

第 2 2 問

基礎応用 95 頁・2、論証集

58 頁・2

(事案)

Xは、Yに対して1000万円の売掛債権（以下「本件債権」という。）を有しており、弁済期が到来してもYが弁済をしないことから、Yを被告として、A地方裁判所に本件債権の支払を求める訴えを提起した（以下「第1訴訟」という。）。

Yは、第1訴訟がA地方裁判所に係属している間に、Xを被告として、B地方裁判所に本件債権の全部が存在しないことの確認を求める訴えを提起した（以下「第2訴訟」という。）。

(設問1)

第2訴訟の提起の適法性について、論じなさい。

なお、A地方裁判所は第1訴訟についての管轄を、B地方裁判所は第2訴訟についての管轄を、それぞれ有するものとする。

(設問2)

A地方裁判所において第1訴訟が係属している間に、B地方裁判所が第2訴訟について認容判決を下し、その判決が確定したとする（以下「本件判決」という。）。

本件判決が第1訴訟に及ぼす影響について、論じなさい。

(参考答案)

設問 1

基礎応用 95 頁・1(2)、論証

1. 第 2 訴訟は、重複起訴禁止（民事訴訟法 142 条）に抵触するものとして不適法ではないか。

集 58 頁・2(2)

重複起訴禁止の要件は、同一の「事件」について、その「係属」中に、「更に訴えを提起」することである。

2. 重複起訴が禁止される「事件」の同一性は、当事者と審判対象の同一性から判断される。

(1) 重複起訴禁止の主たる趣旨は既判力の矛盾抵触の防止にあるから、当事者の同一性は、115 条 1 項 1 号ないし 4 号により既判力が及ぶ者どうしの間にも認められる。

第 1 訴訟と第 2 訴訟とでは、X と Y が入れ替わっているだけであり、X と Y は、訴訟で対立した「当事者」（115 条 1 項 1 号）として既判力が及ぶ関係に立つ者どうしである。したがって、当事者の同一性が認められる。

(2) 前述した重複起訴禁止の趣旨からすれば、既判力が訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114 条 1 項）ことから、審判対象の同一性は訴訟物が同一である場合に認められると解される。

そして、手続保障及び審判対象の明確化のため、訴訟物は実体法上の請求権ごとに分断して捉えられると解する。

第 1 訴訟の訴訟物は、売買契約に基づく本件債権である。債務不存在確認訴訟は給付訴訟の反対形相であり、両者の訴訟物は同一であると解されているから、第 2 訴訟の訴訟物も同一売買契約に基づく本件債権である。そうすると、両者の訴訟物は同一である。

(3) したがって、「事件」の同一性が認められる。

3. 第 2 訴訟は、「事件」を同じくする第 1 訴訟の「係属」中に提起されており、しかも別訴として提起されているから「更に訴えを提起」する場合にも当たる。

したがって、第 2 訴訟は、重複起訴禁止に抵触するものとして不適法である。

設問 2

基礎応用 97 頁(3)、論証集

1. 第 2 訴訟は重複起訴禁止に抵触するから、本件判決は重複起訴禁止に抵触する違法な判決である。

59 頁(3)

もっとも、重複起訴禁止は判決の無効事由ではないから、本件判決も有効である。

したがって、本件判決により、本件債権の不存在について既判力が生じる（114 条 1 項）。

2. 第1訴訟と第2訴訟とは訴訟物が同じであるから、同一関係を理由として、上記の既判力が第1訴訟に作用する。また、上記の既判力は、第2訴訟で対立した「当事者」であるX及びYを第1訴訟において拘束するとともに、第1訴訟の裁判所も拘束する。

したがって、第1訴訟の裁判所は、X・Yから第2訴訟の基準時前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ、本件判決の主文中の判断に従って第1訴訟の基準時における本件債権の存否について審理判断することになる。

3. 重複起訴禁止を看過して下された後訴の判決は違法であり、上訴で取消しを求めることができる（306条、312条3項）が、重複起訴を看過したこと自体は再審事由（338条1項）に当たらないから、第1訴訟において本件判決に矛盾する判決が確定しない限り、本件判決を再審の訴えによって取り消すこともできない。

4. 重複起訴が看過されて双方で矛盾する確定判決が生じた場合、起訴の前後を問わず、後の確定判決が再審の訴えにより取り消される（338条1項10号）こととなり、これを通じて先に確定した判決の既判力が優先することになる。そうすると、仮に、第1訴訟において、本件判決の既判力を看過ないし無視して、本件債権が存在するという本件判決に矛盾する判決が確定した場合には、Yは第1訴訟における確定判決を再審の訴えにより取り消すことができる。 以上

第 23 問

基礎応用 95 頁・2、論証集

58 頁・2

(事案)

X は、Y から浮世絵版画（以下「本件絵画」という。）を代金 100 万円で購入したと主張して、Y を被告として、A 地方裁判所に売買契約（以下「本件売買契約」という。）に基づいて本件絵画の引渡しを求める訴えを提起した（以下「第 1 訴訟」という。）。

Y は、第 1 訴訟が A 地方裁判所に係属している間に、X を被告として、B 地方裁判所に、本件売買契約に基づいて代金 100 万円の支払を求める訴えを提起した（以下「第 2 訴訟」という。）。

(設問)

B 地方裁判所は、第 2 訴訟についてどのような対応をするべきか。

なお、A 地方裁判所は第 1 訴訟についての管轄を、B 地方裁判所は第 2 訴訟についての管轄を、それぞれ有するものとする。

(参考答案)

1. 第2訴訟は、重複起訴禁止（民事訴訟法142条）に抵触しないか。
2. 第2訴訟は、第1訴訟の「係属」中に別訴として「更に訴えを提起」するものである。
3. 重複起訴が禁止される「事件」の同一性は、①当事者と②審判対象の同一性から判断される。

(1) 重複起訴禁止の主たる趣旨は既判力の矛盾抵触の防止にあるから、当事者の同一性は、115条1項1号ないし4号により既判力が及ぶ者どうしの間にも認められる。

第1訴訟と第2訴訟とでは、XとYが入れ替わっているだけであり、XとYは、訴訟で対立した「当事者」（115条1項1号）として既判力が及ぶ関係に立つ者どうしである。したがって、当事者の同一性が認められる。

(2) 前述した重複起訴禁止の趣旨からすれば、既判力が訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114条1項）ことから、審判対象の同一性は訴訟物が同一である場合に認められるのが通常である。

第1訴訟の訴訟物は本件売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権であるのに対し、第2訴訟の訴訟物は本件売買契約に基づく代金支払請求権であるから、両者は訴訟物が異なる。したがって、審判対象の同一性がないとして、「事件」の同一性が認められないはずである。

(3) しかし、重複起訴禁止の根拠は、二重応訴の負担、重複審理による不経済及び判決矛盾の危険という弊害を防止することにあるところ、前訴と後訴で主要な争点が共通する場合にも上記の弊害が生じ得るから、「事件」の同一性を認め、重複起訴禁止の規律を及ぼすべきである。

