

論文式試験問題集  
[民事訴訟法]

## 【民事訴訟法】

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。なお、配点の割合は、3：3：4とする。

### 【事例】

1 甲は、機械の製造業を営んでいる。乙は、甲の下請として、機械部品を製造している。甲と乙は、これまで継続的に請負取引をしており、乙は、甲からの発注書に基づいて部品を製作し、甲に対して完成品を納入していた。

甲は、新型機械の製造を企画し、右新型機械の部品を請負代金800万円で乙に依頼した（以下、「本件請負契約」という）。乙は、本件請負契約を期限通りに完成させ、甲に納品した。しかし事業不振に陥っていた甲は、資金繰りに窮していたことから、乙に対し、請負代金の支払い期限の延長を依頼した。乙は、継続的な取引があった甲を信頼し、これを了承した。

もっともこれ以降、乙が甲に督促しても、甲が具体的な弁済案を示さなかったことから、乙は、しびれを切らして、請負代金800万円の支払いを求める訴えを裁判所に提起した（以下、「本件訴訟」という）。

2 甲と乙は、本件訴訟に代理人をつけずに臨んだ。甲は、本件請負契約を締結した事実などの請求原因事実を認めたものの、すでに請負代金800万円は弁済したとの抗弁を提出した（以下、「本件弁済」という）。

審理の結果、確かに、本件請負契約の納品後、甲から乙に対する送金の事実は確認されたものの、甲と乙は継続的に取引をしていたことから、甲が乙に対して本件請負契約以外にも、複数の債務を負担していることが判明した。

3 審理も終盤に差し掛かり、乙社の従業員であるAが出頭し、証人尋問を実施した。Aは、「確かに甲から800万円を受領したことはあるが、本件請負契約とは別の債務の弁済である」と供述した。裁判所は、Aの供述がその他の証拠に照らして正しいとの心証を得た。

### 【設問1】

裁判所は、Aの供述を基に、当事者が主張していない、別の債務の弁済の事実を認定することができるか。弁論主義の適用があるのはどのような事実で、別の債務に対する弁済の事実はどのように位置づけられるかを踏まえて答えなさい。

### 【事例続き】

（上記事情に加えて、次の事情があった。）

甲は、本件弁済の抗弁のほかに、消滅時効の抗弁を予備的に主張した（以下、「本件消滅時効」という）。客観的には、時効が成立していたものの、甲は、消滅時効が成立していないものと勘違いし、消滅時効の主張を撤回した。

### 【設問2】

本件消滅時効の抗弁が成立すると仮定した場合、裁判所は本件消滅時効の主張の撤回について、甲の真意を釈明すべきか。

### 【事例続き】

（上記事例に加えて以下の事情があった。）

甲は、乙に対し、本件訴訟の反訴として、違約金1600万円の支払を求める訴えを提起した（以下、

「**本件反訴**」という)。右違約金は、甲乙間で取り交わした契約書に基づく請求である。甲と乙は、基本契約として、「乙は、甲の指定した規格によるものを甲の発注書により製造し、甲に対し納入するものであって、勝手に製造・販売してはならず、これに違反したときは、乙は、甲に対し、販売定価の2倍を補償する」との約定を結んでいた（以下、「**本件約定**」という）。

乙社の従業員Aは、証人尋問において、本件約定に関して、「甲からは、本件約定を結ばないと今後取引に一切応じないと脅された。業界慣行としても、このような約定を結ぶことはない」と述べた。

裁判所は、複数の証拠より、確かに乙が、本件請負契約に基づく製品を、他社である丙に販売したとの心証を得た。しかしながら、Aの証言に照らせば、甲乙間の契約は、甲の優越的な地位を利用した一方的な契約であり、公序良俗（民法90条）に反して違法との心証も得た。なお、甲乙は公序良俗違反又はそれを具体的に基礎づける事実の主張をしていなかった。

