

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。

## 平成 24 年予備試験民事訴訟法 解答

### 第 1 設問 1

#### 1 主張①について

- (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 訴訟で主張①をすることはできるか。当事者の争点処分自由と裁判所の審理の機動性の確保の観点から、「既判力」(民事訴訟法(以下、略)114条1項)は訴訟物に生じるところ、主張①は第 1 訴訟の既判力に抵触しないか。

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。

本件では、まず、第 1 訴訟では、本件売買契約に基づく代金支払請求権 150 万円の存在について既判力が生じている。第 2 訴訟は、本件売買契約に基づく残額 250 万円の支払請求であり、第 1 訴訟と第 2 訴訟の訴訟物は異なる。したがって第 2 訴訟において主張①をして、残額 250 万円の支払いを争うことは、第 1 訴訟の判決内容と矛盾・抵触するものではない。

以上より、Y は主張①をできるようにも思える。

- (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)。第 1 訴訟で Y は同様の主張をしており、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、主張①を排斥することはできないか。

まず、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した場合に認められる争点効は採用できない。なぜならば、明文の規定がなく適用範囲が不明確となり、法的安定性を図るといふ既判力の趣旨と矛盾するからである。

では、信義則(2条)により主張①は排斥されないか。

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相手方の信頼、②前訴での主張可能性、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。

本件では、Y は第 1 訴訟で主張①と同様の主張をし、排斥されている。したがって X は同様の主張はなされないとの信頼が生じており(①)、Y は前訴で主張可能だったと言える上(②)、同様の主張は実質的には前訴の蒸し返しである(③)。

よって、主張①は信義則により排斥される。

- (3) 以上より、Y は主張①をすることはできない。

#### 2 主張②について

(1) 主張②が、第1訴訟の判決内容と矛盾・抵触するものではないこと、争点効を採用できないことは前述と同様である。では、主張②は信義則により排斥されないか。前述と同様の基準で判断する。

まず、主張②は第1訴訟で争点となっていない上、平成22年10月10日にYが修理費用を支払ったという事実をXが把握していたという事情もないため、Xに信頼は生じていない(①)。次に、相殺の主張は自己の債権を犠牲にする点で実質的な敗訴であり、第1訴訟での主張可能性もない(②)。最後に、相殺の主張は、反対債権の存在、すなわち本件売買契約に基づく代金支払請求権の存在を前提とするものであるから、第1訴訟の蒸し返しであるともいえない(③)。

よって第2訴訟で主張②を主張することは信義則に反するとは言えない。

(2) 以上より、Yは主張②をすることができる。

## 第2 設問2

1 まず、前述の通り、当事者の争点処分自由と裁判所の審理の機動性の確保の観点から、既判力は訴訟物にのみ生じる。かかる帰結として、裁判所は訴訟物の判断に直結する主張から自由に審理することができる。この方が、紛争解決のためには迅速・経済であるし、後訴で問題とならない以上、適正・公平性を害さない。したがって、相殺の抗弁と弁済の抗弁はいずれから審理してよいとも思える。

2 もっとも、相殺の抗弁は、反対債権についての紛争の蒸し返しを防ぐ必要がある上、反対債権の存否の審理判断について手続保障が与えられていることから、反対債権の不存在についても既判力が生じる(114条2項)。そのため、裁判所の審理の機動性は犠牲となり、相殺の抗弁は、他の抗弁を審理し、請求債権の存在が確定されて初めて反対債権の審理に入ることができる。

3 以上より、裁判所は、弁済の抗弁を先に認定する必要があるという点に留意して判決をすべきである。

以上

# 事前特別強化ゼミ 民事訴訟法 解説

令和4年10月28日




弁護士 門馬憲吾

## 1 はじめに

民事訴訟で重要なことは、㉞対立する利益配分を意識すること、㉟民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

㉞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。

㉟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>

<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

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、と言われていることがあります。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 本問を解く際の注意点

- (1) まずは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。

## 3 設問1主張①について

### (1) 原則論

問題文では、一部請求で既判力が生じる部分について述べられているので、既判力論を長々と論じる必要はありません。端的に問われている部分に直結するように問題提起をしましょう。

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、厳密に言うと、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。つまり、**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

---

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

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。

本件では、問題文で述べられている通り明示の一部請求と残部請求は、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。売買代金請求権が存在することと存在しないことは両立するのです。以上より、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！と判断されたこと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150万円が存在する！と判決されたが、後訴で残りの250万円が存在しない！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わかりやすいかと思います。