もっとも、訴訟物が同一である場合と異なり、後訴は、それ自体が独立の訴訟物として本案判決を求める利益を有するから、後訴却下ではなく、裁判所が職権で両事件の弁論を併合した上で弁論の分離が禁止されるという規律（別訴禁止・併合強制）にとどめるべきである。

第1訴訟と第2訴訟とは、いずれも本件売買契約に基づく権利を訴訟物とするものであるから、本件売買契約の締結や有効性といった主要な争点が共通する。したがって、「事件」の同一性を認め、別訴禁止・併合強制という規律に服せしめるべきである。

具体的には、A地方裁判所が第2訴訟についても土地管轄を有するのであれば、B地方裁判所は、職権により第2訴訟をA

基礎応 98頁 [論点1]、論
証集 60頁 [論点1]

地方裁判所に移送すべきであり、移送を受けた A 地方裁判所は第 2 訴訟と第 1 訴訟を併合して審理・判決をするべきである。
以上

第 2 4 問

基礎応用 95 頁・2、論証集

58 頁・2

(事案)

Xは、Yに対して1000万円の売掛債権（以下「甲債権」という。）を有しており、弁済期が到来してもYが弁済をしないことから、Yを被告として、A地方裁判所に甲債権の支払を求める訴えを提起した（以下「第1訴訟」という。）。

Yは、第1訴訟において、Xに対して有する1000万円の貸金債権（以下「乙債権」という。）を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。

Yは、第1訴訟がA地方裁判所に係属している間に、Xを被告として、B地方裁判所に乙債権の支払を求める訴えを提起した（以下「第2訴訟」という。）。

(設問)

第2訴訟の提起の適法性について、論じなさい。

なお、A地方裁判所は第1訴訟についての管轄を、B地方裁判所は第2訴訟についての管轄を、それぞれ有するものとする。

(参考答案)

1. 第2訴訟は、第1訴訟の係属中に第1訴訟で相殺の抗弁に供している乙債権を訴訟物とする訴えを別訴として提起するものであるから、重複起訴禁止(民事訴訟法142条)に抵触するものとして不適法却下されるのではないか。

2. ここで、前訴で相殺の抗弁に供されている自働債権を訴訟物とする給付訴訟を別訴として提起することは、重複起訴禁止に抵触するかが問題となる。

(1) 確かに、前訴の相殺の抗弁は訴えそのものではないから、後訴の提起は「更に訴えを提起する」場合に当たらず、142条の直接適用はない。

しかし、相殺の抗弁に供した自働債権に関する判決理由中の判断には、対抗額の限度で既判力が生じる(114条2項)。

そうすると、対抗額の限度で同一債権の存否について既判力が矛盾・抵触するおそれがある(114条1項、2項)ため、既判力の矛盾・抵触の恐れを防止するという142条の趣旨に反する。

また、前訴被告による債務名義の取得は相殺の抗弁に関連させて反訴を提起することで実現できるし、相殺の抗弁を撤回すれば反訴の判断が予備的抗弁である相殺の抗弁に連動して遅くなる事態を回避できるから、債務名義の取得が遅れるということにもならない。

そこで、前訴で相殺の抗弁に供されている自働債権を訴訟物として別訴提起された給付訴訟は、142条類推適用により却下されると解すべきである。

(2) したがって、第2訴訟は142条類推適法により不適法却下される。

以上

基礎応用 100 頁 [論点 4]、
論証集 62 頁 [論点 4]

第 25 問

基礎応用 95 頁・2、論証集

58 頁・2

(事案)

X は、Y を被告として、A 地方裁判所に売買契約（以下「本件売買契約」という。）に基づく代金債権の支払を求める訴えを提起した（以下「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り、第 1 訴訟において、X は、Y に対し、第 1 訴訟では本件売買契約に基づく売買代金 400 万円のうちの 150 万円を請求する旨明示していた。

Y は、第 1 訴訟が A 地方裁判所に係属している間に、X を被告として、B 地方裁判所に貸金債権の支払を求める訴えを提起した（以下「第 2 訴訟」という。）。

X は、第 2 訴訟において、上記売買代金のうち 250 万円を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。

(設問)

第 2 訴訟における X の相殺の抗弁の主張の適法性について、論じなさい。

(参考答案)

1. 第2訴訟におけるXの相殺の抗弁の主張は、第1訴訟の係属中に第1訴訟で訴求している本件売買契約に基づく代金債権を自働債権とする相殺を主張するものとして、重複起訴禁止を定める民事訴訟法142条の類推適用により不適法却下されないか。

(1) まず、抗弁後行型における相殺の抗弁が142条に抵触するかが問題となる。

確かに、後訴の相殺の抗弁の提出は「更に訴えを提起する」場合に当たらないから、142条の直接適用はされない。

しかし、相殺の抗弁に供した自働債権に関する判決理由中の判断には、対抗額の限度で既判力が生じる(114条2項)。

そうすると、対抗額の限度で同一債権の存否について既判力が矛盾・抵触するおそれがある(114条1項、2項)ため、既判力の矛盾・抵触の恐れを防止するという142条の趣旨に反する。

そこで、第1訴訟における訴求債権を第2訴訟で相殺の抗弁に供することは、142条類推適用により許されないと解すべきである。

(2) 次に、第1訴訟で一部請求している債権の残部を別訴である第2訴訟で相殺の抗弁に供することが上記(1)の見解との関係で142条の趣旨に抵触するかが問題となる。

実体法上は債権の分割行使が債権者の自由とされていることからすれば、実体法上の権利の実現過程である民事訴訟においても一部請求を認めるべきである。もっとも、明示がない場合における残債務がないという被告の合理的期待を保護する必要もあるから、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する。

そうすると、第1訴訟が明示的一部請求である場合、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力の客観的範囲も債権の一部に限定されるから、残部債権を別訴である第2訴訟で相殺の抗弁に供しても、第1訴訟と第2訴訟とで同一債権について既判力が矛盾する判決が確定することはない。そこで、第1訴訟が明示的一部請求である場合には、残部債権を別訴である第2訴訟で相殺の抗弁に供することは142条の趣旨に反しないと解する。

Xは、第1訴訟において、請求の趣旨を「Yは、Xに対し、150万円を支払え。」とした上で、Yに対し、第1訴訟では本件売買契約に基づく売買代金400万円のうちの150万円を請求する旨を明示している。そうすると、第1訴訟の訴訟物が本

基礎応用 101 頁 [論点 5]、

論証集 63 頁 [論点 5]

基礎応用 102 頁 [論点 6]、

論証集 63 頁 [論点 6]

件売買契約に基づく代金債権 400 万円のうち 150 万円に限定されるから、残部である 250 万円を別訴である第 2 訴訟で相殺の抗弁に供することは 142 条の趣旨に反しない。

2. もっとも、第 2 訴訟における X の相殺の抗弁の主張は、訴訟上の権利の濫用に当たらないだろうか。

確かに、第 1 訴訟で明示的一部請求をしている債権の残部を別訴である第 2 訴訟で相殺の抗弁に供する場合、2 つの訴訟では実質的に争点が共通するため、審理重複や判断抵触の可能性のある程度ある。