### 〔設問3〕

- (1) 甲および乙が公序良俗又はそれを具体的に基礎づける事実の主張をしていないにもかかわらず、裁判所が公序良俗を認定することは、弁論主義との関係で問題とならないか。弁論主義に反しないとの立場から、端的に立論しなさい。
- (2) 仮に弁論主義に反しない場合であっても、裁判所が公序良俗を理由に本件反訴を棄却することは、弁論権との関係で問題ないか。裁判所はどのような対応をするべきか。

以 上

参考答案  
[民事訴訟法]

### 第1 設問1

1 本件弁済が、本件請負契約とは別の債務に対する弁済である事実（以下、「本件事実」という）は、証人Aからしか語られていないところ、裁判所はこれを判決の基礎とすることはできるか。弁論主義の適用範囲が問題となる。

2 弁論主義とは、判決の基礎となる事実および証拠の収集・提出を当事者側の権能・責任とする原則をいい、その機能として、裁判所は当事者の主張しない「事実」を判決の基礎とすることはできない（訴訟資料と証拠資料の峻別）。

ここでいう「事実」は、主要事実を指す。なぜならば、弁論主義の根拠は、実体法上の私的自治の訴訟法的反映として、当事者の意思を尊重した点にあり、心理の骨格をなす主要事実のみ弁論主義の適用を認めれば、当事者意思の尊重としては足りるからである。

3 本件について、弁済の抗弁を主張する側は、単に弁済した事実だけでは、いずれの債務に給付されたものかが明らかでないから、当該弁済が請求債権についてなされた事実を立証する責任を負う。そうすると、本件事実は、本件請負契約への弁済をマイナス方向に推認させる間接事実となるから、弁論主義の適用はない。

4 よって裁判所は当事者が主張していない本件事実を認定することができる。

### 第2 設問2

1 裁判所は、本件消滅時効の抗弁について、甲の真意を釈明（法149条1項）すべきか。同項が「できる」と規定しているところ、当事者意思を尊重した弁論主義との関係で問題となる。

2 また法149条1項の趣旨は、当事者に訴訟での主張・立証の機会を十分に与えるという弁論権の保障にある。したがって裁判所は、判決結果に影響を与える蓋然性、当事者間の公平性の有無等を考慮して、釈明義務を負う場合がある。

3 本件について、確かに甲は請求原因を認めていることに加え、本件弁済の抗弁も認定がなされないから、消滅時効の成立が認められれば、判決結果に影響を与える蓋然性は高い。また本件では、一度は甲から消滅時効の抗弁が主張されており、訴訟において、甲の時効援用の意思表示が顕出されている。

しかし民法145条が当事者に時効の援用を求める趣旨は、時効利益の享受の有無を当事者の意思に委ねた点にあるから、裁判所が積極的に釈明すべきではない。また、時効が援用されると請求債権は消滅し当事者への影響が大きく、時効主張を促すような釈明は当事者の公平を害する。

4 よって裁判所は本件消滅時効の主張の撤回について釈明すべき義務はない。

### 第3 設問3（1）

1 公序良俗またはこれを具体的に基礎づける事実、証人Aか

らしか語られていないところ、裁判所は、これを判決の基礎とすることはできるか。弁論主義の適用範囲が問題となる。

- 2 前述のとおり、弁論主義の根拠は、民事訴訟手続において私的自治を尊重する点にある。そのため私的自治が妥当しない場面では弁論主義の根拠が妥当しない。

公序良俗は、公益的観点から、これに反する法律行為の効果を無効とする規定であり、私的自治が妥当しない。したがって弁論主義の根拠が妥当しないため、公序良俗違反について、弁論主義は適用されない。

- 3 よって当事者が具体的事実を主張していない公序良俗違反を、裁判所が証拠資料から認定し、判決の基礎とすることは弁論主義に反しない。

### 第3 設問3（2）

- 1 裁判所が、公序良俗違反を判決の基礎とする場合、当事者に積明する義務はあるか。法の適用は裁判所の専権である以上、問題となる。
- 2 法律問題は裁判所の専権事項であるが、法律構成が変われば争う事実も変わる。また法149条1項の趣旨は、前述のとおり、当事者に訴訟での主張・立証の機会を十分に与えるという弁論権の保障にある。そこで同一の事実につき、当事者の主張と異なる法的観点を採用する場合は、法的観点指摘義務が生じ得る。義務が生じるか否かは、前述の積明義務と同様に判断す