## (2) 修正の必要性

まずは原則論を丁寧に論じた上で、修正の必要性を論じましょう。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。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十二分です。

## (3) 例外論

まず、争点効は有名な学説なので端的に論じた方がよいと思います。その上で信義則を論じましょう。裸の利益考量とならないように信義則の規範では考慮要素を挙げたいところです。問題文の事実を抽象化して規範をでっちあげれば足ります。

規範まで挙げる事ができれば主張①の当てはめは簡単かと思います。

## 4 設問1 主張②について

原則論を論じる場所は主張①と同様です。例外論の当てはめでは、相殺の特殊性に言及したいです。すなわち、相殺は自己の債権を犠牲にする点で被告側にとっては不利な抗弁です。被告側からすれば可能な限り主張は避けたいので、第1訴訟で主張を要求するのは酷と言えます。したがって、主張可能性はないと認定できます。また、前訴の蒸し返しとは、前訴で争ったことを再度後訴で争うということです。相殺は、反対債権の存在が前提となるのだから、反対債権（売買代金請求権）がないと争っている前訴では争点となっておらず、蒸し返しともいえません。よって、信義則に反するとまでは言えないこととなります。

## 5 設問2について



聞かれていることはわかりにくいですが、設問1との整合性を図ると評価は高いと思われます。すなわち、設問1では既判力が問われています。既判力は訴訟物にのみ認められます。この既判力が訴訟物にのみ認められる理由に着目して原則論を論じたいです。訴訟物にのみ認められる理由は、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であります。既判力が判決理由中の判断に生じないことで、当事者はある争点を深くは争わないという自由を得るし、裁判所も実体法の論理的順序、時間的順序にとらわれずに、訴訟物の判断に迅速に達する訴訟運営をすることができるのです。したがって、裁判所がどの抗弁から審理してもよいのが原則となります。

もっとも、相殺の抗弁は相殺に付した自働債権の不存在について既判力が生じます（114条2項）。既判力を認めないと、被告は自働債権を後訴で訴求することが妨げられず、前訴の解決が実質的に崩壊してしまうからです。このように前訴の安定性を図り原告の利益に配慮する一方、被告は自働債権を失うという不利益を被ります。また、そもそも、相殺は受働債権の存在が確定しなければ認めることができません。そこで、相殺の抗弁は、被告が主張する他の防御方法がすべて認められないときに初めて審理される予備的抗弁となるのです。裁判所は弁済の抗弁を先に認定しなければならないこととなります。

以上より、設問2は既判力の考えをベースに裁判所の審理・判断の順序が左右されることを論じると高い評価が得られると思われます。

以上

# 採点基準

50点（設問1：28点、設問2：12点、裁量点：10点）

設問	項目	配点	点数
設問1 主張①	原則論	4	
	原則の修正論	2	
	反射効	2	
	信義則	8	
	結論	1	
設問1 主張②	原則論	2	
	信義則	8	
	結論	1	
設問2	原則論	4	
	相殺の特殊性	7	
	結論	1	
裁量点		10	

2022年10月30日

担当：弁護士 門馬憲吾

# 最優秀答案

2022年10月30日 特別ゼミ 民事訴訟法・答案

回答者：S. I.

## 第1 設問1

### 1 ①の主張について

(1) まず、①の主張が許されるかを判断するにあたり、第1訴訟の既判力が及ぶ範囲について検討する必要がある。

ア 既判力とは確定判決の判断内容の後訴での通用性ないし拘束力をいう。そして、既判力は判決主文に示された訴訟物たる権利・法律関係についての判断につき生じる（民事訴訟法114条1項、以下法令名省略する。）。

イ 本件において、第1訴訟の訴訟物は、本件売買契約に基づく代金400万円のうち、150万円の支払請求権であり、全部認容判決が下されている。

ウ したがって、本件売買契約に基づく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じる。

(2) 次に、第1訴訟の既判力が第2訴訟に作用するかについて検討する。

ア 前訴と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴の既判力が生じた訴訟物と後訴の訴訟物とが先決関係にある場合や、矛盾関係にある場合には前訴の既判力が後訴に作用すると考える。

イ 本件において、第1訴訟の訴訟物は本件売買契約に基づく代金400万円のうち150万円の支払い請求権であり、第2訴訟の訴訟物は本件売買契約に基づく代金400万円のうち250万円の支払い請求権である。