しかし、相殺の防御機能や担保的機能に照らし、相殺の主張は、債権の分割行使による相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り、正当な防御権の行使として許容されると解すべきである。

本問では、特段の事情が存するような事情がないから、X の相殺の抗弁の主張は訴訟上の権利の濫用にも当たらない。

3. したがって、X の相殺の抗弁の主張は適法である。 以上

基礎応用 102 頁 [論点 6]、
論証集 63 頁 [論点 6]

第 26 問

基礎応用 95 頁・2、論証集

58 頁・2、平成 27 年司法

試験設問 1 参考

(事案)

X は、Y を被告として、A 地方裁判所に売買契約に基づく代金債権（以下「甲債権」という。）の支払を求める訴え（本訴）を提起した。

Y は、X を被告として、A 地方裁判所に貸金債権（以下「乙債権」という。）の支払を求める反訴を提起した。

その後、Y は、上記の本訴において、乙債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。

以下は、Y の訴訟代理人弁護士 L 1 と司法修習生 P 1 との間でされた会話である。

L 1 : 今回の裁判では、どういった点が問題になるのか分かりますか。

P 1 : はい、Y の本訴における相殺の抗弁の主張の適法性が民事訴訟法 142 条との関係で問題となります。

L 1 : 関係する判例を 2 つ挙げてみて下さい。

P 1 : 平成 3 年判決（最高裁判所平成 3 年 12 月 17 日第三小法廷判決・民集 45 卷 9 号 1435 頁）は、「相殺の抗弁の場合にも自働債権の存否について矛盾する判決が生じ法的安定性を害しないようにする必要がある」との理由から、「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されないと解するのが相当である。…右抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である。」と判示しています。

一方で、平成 18 年判決（最高裁判所平成 18 年 4 月 14 日第二小法廷判決・民集 60 卷 4 号 1497 頁）は、本訴被告（反訴原告）が反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を提出したという事案で、そのような場合は訴え変更の手續を要することなく、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴として扱われる以上、相殺の抗弁と反訴請求とが重なる部分については既判力の矛盾抵触が生じない旨判示しています。

L 1 : 良い機会ですから、平成 3 年判決の趣旨に照らし、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成 3 年判決と抵触しない理由をまとめてください。検討に当たっては、一旦提起され

た反訴が予備的反訴として扱われると、第一に、なぜ既判力の矛盾抵触が生じないことになるのか、第二に、反訴原告は、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るという2つの利益を享受することにはならないのはなぜか、を論じてください。さらに、これは平成18年判決についての疑問ですが、第三に、訴え変更の手續を要せず予備的反訴として扱われることが処分権主義に反しない理由はどのように説明したらよいか、また、訴え変更の手續を要せず予備的反訴とされると反訴請求について本案判決を得られなくなる可能性があります、それでも反訴被告（本訴原告）の利益を害することにならないのはなぜか、を論じてください。

P 1：分かりました、検討してみます。

（設問）

あなたが司法修習生 P 1 であるとして、L 1 が指摘した問題点を踏まえつつ、L 1 から与えられた課題に答えなさい。

(参考答案)

基礎応用 104 頁 [論点 7]、

論証集 64 頁 [論点 7]

1. 既判力の矛盾抵触が生じない

平成 3 年判決は、係属中の別訴で訴求している債権を自働債権として他の訴訟で相殺の抗弁として主張することについて、同一債権の存否について既判力（民事訴訟法 114 条 1 項、2 項）の矛盾抵触が生じるおそれを主たる根拠として 142 条の趣旨に反するとしている。

そして、このことは、両事件が併合審理される場合であっても同様であるとする。それは、弁論の分離が裁判所の裁量事項（152 条 1 項）であるために、後に弁論が分離され、訴求債権と自働債権とが別々に審理判断されることになる可能性があるからである。

これに対し、平成 18 年判決のように、反訴について、本訴において相殺の抗弁について既判力ある判断が示されたことを審判申立ての解除条件とする予備的反訴であると構成する場合には、本訴における相殺の抗弁についての判断が反訴請求についての判断に論理的に先行するという性質上、弁論の分離が禁止される。

したがって、同一債権について複数の訴訟で別々に審理判断されることはないから、反訴請求債権の存否についての既判力が矛盾抵触することにはならない。

2. 反訴原告が 2 つの利益を享受しないこと

相殺の抗弁について既判力ある判断が示された場合、反訴原告は、自働債権の存在が認められれば相殺の担保的利益を享受できる一方で、解除条件の成就により反訴請求については判決がされないから、債務名義を取得できない。

他方で、相殺の抗弁が予備的に主張されるものであるから、反訴原告が主張する他の防御方法が認められて相殺の抗弁について既判力ある判断が示されなかった場合には、反訴原告は相殺の担保的利益を享受できない一方で、解除条件が成就しないために反訴請求が審理され、反訴請求債権の存在が認められればこれについて債務名義を取得できる。

したがって、反訴原告が相殺の担保的利益と債務名義取得の利益の双方を享受することにはならない。

3. 処分権主義に違反しないこと

処分権主義の根拠は私的自治の原則の訴訟法的反映による当事者意思の尊重にある。そこで、訴えの変更の手続を要せずに単純反訴が予備的反訴として扱われることが処分権主義に違反するか否かについて、反訴原告の意思に反するか否かによって判断するべきである。

反訴原告としては、行使時期に制限がないはずの相殺の抗弁を敢えて本訴請求及び反訴請求の係属中に提出していることに鑑みれば、債務名義の取得よりも、執行手続を要することなく当該訴訟手続内における自働債権の簡易迅速な弁済を実現するべく、相殺の担保的利益を重視していると考えることが反訴原告の合理的意思に合致する。

したがって、訴えの変更の手続を要せずに予備的反訴として扱われることは、処分権主義に反しない。

4. 反訴被告の利益を害さないこと

反訴被告は、相殺の抗弁について既判力ある判断が示された場合、反訴請求債権について請求棄却判決を得る機会を失うことになるが、その一方で、同一債権である自働債権の不存在について既判力が生じる（114条2項）から、実質上、請求棄却判決を得たのと同じである。

したがって、反訴被告の利益を害することにもならない。

5. よって、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権とする旨の抗弁を適法と解しても、平成3年判決と抵触しない。
- 以上

第 27 問

(事案)

Xは、Yに対し、返済期日を令和4年3月31日とする約定で200万円を貸し渡した。このような消費貸借契約(以下「本件契約」という。)が成立したことについてはXとYとの間で争いがなかったが、Yがその返済期日にXに本件契約上の債務を弁済したかどうか争いとなった。

そこで、Yは、Xを被告として、本件契約に基づくYのXに対する200万円の債務の全部が存在しないことの確認を求める訴えを提起した(以下「Yの訴え」という。)

(設問1)

Xは、第1訴訟の係属中に、Yを被告として、B地方裁判所に本件契約に基づく200万円の債権の支払を求める訴えを提起した(以下「Xの訴え」という。)

この場合におけるYの訴えとXの訴えの適法性について、論じなさい。

(設問2)