る。

- 3 本件では、本件約定の存在によって本件反訴が認容され得るところ、公序良俗違反という法的構成をとることによって、甲が敗訴するという勝敗転換の蓋然性が認められる。また甲は優越的地位を利用して本件約定を締結しており、公益的な観点から公序良俗違反を指摘しても、当事者の公平を著しく害することはない。さらには本件は当事者訴訟であるから、積明権の行使を待たずに法律の専門家でない乙から公序良俗違反という法的主張がされる期待可能性はない。したがって裁判所は、乙に公序良俗違反を主張するか否かを明らかにするよう促すとともに、乙に対して十分な反論や反証の機会を与える義務が生じていたといえる。
- 4 よって裁判所は、公序良俗違反を判決の基礎とする場合、当事者に積明する義務がある。

以上

明大法曹会答案練習会 2024年民事訴訟法

## 採点基準

50点（設問1：12点、設問2：12点、設問3：16点、裁量点：10点）

設問	項目	配点	点数
設問1	問題提起	3	
	弁論主義の定義・趣旨	4	
	当てはめ	4	
	結論	1	
設問2	問題提起	3	
	釈明義務の規範	3	
	当てはめ	5	
	結論	1	
設問3(1)	問題提起	1	
	規範（弁論主義の根拠に照らして判断）	2	
	結論	1	
設問3(2)	問題提起	3	
	法的観点指摘義務の規範	3	
	当てはめ	5	
	結論	1	
裁量点		10	
合計点		50	

【コメント】

明大法曹会答案練習会

## 民事訴訟法 解説レジュメ

令和6年3月8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、①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<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るのであれば、他の科目の利益配分もうまくいきます。

①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

<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<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 本問の出題趣旨

基本的な論点である弁論主義と釈明権を問う問題です。回答にあたっては、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してほしいです。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、落ちない答案を書くことができます。

## 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 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。

---

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

#### 第4 設問1について

1 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です。

本問のポイントは、本件弁済が本件請負契約とは別の債務に対する弁済であるという事実が、証人Aの口からしか語られておらず、（訴訟資料ではなく）証拠資料に過ぎないという点です。

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。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、一番下段の「証拠」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。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。

2 このような構造を前提に、本件弁済が本件請負契約とは別の債務に対する弁済であるという事実が、どのような位置づけになるのかを検討する必要があります。

最判昭和46年6月29日判時636号50頁は、同種の事案で、間接事実には弁論主義が適用されないとしました。事案は、手形金請求事件の被告Yが、請求債権は弁済したという抗弁を提出しました。裁判所は、この抗弁を排斥したのですが、その際、YからXへの金銭の移動は確かにあったけれども、それは別の債務に足する弁済であって、請求債権への弁済ではないと認定しました。そこで別の債務に対する弁済は当事者が主張していないことだから弁論主義に反するとして上告したものの、上告は棄却されました。別の債務への弁済は、当該別の債務が訴訟物となる訴訟では抗弁であって主要事実であるが、この事件では、請求債権への弁済をマイナス方向で推認させる間接事実となり、間接事実である以上、当事者の主張がなくとも認定してよい、と判断しました。

3 以上より、裁判所は、本件弁済が本件請負契約とは別の債務に対する弁済であるという事実を、当事者の主張なしに認定することが可能となります。

#### 第5 設問2について

1 設問2は、ピラミッドの内、「事実に関する主張」の問題です。「事実に関する主張」は、弁論主義第1・第2テーゼが支配する領域であり、当事者意思の尊重が欠かせません。そのような領域で、裁判所がどこまでの義務を負うのか、という点が問わ