第1訴訟の訴訟物が第2訴訟の訴訟物の発生における論理的前提となっている関係ではないため、先決関係にあたらぬ。また、第1訴訟の訴訟物と第2訴訟の訴訟物は一部請求と残部請求の関係にあり両立するため、矛盾関係にもあたらない。

ウ したがって、第1訴訟の既判力は第2訴訟に作用しない。

(3) もっとも、争点効の理論を採用することにより、①の主張は遮断されないか。争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ裁判所がこれを審理して下したその争点についての判断に生ずる制度的な通用力をいう。しかしながら、実定法上の根拠がないまま、不明確な要件による制度的効力としての拘束力を認めるべきではないから、否定すべきである。

(4) そうだとしても、①の主張は信義則（2条）に反し遮断されないか。

ア 前訴での主張との実質的同一性や前訴での主張可能性などを考慮したう

えで、後訴での主張が実質的に前訴の蒸し返しにあたる場合には、信義則に反し主張が遮断されると考える。

イ 本件でYは、第1訴訟においてXから本件機械を買ったのは息子のZであると主張している。そして、①の主張はこれと同様の内容であるから、実質的に前訴の蒸し返しにあたる場合であるといえる。

ウ したがって、①の主張は信義則に反し、遮断される。

(4) よって、第2訴訟においてYが①の主張をすることは許されない。

## 2 ②の主張について

(1) 前述のとおり、第1訴訟の既判力は第2訴訟に作用せず、争点効についても否定すべきである。そこで、②の主張が信義則に反するかにつき前述の基準において検討する。

ア ②の主張内容は相殺の抗弁であり、本件売買契約の成立を否認する第1訴訟においてのYの主張と実質的同一性があるとはいえない。また、相殺の抗弁は実質的に敗訴といえるため、第1訴訟での主張が必ずしも期待できるとはいえない。そのため、実質的に前訴の蒸し返しにあたる場合とはいえない。

イ したがって、②の主張は信義則に反せず、遮断されない。

(2) よって、第2訴訟においてYが②の主張をすることは許される。

## 第2 設問2

1 本問では、裁判所が弁済の抗弁と相殺の抗弁を認定する順序が問題となる。

2 弁済の抗弁と相殺の抗弁はいずれも判決理由中の判断となるものである。そして、判決理由中の判断には既判力が生じない(114条1項)ため、裁判所は実体法上の論理的順序にこだわらずに認定できるのが原則である。

しかしながら、相殺の抗弁が認定された場合には反対債権の不存在について既判力が生じる(114条2項)ため、相殺の抗弁を弁済の抗弁より先に認定することは被告の合理的意思に反する。

したがって、相殺の抗弁は弁済の抗弁の後に認定しなければならないと考える。

3 よって、裁判所は、弁済の抗弁を先に認定しなければならないという点に留意して判決をすべきである。

以上

採点・添削コメント

50点（設問1：28点、設問2：12点、裁量点：10点）

設問	項目	配点	点数
設問1 主張①	原則論	4	3
	原則の修正論	2	1
	反射効	2	2
	信義則	8	6
	結論	1	1
設問1 主張②	原則論	2	2
	信義則	8	5
	結論	1	1
設問2	原則論	4	3
	相殺の特殊性	7	4
	結論	1	1
裁量点		10	8
合計			37

【コメント】

答案作成お疲れ様でした。

全体的に、端的に必要な部分が論じられており、非常に良い答案でした。

設問1は論じる流れも量も必要十分で、上位合格レベルです。主張②について、時的範囲の問題として論じる受験生が多かったのですが、きちんと主張①と対比の上、信義則の問題として論じられていました。

唯一惜しかったのは、第1訴訟の既判力が第2訴訟に及ぶか、という点の論じ方です、単に訴訟物が違うというだけでは足りません。前訴既判力がどの部分に生じ、後訴訴訟物とどこが矛盾抵触するのか、矛盾抵触する部分が判決理由中の判断に過ぎないという点まで論じる必要があります。ここは他の受験生も書けていなかったもので、差がつけられる部分だと思います。

設問2もきちんと原則論から論じられており非常に良かったです。このような難しい問題で原則論から指摘できるのは、非常にレベルが高いと思いました。

総じてよく書けていましたので、この調子で頑張ってください！

以上