Xは、第1訴訟の係属中に、Yを被告として、A地方裁判所に本件契約に基づく200万円の債権の支払を求める訴えを反訴として提起した。

この場合におけるYの訴えとXの訴えの適法性について、論じなさい。

基礎応用 95 頁・2、論証集

58 頁・2、平成 22 年旧司

法試験第 1 問参考

(参考答案)

基礎応用 99 頁 [論点 3]、

設問 1

論証集 61 頁 [論点 3]

1. X の訴えは、重複起訴禁止（民事訴訟法 142 条）に抵触するものとして不適法ではないか。

重複起訴禁止の要件は、同一の「事件」について、その「係属」中に、「更に訴えを提起」することである。

2. 重複起訴が禁止される「事件」の同一性は、①当事者と②審判対象の同一性から判断される。

(1) 重複起訴禁止の主たる趣旨は既判力の矛盾抵触の防止にあるから、当事者の同一性は、115 条 1 項 1 号ないし 4 号により既判力が及ぶ者どうしの間にも認められる。

X の訴えと Y の訴えとは、X と Y が入れ替わっているだけであり、X と Y は、訴訟で対立した「当事者」（115 条 1 項 1 号）として既判力が及ぶ関係に立つ者どうしである。したがって、当事者の同一性が認められる。

(2) 前述した重複起訴禁止の趣旨からすれば、既判力が訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114 条 1 項）ことから、審判対象の同一性は訴訟物が同一である場合に認められると解される。

そして、手続保障及び審判対象の明確化のため、訴訟物は実体法上の請求権ごとに分断して捉えられると解する。

X の訴えの訴訟物は、本件契約に基づく貸金返還請求権である。債務不存在確認訴訟は給付訴訟の反対形相であり、両者の訴訟物は同一であると解されているから、Y の訴えの訴訟物も本件契約に基づく貸金返還請求権である。そうすると、両者の訴訟物は同一である。

(3) したがって、「事件」の同一性が認められる。

3. X の訴えは、「事件」を同じくする Y の訴えの「係属」中に提起されており、しかも別訴として提起されているから「更に訴えを提起」する場合にも当たる。

したがって、X の訴えは、重複起訴禁止に抵触するものとして不適法である。

4. なお、給付訴訟の請求認容判決には、給付請求権の存在を確定する既判力（114 条 1 項）に加えて執行力（民事執行法 22 条 1 号）も認められるから、債権者にとっては債務不存在確認訴訟で勝訴するよりも給付訴訟で勝訴することの方が利点がある。もっとも、債権者は給付訴訟を反訴として提起することにより執行力を得ることができるのだから、債権者に執行力を得る機会を与えるために前訴優先・後訴却下という重複起訴禁止の規律を修正して Y の訴えを却下して X の訴えを存続させる必要までではない。

5. 以上より、Xの訴えは重複起訴禁止に抵触することを理由として不適法却下される。それ故に、Yの訴えは、同一債権について給付訴訟が適法に提起されたことにより確認の利益を失うに至るとして不適法却下されることにはならないから、適法である。

設問 2

1. Xの訴えは、反訴（146条1項本文）として提起されたものである。

(1) Xの訴えとYの訴えとは、訴訟物が同一であるから、「本訴の目的である請求…と関連する」（146条1項本文）という要件を満たす。

(2) Xの訴えは、「本訴の係属する裁判所」に提起されている（146条1項本文）うえ、訴訟物が同一であることからしても「著しく訴訟手続を遅延させる」（同条1項但書2号）ものでもない。

(3) したがって、Xの訴えは、Yの訴えの「口頭弁論の終結に至るまで」（146条1項本文）に提起されれば、反訴要件を満たす。

2. もっとも、Xの訴えは重複起訴禁止に抵触しないか。

確かに、Xの訴えは、「事件」を同じくするYの訴えの「係属」中に提起されたものである。また、反訴の場合であっても、裁判所が裁量で弁論を分離し（152条1項）、本訴請求と反訴請求とが別々に審理判断されることにより矛盾する判決が下される可能性が残るから、いったんは両請求が併合審理されるからといって重複起訴の弊害が生じないというわけではない。

しかし、本訴請求と反訴請求の訴訟物が同一である場合、両請求の関連性の強さから裁判所が弁論を分離する権限が制限されると解すべきであり、そうすると、後に弁論が分離され別々に審理・判断されることで重複起訴禁止の弊害が生じるということはないから、反訴は「更に訴えを提起すること」に当たらず重複起訴禁止（142条）に抵触しないと解すべきである。

Xの訴えとYの訴えとは、訴訟物が同一であるから、裁判所が弁論を分離する権限が制限される結果、Xの訴えは「更に訴えを提起すること」に当たらず、重複起訴禁止に抵触しない。

したがって、Xの訴えは適法である。

3. 債務不存在確認訴訟の係属中に同一債権について給付訴訟が反訴として適法に提起された場合には、前者は確認の利益を失い却下されると解する。給付請求権の存在を確定する既判力（114条1項）に加えて執行力（民事執行法22条1号）も認められる後者の判決効が前者の判決効を包含するからである。

したがって、Yの訴えは、Xの訴えが適法に提起されたことにより確認の利益を失うに至るから、不適法である。 以上

第 57 問

基礎応用 273 頁、論証集

143 頁

(事案)

Xは、令和4年4月1日、Yを被告として、甲土地の所有権の確認を求める訴えを提起した(以下「第1訴訟」という。)

第1訴訟において、請求棄却判決が確定した。

Xは、令和5年4月1日、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき、建物収去土地明渡しを求める訴え(以下「第2訴訟」という。)を提起し、令和2年4月1日にZから甲土地を購入したのだから甲土地の所有者はXであると主張した。

(設問)

裁判所は、第2訴訟において、どのような判決をすべきか。

(参考答案)

1. 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である(民事訴訟法 114 条 1 項)。

第 1 訴訟の請求棄却判決(以下「本件前訴判決」という。)の既判力は、第 1 訴訟の基準時における X の甲土地所有権の不存在という判決主文中の判断に生じている。

2. 114 条 1 項に基づく既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。

第 2 訴訟は甲土地の所有権に基づき建物取去土地明渡しを求めたものであり、X の甲土地所有権の存在を請求原因の一つとするものである。そうすると、第 2 訴訟において第 1 訴訟の訴訟物である X の甲土地所有権が前提問題となっているから、先決関係を理由として、上記 1 の既判力が第 2 訴訟に作用する。

3. 本件前訴判決の既判力は、前訴で対立した「当事者」である X 及び Y を第 2 訴訟において拘束するとともに、第 2 訴訟の裁判所も拘束する。そのため、第 2 訴訟の裁判所は、当事者から X の甲土地所有権の不存在を争うために第 1 訴訟の基準時前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ、本件前訴判決の主文中の判断に従って、第 2 訴訟の基準時における訴訟物たる X の甲土地所有権に基づく甲土地明渡請求権の存否について審理判断することになる。