れております。したがって設問2の基本的な考え方としては、事実の主張は当事者に委ねられており、原則論として、裁判所が介入すべきではないが、他方で、裁判所には、当事者が主張立証を尽くす機会を提供しなければなりません。このようなせめぎ合いがあることを意識するだけで、自ずとよい答案が書けると思います。

2 当てはめについて、一般的には時効主張に関する釈明義務はないと解されますが、本件の具体的事情に照らすと逆の結論もあり得ます。

すなわち甲はいったん時効主張をしたのであるから、時効利益享受の当事者の意思が一度は現れたといえるし、当事者がまったく時効主張をしていない場合と比べて、当事者の公平性を害する程度も少ないといえます。

また、本件は当事者訴訟ですので、裁判所が後見的な役割が期待されることもあります。

したがってこれらの事情を指摘した上で、裁判所の釈明義務を肯定する結論もあり得ます。

## 第6 設問3（1）について

本問も、「事実に関する主張」の問題です。すでに述べた通り、「事実に関する主張」は弁論主義第1・第2テーゼが支配する領域でありますから、当事者の主張が必要です。この点を弁論主義の根拠に遡って修正できるかという現場で考える応用問題となります。

## 第7 設問3（2）について

1 最後の問題は、「法律に関する主張」の問題です。この領域では、当事者意思の尊重は後退し、裁判所の権限が強調されます。法適用の専権を有する裁判所は、訴訟で顕出された事実に対して、どのような法を適用しようとも基本的には自由なわけです。

もともと、訴訟における事実は、無目的に提出されるわけではなく、実体法たる法的観点に支えられているわけですから、法律問題と事実問題は密接に関連しています。また釈明権の趣旨は、当事者間に主張立証を尽くさせる点にあります。

したがって仮に弁論主義違反がないとしても、それでよしとするのではなく、裁判所の採る法律構成がどのようなものであるかを当事者に伝え、その法律構成を裁判所と両当事者間の中で討議すべき場合もあります。これが裁判所の法的観点指摘義務となります。

2 ここでの論じ方のポイントも、「法律に関する主張」のステージでは、裁判所に主導権があり、当事者意思が後退するのが原則ではあるけれども、裁判所も勝手気まま

に法律構成を採用することはできず、例外的に法的観点指摘義務を認める必要がないか、と原則・例外を意識して論じることが大切です。

- 3 高橋先生も公序良俗違反に関する法的観点指摘義務について、下記のように記しています。わかりいいのでそのまま引用します<sup>4</sup>。

（高橋宏志「民事訴訟法概論」128頁（有斐閣、2016年）より引用）

法的観点指摘義務は指摘して討議することに重点がある。そこでの討議の結果に、裁判所は、法的に拘束される訳ではない。法律問題については、裁判所が最終的な判断権を持っているからである。ここから、弁論主義が適用にならない例外となる公序良俗違反の扱い方が鮮明となる。公序良俗違反などは、弁論主義の例外となり、証拠資料から公序良俗違反が明らかとなれば訴訟資料になくとも裁判所は公序良俗違反を判決の基礎とすることができる。公序良俗は、弁論主義の例外となり、証拠資料から公序良俗違反が明らかとなれば訴訟資料になくとも裁判所は公序良俗違反を判決の基礎とすることができる。公序良俗は、法律の中の法律、最も基本的な法律であること、また、たとえば博打の金であったというようなことは両当事者とも陳述しようとしなくてよいこと、を背景にした処理である。証拠資料が訴訟資料を補充してよいのである。しかし、両当事者とも公序良俗違反で判決されることに気が付いていない場合、裁判所は、公序良俗違反の可能性を指摘し両当事者と討議しなければならない。両当事者との討議・反論の中で、当該事件では公序良俗違反ではないと裁判所が心証を変更することがあり得る。しかし、指摘したにもかかわらず、両当事者とも主張に反映させず訴訟資料としない、裁判所の心証は変わらないというときは、裁判所は両当事者の態度に拘束されず、公序良俗違反と判決してよい。これが、典型的な法的観点指摘義務の例である。

