

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。

参考答案

〔平成24年民事訴訟法〕

第1 設問1

1 主張①について

(1) 第1訴訟は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
の自由と裁判所の審理の機動性の確保の観点から、「既判力」(法
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、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。

第1訴訟と第2訴訟では、本件売買契約という同一の契約
が問題となっているものの、XY間で本件売買契約が成立し
たことは、判決理由中の判断に過ぎず、既判力は生じない。
したがって第2訴訟において、主張①で本件売買契約の正否
を争うことは、第1訴訟の判決理由中の判断を蒸し返してい
るに過ぎず、第1訴訟の既判力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

あるところ(2条参照)、Yは第1訴訟で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。

(3) 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う既
判力の趣旨と矛盾するからである。

(4) 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終了を信じた当事者を保護する必要
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。

(5) 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、Xが、平成22年10月10日当時、Yの修理費用負担の事実を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、当事者の争点処分の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

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	
合計			

【コメント】

解説（平成24年民訴予備試験）

令和6年3月31日
新銀座法律事務所
弁護士 門馬憲吾

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。

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）	<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。

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

³ 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣、第3版、2013年）

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。当事者が蒸し返しているのは、第1訴訟の判決理由中の判断に過ぎない点を述べる必要があります。

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。よって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（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

4 設問1主張②について

原則論を論じるころは主張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するべきです。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、主張可能性は乏しいといえます。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

出題の趣旨の理解が難しいところではありますが、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おり、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るべきです。既判力が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にあります。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ます。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）。右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できてしまい、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

いことになります。

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

最優秀答案

回答者 J.O. 37点

1
第1 設問1 ①

2 1 第2訴訟におけるYの主張①は、第1訴訟で認容されたXY
3 間の本件売買契約を否定するものである。これは本件売買代金債
4 権の発生自体を否定し、結果として残部債権をも否定する主旨で
5 ある。このことが第1訴訟の既判力によって遮断されないか。

6 2 既判力（民事訴訟法（以下、法令名省略）114条参照）とは、
7 当事者の手続保障と自己責任の観点から認められる、確定判決の
8 判断内容の後訴での拘束力をいう。

9 そこで、紛争解決の実効性を確保するため、訴訟物が、①同一関
10 係、②先決関係、③矛盾関係にある場合に既判力は作用すると解す
11 る。また、明示的一部請求は、明示された請求部分のみが訴訟物と
12 なることから、一部請求と残部請求は別個の訴訟物となる。

13 3 本件では、Xは、第1訴訟において本件売買代金債権全体の
14 400万円のうち150万円を請求する旨を明示していた。したがっ
15 て、第1訴訟の150万円の代金支払請求権と第2訴訟の残額250万
16 円の代金支払請求権は別個の訴訟物となり、同一関係はない（①不
17 充足）。また、150万円の代金支払請求権が残額250万円の代金支
18 払請求権の前提となっているわけではないから、先決関係もない
19 （②不充足）。さらに、150万円の代金支払請求権の存在と残額250
20 万円の代金支払請求権の不存在は両立し得るから矛盾関係にもな
21 い（③不充足）。

22 したがって、第1訴訟の既判力によっては第2訴訟におけるY

1
の①主張は遮断されず、許されるとも思える。

2
4 もっとも、本件売買代金債権そのものは第1訴訟で審理され
3
たうえでYは控訴せずに判決が確定しているにもかかわらず、第
4
2訴訟でYが再度争うことは実質的な紛争の蒸し返しとなり、適
5
正・公平・迅速・経済という民事訴訟法の理念に反し妥当ではない。
6
そこで、当事者が前訴で主張することが期待できたか、当事者が主
7
要な争点として争ったか等を総合的に考慮し、後訴での主張が実
8
質的に紛争の蒸し返しとなる場合には、当該主張は信義則（2条）
9
によって遮断されると解する。

10
5 本件では、Yは第1訴訟で本件売買契約での買主はY自身で
11
はなく、Yの息子Zである旨を主張し、これが争点として争われた。
12
その後、Yの当該主張は認められず、Xの請求認容判決が下された
13
ものの、Yは控訴することなく第1訴訟の判決が確定した。そうす
14
ると、Yは第1訴訟で本件売買契約の契約当事者を主要な争点と
15
して争っており、第2訴訟での主張は第1訴訟の主張が全く同一
16
であることから、実質的に紛争の蒸し返しになることは明らかで
17
あり、Yの当該主張は信義則によって遮断される。

18
よって、Yの主張は認められない。

19 第2 設問1②

20
1 第2訴訟におけるYの主張②は、第1訴訟の口頭弁論終結前
21
の事情により相殺（民法505条参照）するというものである。当該
22
主張は信義則によって遮断されないか。

1
2 前述の第1の4のとおり判断する。

3 本件では、確かに、第1訴訟の基準時となる口頭弁論終結時
4 (平成23年1月13日)より前の平成22年10月10日に相殺適状
5 になっており、Yに相殺の主張の機会があったとも思える。

6 もっとも、第1訴訟では、前述のとおり、契約当事者が誰である
7 かが争点となっており、本件契約の前提となった本件機械の隠れ
8 た瑕疵について争点となっていない。また、Yが相殺の主張をする
9 ことは実質的敗訴を意味するから、争点にもなっていないところ
10 でYに相殺主張をすべきとするのは酷である。そうすると、Yが第
11 1訴訟で相殺の主張をすることは期待できず、XYがこの点を主
12 要な争点として争っていないから、第2訴訟でのYの相殺主張は
13 実質的に紛争の蒸し返しとはならず、Yの当該主張は信義則によ
14 って遮断されない。

14 よって、Yの主張は認められる。

15 第3 設問2

16 1 Yの300万円の相殺の抗弁と180万円の弁済の抗弁は、いず
17 れも判決理由中の判断で示される。判決理由中の判断には既判力
18 が及ばないこと及び裁判所の弾力的審理の観点から、裁判所はど
19 ちらを先に審理判断しても良いとも思える。

20 2 もっとも、相殺の抗弁については、主文に包含するものでは
21 ないものの、例外的に既判力が及び(114条2項)、抗弁者の実質
22 的敗訴につながる。そこで、裁判所は、当事者の合理的意思に鑑み、

1	相殺の抗弁以外の抗弁が主張されているときは、その相殺以外の
2	抗弁から先に審理判断すべきであると解する。
3	3 本件では、Yは、300万円の相殺の抗弁と180万円の弁済の抗
4	弁の2点の抗弁を主張している。裁判所は、自由心証主義(247条)
5	のもと、いずれの抗弁も認定することができるとの心証を抱いて
6	いることも踏まえるとともに、XY当事者の合理的意思に鑑み、ま
7	ず先にYの180万円の弁済の抗弁を認定する。裁判所は、次に、本
8	件売買契約代金全額400万円からその180万円を差し引いた220
9	万円の範囲で、Yの相殺の抗弁を認定すべきである。
10	以上
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	