X は、請求原因事実における所有権取得原因として、令和 2 年 4 月 1 日に Z から甲土地を購入したのだから甲土地の所有者は X であると主張しているところ、これは本件前訴判決の既判力によって確定されている X の甲土地所有権の不存在を争うために第 1 訴訟の基準時前の事由を主張するものであるから、既判力により遮断される。

したがって、裁判所は、第 1 訴訟の基準時以降における X の甲土地所有権の取得原因事実が主張・立証されない限り、請求原因事実が認められないとの理由から請求を棄却する判決を言い渡すべきである。

以上

第 58 問

(事案)

Xは、甲土地を所有していると主張して、甲土地を占有しているYに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを求める訴えを提起し(以下「前訴」という。)、この訴訟の判決は、Xの請求認容で確定した。

(設問)

Xの請求を認容した前訴の判決が確定し、その執行がされた後、Yは、自分こそが甲土地の所有者であると主張して、Xに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを求める訴えを提起した(以下、この訴訟を「後訴」という。)

後訴において審理判断の対象となる事項は何かについて、論じなさい。

基礎応用 277 頁、論証集
1446 頁、平成 17 年旧司法
試験第 2 問設問 2 参考

(参考答案)

1. 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である(民事訴訟法 114 条 1 項)。

前訴の請求認容判決の既判力は、前訴基準時において X の Y に対する甲土地所有権に基づく甲土地明渡請求権が存在するという判決主文中の判断に生じている。

2. 114 条 1 項に基づく既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。

一物一権主義の下、実体法上、同一不動産について、X・Y 双方の単独所有権を認めることはできない。そうすると、Y の X に対する甲土地所有権に基づく甲土地明渡請求権という後訴の訴訟物は、X の Y に対する甲土地所有権に基づく甲土地明渡請求権が存在するとする前訴確定判決の主文中の判断内容と矛盾する。したがって、矛盾関係を理由として、前訴確定判決の既判力が後訴に作用する。¹⁾

3. そして、後訴に作用する既判力は、前訴で対立した「当事者」である X 及び Y を後訴において拘束するとともに、後訴裁判所も拘束する。そのため、後訴裁判所は、X・Y から前訴基準時前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ、前訴確定判決の主文中の判断に従って、後訴の基準時における訴訟物の存否について審理判断することになる。 以上

¹⁾ 確かに、基本書で一物一権主義を根拠とする矛盾関係の肯定例として挙げられているのは、X が Y を被告として甲土地所有権の確認訴訟を提起し、認容判決確定後、Y が X を被告として甲土地所有権の確認訴訟を提起したというケースである。また、甲土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟では、甲土地の所有権の所在は判決理由中の判断対象であるから、X の甲土地所有権と後訴とを比較して一物一権主義を根拠として矛盾関係を肯定することはできない。

しかし、一物一権主義の下、甲土地について X の単独所有権と Y の単独所有権が併存することはあり得ないから、X の甲土地についての単独所有権の一行使態様である甲土地の明渡請求権と Y の甲土地についての単独所有権の一行使態様である甲土地の明渡請求権も併存し得ないとして、矛盾関係を肯定できると思われる。解析 374 頁でも、本問について「実体法上の一物一権主義を媒介として」との理由から矛盾関係が肯定されている。ここでは、前訴と後訴とを比較する際に、X の甲土地所有権の所在という判決理由中の判断対象(前訴の請求原因事実)を後訴との比較対象として取り上げているのではなく、甲土地の単独所有権に基づくものであるという「訴訟物の性質」にまで踏み込んだうえで前訴と後訴の訴訟物どうしを比較しているのである。

なお、和田 432 頁では、「A の B に対する所有権に基づく引渡請求と B の A に対する所有権に基づく所有権移転登記請求とは、矛盾関係とならない。…既判力の客観的範囲の問題として、それらの請求の所有権についての判断にはそもそも既判力が生じないとされているからである」とある。前訴と後訴とがいずれも明渡請求権である本問とはやや異なるケースに関する記述ではあるものの、前訴と後訴の比較の仕方によっては、矛盾関係を否定する(ひいては、既判力の作用を否定する)という考えもあり得る。ちなみに、争点効が問題となった最判 S44.6.24 (百 84) は、前訴の訴訟物が売買契約に基づく明渡請求権(後に提起、先に確定)、後訴の訴訟物が所有権に基づく登記請求権(先に提起、後に確定)という事案に関するものだから、本判決を根拠として所有権に基づく登記請求権(や明渡請求権)どうしは矛盾関係にないと説明することはできない。

なお、①既判力の作用を認める余地があることを指摘して既判力による遮断を説明した上で、②既判力の作用を否定する考えもあることを指摘して争点効による処理も論じる(争点効否定説に立つのであれば、信義則まで論じる)という方法もある。

第 59 問

(事案)

Xは、Yを被告として、甲土地の所有権の確認を求める訴えを提起した(以下「第1訴訟」という。)

第1訴訟では、令和4年3月1日に口頭弁論が終結し、同年5月1日に請求認容判決が言い渡され、この判決が確定した。

Xは、Yを被告として、令和2年3月1日から令和3年9月30日までの間における甲土地の賃料相当額の損害の賠償を求める訴えを提起し(以下「第2訴訟」という。)、請求原因事実として、Xは令和2年3月1日から甲土地の所有権を有していたと主張した(以下「本件主張」という。)

(設問)

第2訴訟において、Yは、本件主張を否認することができるか。

基礎応用 284 頁・2、論証
集 150 頁・2、平成 28 年司
法試験設問 3 参考

(参考答案)

1. 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である(民事訴訟法 114 条 1 項)。

第 1 訴訟の請求認容判決の既判力は、第 1 訴訟の基準時において X の甲土地所有権が存在するという判決主文中の判断に生じている。

2. 114 条 1 項に基づく既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。

第 2 訴訟は、「他人の権利…侵害」(民法 709 条)を基礎づけるものとして X の甲土地所有権の存在を請求原因の 1 つとするものだから、第 1 訴訟の訴訟物である X の甲土地所有権を前提問題とするものである。したがって、先決関係を理由として、第 1 訴訟の判決の既判力が第 2 訴訟に作用する。

3. 第 1 訴訟の判決の既判力は、前訴で対立した「当事者」である X 及び Y を第 2 訴訟において拘束するとともに、第 2 訴訟の裁判所も拘束する。

既判力の作用のうち消極的作用により、後訴において既判力が生じている判断内容を争う主張が遮断される(遮断効)。では、既判力の基準時についてどのように解すべきか。

- (1) 既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とする自己責任にあるところ、事実審の口頭弁論終結時までの事由であれば当事者に主張する機会が与えられていたといえるから、これを基礎とした判決について自己責任を問うことが可能である。また、口頭弁論の一体性から弁論はその終結時点で全て等価値のものとして一体として判断される。そこで、既判力の基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解する(民事執行法 35 条 2 項参照)。

基礎応用 284 頁 [論点 1]、
論証集 150 頁 [論点 1]

- (2) 第 1 訴訟の判決の既判力は、第 1 訴訟の事実審の口頭弁論が終結した令和 4 年 3 月 1 日時点における X の甲土地所有権の存在について生じているにとどまり、それよりも前の時点である令和 2 年 3 月 1 日から令和 3 年 9 月 30 日までの間における X の甲土地所有権の存在まで確定するものではない。