## 第7 おわりに

各設問を論じる際は、ご自身が、民事訴訟におけるいずれのステージを論じているのか、誰の利益を考慮しているのかを意識してみましょう。

民事訴訟における各ステージで、誰の利益が重視されているのか、原則論はなにかを考えてみましょう。併せて、原告に有利な主張であるならば、被告や裁判所にどのような不利益が生じるのかを具体的に検討してみてください。その際には、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済という視点が大切です。答案で明示的に書かな

<sup>4</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」128頁（有斐閣、2016年）

くても、自分が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。

最後に、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を掲載します。

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。

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

試験科目	試験地
民事訴訟法	明治大学

# 最優秀答案

回答者：T.U. 38点



民事訴訟法 1 頁

民事訴訟法 2 頁

[設問1] 裁判所はAの供述を基に、別々の債務・毎々の事実を認定するが、当事者が主張した内容に基づき、弁論主義との問題が生じる。

1. 弁論主義とは、訴訟資料の収集・提出は当事者の権能および責任と責任とあり、裁判所は当事者が主張した事実を判決の資料として用いる(第17-18)が原則である。

2. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉑ ニニという事実とは主要事実をいう。主要事実には適用がし、弁論主義の目的は果たすべし、間接事実には適用がし、事実認定に不自然な部分が生じ、自由心証主義(民事訴訟法247条、以下省略)を害するおそれがあるためである。

㉒ ① 甲による損害は毎々の債務の消滅であるから、甲から2に付する送金の事実が主要事実にあたる。もともと、この送金の事実が本件請求の基礎となる毎々の債務であるから、別々の債務・毎々の事実というAの供述は、本件毎々の主要事実、推認を覆すものがあるから、間接事実にあたる。

㉓ よってAの供述を基に、別々の債務・毎々の事実を認定するから、弁論主義第17-18は適用がしなす。

3. 以上より、裁判所はAの供述を基に、別々の債務・毎々の事実を認定するからである。

[設問2] 裁判所は本件消滅時効の主張を撤回しつつ、甲の真意を釈明すべきか。

1. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉑ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉒ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉓ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉑ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉒ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉓ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉔ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉕ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉖ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉗ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉘ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉙ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉚ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉛ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉜ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉝ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉞ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㉟ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊱ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊲ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊳ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊴ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊵ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊶ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊷ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊸ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊹ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

㊺ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺

**【注意事項】**  
**1 答題用紙の構成**  
 本試験問題は、別冊の答案用紙です。  
 解答、解説の記載を希望して提出した場合には、試験時間内に申出た場合を除き、得点となるので、注意してください。  
 なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気が付いた場合には、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換えの申請には一切応じません。）  
**2 答案用紙の書き方**  
 答案用紙の取換え、追加取寄せはしませんので、押しすぎたり書きすぎ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、解答欄の枠内に書き込んでおくべきです。なお、解答欄の枠外（罫線部分及びその外側の空白部分）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えないものに限る。）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取り扱われます。  
 (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が横行にわたる場合は別紙で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。  
 (4) 答案用紙の取換えを希望して提出した場合には、罫線部分の罫線は「罫に罫線」、それ以外の罫線は「罫から罫線」とだけ、試験時間中に他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) 答案用紙の枠外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試験管理員として採点となります。

1. 甲が乙を傷害し、民事訴訟法に定める損害賠償請求権を行使し、民事訴訟法に定める  
 請求権を行使するものとする。

3. 事件約定は、公序良俗に反し違法であるとして裁判所に心証を得  
 ている。よって、違法な事実があることを前提とするが、弁論主義も争点  
 であるから争点となる。

4. 以上より、裁判所が公序良俗を認定するに際し、弁論主義との関  
 係が問題となる。

(2) この場合、裁判所はどのような対応をすべきか。公序良俗を理由に事件  
 反論を棄却するに際し弁論権との関係が問題が生じる。

1. 争点として争う場合、判決があるにせよ争点として争うことが生じる  
 ため、弁論権を争うことも認めらる。

2. 1.にも前述のとおり、違法な事実を前提とした判決は適正な審判  
 の観点から認めらるものがある。

3. 争点として争う要件から、違法性が事件約定に認定されたとしても無効に  
 して勝敗を争う蓋然性を認めらる(○)。甲乙ともに主張があるとして  
 なる以上、主張の期待可能性を認めらる(○)。よって違法である以上、一  
 方のみを不公平であるとする(○)にせよ、弁論権の行使に争点  
 が生じるものがある。

