使の原則論を述べた後、相殺の抗弁の特殊性を論述するという方向性で良いと思われる。

3 設問2について

(1) 原則

当事者から複数の主張がなされている場合、いずれの主張から判断するかは裁判所の自由である。いずれの主張を認めるかについては判決理由中の判断であり、既判力が生じないため、いずれの主張を認めても差異は生じないからである。

(2) 相殺の抗弁の特殊性

相殺の抗弁が判断された場合、自働債権の不存在について既判力が生じる³ (114

² まずは請求債権の全額を確定し、その額から相殺による減額をしたうえで、残存額が請求額以上である場合には請求を全部認容し、残存額が請求額を下回る場合には残存額の限度で請求を認容すべきであるとする見解。

³ 相殺をもって対抗した債権の存否は理由中の判断であるが、これに既判力を認めないと、相殺に供した債権を再び別訴で請求するおそれがあるからである。

条第2項)。このように、相殺の抗弁は、弁済や時効等のほかの防御方法と違い、被告自身の債権を失う不利益があるため、予備的に主張され、最後に審理されるという特質をもつ。

すなわち、弁済等によって、そもそも原告の債権が消滅している場合には、被告の自働債権を使う必要はなく、このような審理順序が確保されることによって、はじめて被告に手続保障が与えられたといえるのである。

(3) 論述の方向性

- ・原則論について軽く触れたのち、相殺の抗弁の特殊性を論じ、本問については180万円分の弁済の抗弁について先に判断し、残りの220万円分につき、相殺の抗弁について判断すべき旨を論述することが考えられる。

第4 参考文献

- 1 三木浩一ほか「リーガルクエスト 民事訴訟法 第3版」(有斐閣・2019年)
- 2 山本敬三ほか「有斐閣ストゥディア 民事訴訟法 第2版」(有斐閣・2018年)
- 3 高橋宏志ほか「民事訴訟法判例百選 [第5版]」(有斐閣・2015年)

以上

参考答案

第1 設問1

1 Yの主張①について

- (1) 第2訴訟におけるYの主張①は、第1訴訟の既判力の消極的作用により遮断されないかが問題となる。

既判力とは、確定判決の後訴に対する拘束力・通用性である。既判力の及ぶ範囲は「主文に包含するもの」(民事訴訟法(以下略)114条1項)、すなわち訴訟物の存否に関する判断に限られる。そして、明示の一部請求の場合、明示の一部が訴訟物となるため、既判力が生じるのも同部分に限られる。

- (2) 前訴と後訴の訴訟物が異なる場合でも、後訴で前訴の訴訟物と矛盾抵触する主張がなされ、裁判所がかかる主張を容れた結果、前訴の訴訟物と矛盾抵触する判断を強いられる場合には、かかる主張は既判力の消極的作用により遮断されると解する。

既判力の根拠は、紛争の一回解決にあるところ、後訴裁判所に前訴の訴訟物と矛盾する判断を求めることは、紛争の蒸し返しに繋がるからである。

- (3) 本件では、第1訴訟において、本件売買契約に基づく150万円の支払請求権について既判力が生じているところ、残額の250万円を求める第2訴訟において、Yは、Xから本件機械を買ったのはYではなくZであるとの主張をしようとしている。しかし、かかる主張は、売買代金債権の発生を否定することで、第1訴訟で既判力が生じた本件売買契約に基づく150万円の代金支払請求権の存在自体を否定するもので、第2訴訟の裁判所に、第1訴訟の訴訟物の判断と矛盾する判断を求めるものであるから、第1訴訟の既判力と矛盾抵触するものといえる。

したがって、Yの主張①は第1訴訟の既判力に矛盾抵触し、許されない。

2 Yの主張②について

- (1) Yの主張②は、平成22年10月10日に発生した300万円の損害賠償請求権を売買代金債権と対当額で相殺するというものである。もっとも、Yは、第1訴訟の口頭弁論終結日である平成23年1月13日より前に相殺権を行使できたにもかかわらず、同訴訟では相殺権を行使していない。Yは、第2訴訟においてXから請求されている250万円全額につき、相殺権を行使することができるか。

- (2) 形成権は、形成権者の意思表示によって効力を生じることから、基準日後も行使できるようにも思える。しかし、紛争の一回解決の観点から、前訴で主張することが期待できた形成権は、前訴の既判力により遮断されると解する。

もっとも、相殺の抗弁は、自己の債権の消滅という形で出捐をする弁済方法の一種であり(民法505条1項参照)、相殺権者の実質敗訴を前提とする主張であるから、前訴で主張することが期待できたとはいえない。また、相殺が実質敗訴を前提とする主張である以上、後訴で主張させても前訴の蒸し返しにはならないから、相殺の抗弁は後訴でも主張できる。

(3)ア 次に、Xからは、第1訴訟で150万円、第2訴訟で250万円の合計400万円の請求がなされているところ、Yの自働債権額は300万円にとどまる。そこで、相殺による控除の対象となるXの債権の金額は、総額の400万円を基準にすべきか、第2訴訟の250万円を基準にすべきかが問題となる。

イ この点、明示的一部請求の訴訟では、紛争の一回解決に資するため、原則として債権の総額から相殺金額を減額すべきであると考えられる。

しかし、明示的一部請求の前訴で相殺の抗弁がされずに請求が全部認容された後、残部請求の後訴で初めて相殺の抗弁がされた場合には、前訴の認容額を控除した額から、相殺金額を減額すべきである。この場合、原則通り債権総額から相殺金額を控除してしまうと、相殺権者が実質的に二重払いを強いられることになるからである。

(3) 本件では、第1訴訟において150万円が認容されているため、売買代金総額の400万円から150万円を控除した250万円を基準として、相殺金額を控除することになる。

したがって、Yは第2訴訟で②の主張を行うことで、第2訴訟でXから請求されている250万円全額につき相殺権を行使できる。

第2 設問2

1 裁判所は、先にYの弁済の抗弁について認定し、残額につき相殺の抗弁に対する判断を行うべきである。

2 当事者から複数の主張がなされている場合、いずれの主張から判断するかは、原則として裁判所の自由である。いずれの主張を認めるかは判決理由中の判断にすぎず、既判力を生じないため、いずれの主張を先に判断しても差異を生じないからである。

もっとも、相殺の抗弁が判断された場合は、自働債権の不存在について既判力が生じる(114条第2項)。したがって、相殺の抗弁については、他の防御方法と異なり、被告自身が自働債権を失うという不利益があるため、被告への手続保障の観点から、最後に審理判断されるべきである。

3 本件では、XのYに対する本件売買契約に基づく売買代金400万円のうち、先に180万円の弁済の主張を認めてこれを控除し、残額の220万円につきYの相殺の抗弁を認めるべきである。

そうすれば、相殺の主張をした300万円のうち、220万円の自働債権の不存在については既判力が生じるが、残額80万円については既判力が生じないから、Yはこれを別途請求することができることとなる。

以上

2023年8月20日

担当：弁護士 瀬戸悠未