基礎応用 285 頁 [論点 2]、
論証集 151 頁 [論点 2]

したがって、第 2 訴訟において、Y が令和 2 年 3 月 1 日から令和 3 年 9 月 30 日までの間における X の甲土地所有権の存在を否認することは、第 1 訴訟の判決の既判力が生じている主文中の判断と矛盾するものではないから、既判力によって遮断されず、許される。

以上

第 60 問

基礎応用 286 頁(1)、論証

集 152 頁(1)

(事案)

Xは、Yに対して1000万円の貸金債権（以下「本件債権」という。）を有していたところ、Yが死亡したため、Yの唯一の相続人であるZを被告として、本件債権の支払を求める訴えを提起した（以下「第1訴訟」という。）。

Zは、Xから訴えを提起されるまで本件債権の存在すら知らなかったため、XY間の金銭消費貸借契約の成立を否認するにとどまり、本件債権の消滅原因を抗弁として主張することもなかった。

裁判所は、XY間において金銭消費貸借契約が成立しており、かつ、本件債権の消滅原因もないと判断し、Xの請求を認容する判決を言い渡し、この判決が確定した（以下「本件判決」という。）。Zは、本件判決に従い、Xに対して100万円を支払った。

その後、Zは、Yの友人から、Yが本件債権について弁済をしていたことを知らされたため、Xを被告として、支払った100万の不当利得返還請求をする訴えを提起した（以下「第2訴訟」という。）。

(設問)

第2訴訟において、ZがYの弁済の事実を主張することは許されるか。

(参考答案)

1. 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である(民事訴訟法 114 条 1 項)。

本件判決の既判力は、第 1 訴訟の基準時における本件債権の存在という判決主文中の判断に生じている。

2. 114 条 1 項に基づく既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。

第 2 訴訟は、不当利得返還請求訴訟であり、Y の弁済により本件債権が消滅していたことを、X が Z から 100 万円の支払を受けたことによる利得に「法律上の原因」の不存在を基礎づける事実として主張するものであるから、第 1 訴訟の訴訟物である本件債権を前提問題とするものである。したがって、先決関係を理由として、本件判決の既判力が第 2 訴訟に作用する。

3. 本件判決の既判力は、前訴で対立した「当事者」である X 及び Z を第 2 訴訟において拘束するとともに、第 2 訴訟の裁判所も拘束する。

既判力の作用のうち消極的作用により、後訴において前訴基準時前の事由を主張して既判力が生じている判断内容を争うことができなくなる(遮断効)。

Z は、第 1 訴訟の基準時前の事由である Y の弁済という事実を主張して、既判力が生じている本件債権の存在という本件判決の主文中の判断内容を争っているのだから、Z による Y の弁済の事実の主張は既判力により遮断されるのが原則である。

4. もっとも、Z は、第 1 訴訟の判決確定後に、Y の友人から Y の弁済の事実を知らされているため、第 1 訴訟の基準時までには Y の弁済の事実を認識できていなかった。そこで、例外的に、Z が Y の弁済の事実を主張できることにならないか。

- (1) 既判力の正当化根拠は、前訴で手続保障が与えられていた事由については、前訴で提出しておくべきであったという自己責任が生じることにある。

そこで、基準時前の事由であっても、前訴で提出することに期待可能性がなかったものについては、前訴で手続保障が与えられておらずその不提出について自己責任が生じないため、既判力により遮断されないと解する。

- (2) Z は、Y の死亡後、X から訴えを提起されるまでは本件債権の存在すら知らなかったのだから、Y の生前に Y に対して弁済の事実を確認する余地はない。また、弁済の事実を客観的に証明できる受取証書等が存在するような事情も見当たらないから、Z は、第 1 訴訟の口頭弁論終結時までに受取証書等から弁

基礎応用 186 頁 [論点 3]、
論証集 152 頁 [論点 3]

済の事実を認識することもできない。そうすると、Zが第1訴訟の口頭弁論終結時までに弁済の事実を認識して抗弁として主張することには期待可能性がなかったといえる。

したがって、Zが弁済の事実を主張することは既判力によって遮断されず、許される。 以上

第 6 1 問

(事案)

Xは、Yを被告として、100万円の代金債権の支払を求める訴えを提起し(以下「前訴」という。)、Xの請求を認容する判決が言い渡され、この判決が確定した(以下「本件前訴判決」という。)

その後、Yは、Xに100万円を支払うことなく、Xによる強制執行を阻止するために、請求異議の訴えを提起して、異議事由として、前訴の基準時前に弁済期が到来している貸金債権を自働債権とする相殺を主張した。

(設問)

Yの請求異議の訴えが認められるかについて、論じなさい。

基礎応用 286 頁(2)、論証
集 152 頁(2)、昭和 62 年旧
司法試験第 2 問設問 3 参考

(参考答案)

1. 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である(民事訴訟法 114 条 1 項)。

本件前訴判決により、前訴基準時における X の Y に対する 100 万円の代金債権の存在という主文中の判断に既判力が生じている。

2. 前訴判決の既判力は請求異議の訴えに作用するから、請求異議の訴えにおける原告が、異議事由として、前訴基準時である前訴事実審口頭弁論終結時よりも前の事由を主張することは、前訴判決の既判力の消極的作用により遮断されるのが原則である。

Y は、異議事由として、前訴の基準時前に弁済期が到来している貸金債権を自働債権とする相殺を主張しており、これは前訴の基準時前に相殺適状にあった相殺権の行使として基準時前の事由の主張に当たる。そうすると、Y の相殺の主張は既判力により遮断されるとも思える。

しかし、以下の理由から、Y の相殺の主張は例外的に既判力により遮断されない。

- (1) 確かに、相殺権の行使が既判力により遮断されても被告は反対債権を失うわけではないから、例外的に基準時後の相殺権の行使を認める必要はないようにも思える。

しかし、既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とした自己責任にあるところ、相殺の抗弁を理由とする請求棄却の確定判決には反対債権の喪失という被告の経済的出捐が伴う(114 条 2 項)。

そうすると、被告には前訴で相殺権を行使することを必ずしも期待できず、自己責任を問えるだけの手続保障が与えられているとは言い難い。

そこで、基準時前に相殺適状に達していた相殺権を基準時後に行使することは、既判力により遮断されないと解する。

- (2) したがって、Y の相殺の主張は既判力により遮断されない。

Y の主張する相殺が要件(民法 505 条以下)を満たすのであれば、Y の相殺の主張が認められ、ひいては Y の請求異議の訴えが認められる。 以上

基礎応用 287 頁 [論点 6]、
論証集 153 頁 [論点 6]

第 6 2 問

(事案)

Xは、横断歩道を歩行していたところ、車両用の信号機の赤信号を無視して同横断歩道に侵入してきたY運転の普通乗用自動車と接触した(以下「本件事故という」)。

Xは、本件事故により頭痛の症状が生じ、現在も治療中であり、その治療費用としてXが多額の支出をしているため、その支出と通院に伴う慰謝料を求めるために、Yを被告として、不法行為に基づいて、本件事故により被った人的損害として500万円の賠償を求める訴えを提起した(以下「第1訴訟」という)。