4. 以上より、弁論権を行使するにせよ、裁判所は当事者の弁論権を

行使する対応をすべきである。当事者が主張するにせよ争点として争うこと  
 として争点となる。

以上

## 最優秀答案

回答者 T.U. 38点

〔設問1〕 裁判所はAの供述を基に、別の債務の弁済の事実を認定できるか。当事者が主張していないことから、弁論主義との問題が生じる。

1. 1) 弁論主義とは、訴訟資料の収集・提出は当事者の権能および責任とする建前であり、裁判所は当事者の主張しない事実を判決の資料とはしてはならない（第1テーゼ）が導かれる。  
2) ここでいう事実とは主要事実をいう。主要事実に適用すれば、弁論主義の目的は果たすことができるし、間接事実にもまで及ぶことになれば事実認定に不自然な部分が生じ、自由心証主義（民事訴訟法247条、以下法令名省略）を害するおそれがあるためである。
2. 1) 甲による抗弁は弁済による債務の消滅であることから、甲から乙に対する送金の事実は主要事実にあたる。もっとも、この送金の事実が本件請負契約に基づく本件弁済のものであることに対し、別の債務の弁済であったというAの供述は、本件弁済としての主要事実の推認を覆すものであることから、間接事実にあたる。  
2) よって、Aの供述を基にする、別の債務の弁済の事実は間接事実であることから弁論主義第1テーゼは適用されない。
3. 以上より、裁判所はAの供述を基に、別の債務の弁済の事実を認定することができる。

〔設問2〕 裁判所は本件消滅時効の主張の撤回につき、甲の真意を釈明すべきか。

1. 1) この点、釈明権（149条1項）は義務であるか問題となる。  
2) 釈明権とは裁判における公共的要請の観点から裁判所に課される義務であると解することができる。もっとも、民事裁判はその公共的要請から公平性も期すべきものでもある。そこで、①釈明権の行使が勝敗を決する蓋然性が高く、②当事者による主張の期待可能性が低く、③その釈明権の行使が一方の相手方に著しく不公平とならない場合に行使義務が生じるものといえる。



2. 本件において、消滅時効が認められれば、債務の弁済が必要なくなることから、支払いを求める本件訴訟の勝敗を決する蓋然性は十分に認められる（①充足）。甲と乙はともに代理人をつけずに本件訴訟に臨んでいることから、当事者サイドからの主張の期待可能性も低いものといえ（②充足）、本件消滅時効は予備的に主張されているものであり、乙側もその主張可能性は認識していることから、著しく不公平となるともいえない（③充足）。よって、釈明権の行使義務は認められる。

3. 以上より、裁判所は本件消滅時効の主張の撤回につき、甲の真意を釈明すべきである。

〔設問3〕（1）裁判所が公序良俗を認定することは弁論主義との関係で問題とされないか。

1. 甲乙は本件反訴において公序良俗違反についての主張を行っていないことから弁論主義第1テーゼに反するとも思える。

2. 民事訴訟とは、私的自治の訴訟法的発現であり、原理原則として「公正」（2条）、すなわち公平と「適正」を前提とする。適正とは法治国家として法律に基づく権利義務が前提となるものであると考えられることから、法律に反する違法な権利を認めることは、原理原則に反することとなり、民事訴訟に妥当するものではなく、民事訴訟における建前も妥当するものではない。