裁判所は、Xの請求を全部認容する判決を言い渡し、この判決が確定した(以下「本件判決」という)。

その後、Xは、当初訴えていた頭痛だけでなく、手足に強いしびれが生じるようになり、介護が必要な状態となった。

そこで、Xは、本件判決後に生じた各症状は本件事故に基づくものであり、後遺症も発生したと主張して、Yを被告として、本件事故の後遺症による逸失利益等の財産的損害及び精神的損害として1000万円の賠償を求める訴えを提起した(以下「第2訴訟」という)。

(設問)

第2訴訟においてXの請求が認められるためにどのような根拠付けが可能かについて、X側の立場から、3つ論じなさい。

基礎応用 289 頁(3)、論証
集 154 頁(3)、令和 2 年予
備試験設問 2 参考

(参考答案)

基礎応用 289 頁 [論点 9]、

1. 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断について生じる（民事訴訟法 114 条 1 項）。

論証集 155 頁 [論点 9]

第 1 訴訟の訴訟物は、本件事故を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権（以下「本件債権」という。）である。

本件判決の既判力は、本件債権が 500 万円において存在していることについて生じているはずである。

そうすると、本件判決の既判力は訴訟物を第 1 訴訟と同じくする第 2 訴訟に作用し、第 2 訴訟において第 1 訴訟の基準時前の事由たる後遺症による損害の発生を主張することは許されないはずである。

そこで以下では、上記の原則的帰結を踏まえながら、第 2 訴訟において X が後遺症による損害の発生を主張できるとする根拠について説明する。

2. 一部請求理論

(1) 実体法上は債権の分割行使が債権者の自由とされていることからすれば、実体法上の権利の実現過程である民事訴訟においても一部請求を認めるべきである。もっとも、明示がない場合における残債務がないという被告の合理的期待を保護する必要もあるから、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する。

(2) 後遺症の発生時期及び内容の未確定性からすれば、第 1 訴訟において X が基準時まで顕在化していない後遺症による損害まで請求し、主張・立証することは現実的に極めて困難である。そうすると、第 1 訴訟においては、本件事故による損害のうち基準時までに顕在化しているものだけを請求するという一部請求である明示があった考えるべきである。

このように考えると、第 1 訴訟の訴訟物は本件債権のうち基準時までに顕在化した症状による損害の賠償請求権に限られる一方で、第 2 訴訟の訴訟物が本件債権のうち基準時後に顕在化した後遺症による損害の賠償請求権に限られるから、第 1 訴訟と第 2 訴訟とは、訴訟物が同一関係にあるとはいえない。また、先決関係や矛盾関係も認められないから、本件判決の力は第 2 訴訟に作用しない。

したがって、第 2 訴訟における X の主張は既判力により遮断されず、許される。

3. 後遺症による損害を基準後の事由に位置づける

(1) 既判力が作用する後訴において遮断される主張は基準時前の事由の主張に限られるから、基準時後の事由を主張することは

既判力により妨げられない。既判力は前訴基準時における訴訟物たる権利関係の存否について生じるものであり、基準時後の事由を主張して当該権利関係を争うことは、既判力が生じている基準時における訴訟物たる権利関係の存否についての判決主文中の判断内容と矛盾した主張をすることに当たらないからである。

(2) そうすると、基準時後に顕在化した後遺症による損害を基準時後の事由位置付けるのであれば、仮に第1訴訟と第2訴訟とで訴訟物が同じであるとして前訴判決の既判力が第2訴訟に作用することになるとしても、Xが基準時後に顕在化した後遺症による損害を主張することは既判力により遮断される、許される。

4. 期待可能性による調整

(1) 既判力の正当化根拠は、前訴での手続保障を前提とする自己責任にある。そこで、基準時前の事由であっても、前訴で提出することに期待可能性がなかったものについては、正当化根拠が妥当しないため、既判力により遮断されないと解すべきである。

(2) 基準時後に顕在化した後遺症による損害については、第1訴訟の段階でXが認識していないはずであるし、仮に認識できていたとしてもその詳細が不明瞭である第1訴訟の段階で主張・立証することは極めて困難である。そうすると、基準時後に顕在化した後遺症による損害は、第1訴訟で主張・立証することに期待可能性がないといえるから、既判力により遮断されないと考えることができる。

このように考えると、第1訴訟と第2訴訟とで訴訟物が同じであるとして前訴判決の既判力が第2訴訟に作用し、かつ、基準時後に顕在化した後遺症による損害が基準時前の事由に位置付けられるという見解に立っても、第2訴訟におけるXの主張は例外的に既判力により遮断されず許されることになる。

5. 上記3つの理論構成のいずれかを採用すれば、第2訴訟における基準時後に顕在化した後遺症による損害についてのXの主張が認められるから、当該損害についての立証もなされれば、Xの請求が認められる。 以上

第 6 3 問

(事案)

Xは、横断歩道を歩行していたところ、車両用の信号機の赤信号を無視して同横断歩道に侵入してきたY運転の普通乗用自動車と接触した(以下「本件事故という」)。

Xは、本件事故により頭痛の症状が生じたため、Yを被告として、頭痛による財産的損害及び精神的損害として500万円の賠償を求める訴えを提起し(以下「第1訴訟」という)、その際、本件事故による損害のうち現時点で顕在化している頭痛による損害の賠償だけを求める旨を明示した。

裁判所は、本件事故によって生じた頭痛による損害は300万円であると判断し、Xの請求を300万円の限度で認容する旨の判決を言い渡し、この判決が確定した(以下「本件判決」という)。

その後、Xは、当初訴えていた頭痛だけでなく、手足に強いしびれが生じるようになり、介護が必要な状態となった。

そこで、Xは、Yを被告として、本件事故の後遺症による逸失利益等の財産的損害及び精神的損害として1000万円の賠償を求める訴えを提起した(以下「第2訴訟」という)。

(設問)

第2訴訟においてXの請求が認められるかについて、論じなさい。

基礎応用 289 頁(3)、論証
集 154 頁(3)、令和 2 年予
備試験設問 2 参考

(参考答案)

基礎応用 290 頁 [論点 10]、

1. 既判力との関係

論証集 156 頁 [論点 10]

(1) 既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断について生じる（民事訴訟法 114 条 1 項）。

第 1 訴訟の訴訟物は、本件事故を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権（以下「本件債権」という。）である。

(2) 問題は、第 1 訴訟の訴訟物が本件債権のうち明示された一部限定されるかである。

ア. 実体法上は債権の分割行使が債権者の自由とされていることからすれば、実体法上の権利の実現過程である民事訴訟においても一部請求を認めるべきである。もっとも、明示がない場合における残債務がないという被告の合理的期待を保護する必要もあるから、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する。

イ. X は、本件事故による損害のうち現時点で顕在化している頭痛による損害の賠償だけを求める旨を明示している。したがって、第 1 訴訟の訴訟物は本件債権のうち基準時まで顕在化した症状による損害の賠償請求権に限られる。