3. 本件約定は、公序良俗に反し違法であると裁判所は心証を得ている。とすると、違法な事実であることを前提とするため、弁論主義も妥当するものではないといえる。

4. 以上より、裁判所が公序良俗を認定することは、弁論主義との関係で問題とはならない。

（2）この場合、裁判所はどのような対応をすべきか。公序良俗を理由に本件反訴を棄却することは弁論権との関係で問題が生じないか。

1. 棄却とした場合、判決であることからそこには既判力（114条1項）が生じるため、弁論権を害するとも思える。

2. 1) もっとも前述のとおり、違法である事実を前提とした判決は適正の要請の観点から認められるものではない。

2) そこで、裁判所は公序良俗につき甲乙当事者に対して釈明権を行使すべきだと考える。釈明権を行使することで、当事者の弁論権を確保することも可能である。

3. 設問2で挙げた要件から、違法性が本件約定に認定されれば無効として勝

敗を決する蓋然性が認められ（①充足）、甲乙ともに主張がなされていない以上、主張の期待可能性も低い（②充足）。そして違法である以上、一方に著しく不公平であることはない（③充足）ことから、釈明権の行使につき問題はないものといえる。

4. 以上より、釈明権を行使することで、裁判所は当事者の弁論権を確保する対応をすべきである。当事者が主張することになれば棄却判決としたとしても問題はないといえる。

以上

# 採点講評

(2024年3月17日 民事訴訟法)

令和6年3月20日

新銀座法律事務所

弁護士 門馬 憲吾

1 答案作成お疲れ様でした。本問の作成の意図は、民事訴訟のステージを意識することと、そのステージにおける原則・例外関係をしっかりと意識する点にありました。

2 設問1は、ほとんどの答案が、弁論主義第1テーゼを前提に、別の債務の弁済にあたる事実が、間接事実該当する旨を指摘して、弁論主義の適用がないことを導いていました。

気になった点は、回答に際して必要最低限の論述を心掛けることです。第1テーゼのみならず第2テーゼや第3テーゼまで論じる必要はありません。また、別の債務の弁済にあたる事実が、間接事実該当する旨は端的に述べれば大丈夫です。

色々な答案の書き方がありますが、やはり事実があるからこそ問題が生じるわけですから、問題提起の段階で、問題となっている事実、本件でいえば、「証人Aからしか語られていないところ」という事実を引用できると良かったかと思います。右事実が引用されることで、採点者からすれば、答案作成者は本問の問題点を理解しているな、と安心できます。採点者の予測を担保する点でも、端的な事実の引用を試みてみましょう。

3 設問2は、時効の援用の性質に迫った答案はほとんどありませんでした。民事訴訟法は実体法である民法の手続を規定しているわけですから、問題となっている実体法の性質にまで言及できると、頭ひとつ抜けられたかと思います。

4 設問3(1)は、多くの答案が弁論主義の根拠から論じており素晴らしかったです。問題分には「端的に」との指示がありますので、配点は多くないことを前提に最低限の論述を心掛けましょう。問に答える姿勢が大切です。

5 設問3(2)は、法的観点指摘義務まで言及できた答案は多くはなく、さらに右義務が認められるか否かの具体的な検討までできた答案はほとんどありませんでした。

ここでは、設問1および2と、原則例外が逆転していることを意識して欲しかったです。すなわち、証拠および事実の主張の段階では、当事者に

手続的な主導権が認められていますから、設問 1 と 2 の原則は当事者意思の尊重で、例外的に裁判所がどこまで介入するのか、という問題です。対して、法律上の主張の段階では、法適用の専権は裁判所にありますから、裁判所に手続的な主導権が認められ、例外的に当事者に対してどこまで配慮するのか、という視点になります。このような逆転を意識して当てはめを書けると、より説得的な内容になります。

- 6 論点がなぜ生じるのかというと、当事者の利益対立に求められるわけです。各設問における利益対立はどこにあるのか、原則的にどちらの利益を重視することを法は予定しているのかを考えてみると、民事訴訟のみならず他の科目の理解も深まると思います。
- 7 総じて皆さんよく書けていました。お疲れ様でした。今年の予備試験目指して頑張ってください。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2024年3月17日分 得点分布表

民事訴訟法

出席者 22名 平均点 28点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	1
11~15	0
16~20	2
21~25	2
26~30	8
31~35	7
36~40	2
41~45	0
46~50	0