(3) 114 条 1 項に基づく既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。

第 1 訴訟の訴訟物は上述の通り本件債権の一部であるの対し、第 2 訴訟は訴訟物が本件債権のうち基準時に顕在化した後遺症による損害の賠償請求権に限られる。そうすると、第 1 訴訟と第 2 訴訟とは、訴訟物が同一関係にあるとはいえない。

また、先決関係や矛盾関係も認められないから、本件判決の力は第 2 訴訟に作用しない。

そうすると、第 2 訴訟における基準時後に顕在化した後遺症による損害についての X の主張は、既判力によっては遮断されない。

2. 信義則との関係

もっとも、第 1 訴訟における一部請求についてその一部を棄却する判決が確定しているにもかかわらず残部請求をすることは、信義則によって制限されないか。

(1) 金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないとの主張によるものであって、特定の債権の一部を請求するものではないから、その当否の判断は債権全部についての審理判断を経て行われるのが通常である。そうすると、このような審理の結果に基づく請求棄却判決は後に請求し

得る残部が存在しないとの判断を示すものにほかならない。そこで、請求棄却判決の確定後に原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情のない限り、実質的な前訴の蒸し返しとして信義則に反し許されないと解すべきである。

(2) 第1訴訟の基準時までには顕在化していたと主張されている頭痛と、第2訴訟の基準時後に顕在化したと主張されている後遺症とでは、異なる種類の傷害である上、後者が第1訴訟の基準時後に生じたという意味で顕在化時点も大きく異なる。そのため、第1訴訟で訴求された本件債権の一部と第2訴訟で訴求された本件債権の残部とは実質的な発生事由を異にするといえるから、本件債権の残部については実質的に前訴判決での審理・判断を経ていないといえる。したがって、特段の事情が認められるから、第2訴訟における残部請求は信義則によっても制限されない。

3. 以上より、後遺症による損害についての立証もなされれば、Xの残部請求が認められる。 以上

第 7 4 問

(事案)

Xは、Yに対し、ある名画を代金100万円で売却して引き渡したが、Yは、約束の期限が過ぎても代金を支払わない。

Yが、Xから買い受けた絵画は贋作であり、売買契約を錯誤によって取り消すと主張して、代金の支払を拒否したため、Xは、Yを被告として、売買代金100万円の支払請求を主位的請求、絵画の返還請求を予備的請求とする訴えを提起した。

(設問1)

第一審でXの主位的請求の全部を認容する判決がされ、この判決に対してYが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、XY間の売買契約は取り消されたから、XのYに対する売買代金債権は認められないとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。

(設問2)

第一審で主位的請求を全部棄却し、予備的請求を全部認容する判決がされ、この判決に対してYのみが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、XY間の売買契約は有効で、XのYに対する100万円の売買代金債権が認められるとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。

基礎応用 330 頁・3、論証
集 184 頁・3、平成 22 年旧
司法試験第 2 問設問 2 参考

(参考答案)

設問 1

基礎応用 330 頁 [論点 1]、

論証集 184 頁 [論点 1]

1. 上訴不可分の原則により、控訴期間内に適法な控訴があれば、移審効及び確定遮断効(民事訴訟法 116 条 2 項)は事件全体について生じる。

したがって、主位的請求の棄却判決に対する被告 Y の控訴があれば、予備的請求についても、確定遮断効が生じるとともに、控訴審に移審する。

2. もっとも、予備的併合の場合、裁判所は、主位的請求を認容するときには、予備的請求について審判する必要はないから、X の予備的請求については第一審で現実に審判されていない。にもかかわらず、控訴裁判所が X の予備的請求について審判することは、審級の利益を害するものとして、許されないのではないか。

- (1) 主位的請求と予備的請求の基礎となる事実は密接に関連しているから、実質的には、予備的請求についても第一審における審理が保障されているといえる。

そうすると、主位的請求の認容判決に対して被告が控訴した場合に、控訴裁判所が予備的請求について審判することは、予備的請求に関する審級の利益を害することにはならない。

そこで、控訴裁判所は、予備的請求について審判することができる。と解する。

- (2) したがって、控訴裁判所は、主位的請求を認容する第一審判決を取り消した上で(305 条)、主位的請求を全部棄却する判決と予備的請求を全部認容する判決を言い渡すべきである。

設問 2

基礎応用 331 頁 [論点 2]、

論証集 184 頁 [論点 2]

1. 上訴不可分の原則により、控訴期間内に適法な控訴があれば、移審効及び確定遮断効(116 条 2 項)は事件全体について生じる。

したがって、予備的請求の認容判決に対する被告 Y の控訴があれば、主位的請求についても、確定遮断効が生じるとともに、控訴審に移審する。

2. もっとも、控訴審の審判対象が不服の限度で認められること(296 条、304 条)から、移審したからといった直ちに主位的請求が上訴審の審判対象となるわけではない。そこで、予備的請求の認容判決に対して被告のみが控訴した場合に、主位的請求も控訴審の審判対象になるのかが問題となる。

- (1) 不利益変更禁止の原則(304 条)は申立拘束原則(246 条)の控訴審における現れであると解されるから、原告の控訴がないにもかかわらず主位的請求を控訴審の審判対象にすることは、原判決を控訴した被告に不利益に変更する余地を生じさせ

ることとなり、不利益変更禁止の原則に反する。

また、原告としては、予備的請求に理由がないときには主位的請求について審判を求めるとの予備的附帯控訴（293条）をすることはできたのであるから、このような一挙手一投足の労を怠った原告のために不利益変更禁止の原則に対する例外を許容する必要はない。

そこで、原告の控訴がなければ、主位的請求は控訴審の審判対象にならないと解する。

（2）そうすると、控訴裁判所は、主位的請求について審判することができないから、主位的請求を認容する判決を言い渡すことはできない。

そこで、「XY間の売買契約は有効」との心証に従い、予備的請求を認容する第一審判決を取り消した上で（305条）、予備的請求を棄却する判決を言い渡すべきである。 以上

第 75 問

(事案)

Xは、Yに対し、Yから譲り受けた浮世絵版画（以下「本件絵画」という。）の引渡しを求めるために、贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを求める訴えを提起した。

Yは、「Xに本件絵画を300万円で売却したのであり、贈与などしていない。」と主張した。

(設問)

Xは、裁判所が本件絵画の取引を贈与ではなく売買であると認定した場合に備えて、売買契約に基づく本件絵画の引渡しも求めたいと考えている。

そのためには、Xにおいてどのような申立てや主張が必要であるかについて、論じなさい。

基礎応用 332 頁、論証集
186 頁、平成 29 年司法試
験設問 2(1)参考

(参考答案)

1. 処分権主義のもと、裁判所は原告により設定された訴訟物とは異なる訴訟物について判決することはできない(民事訴訟法 246 条)。

紛争の一次的解決を理由として、訴訟物について、ある給付を求める地位自体というように広く捉える新訴訟物理論がある。この見解からは、本件訴訟の訴訟物は本件絵画の引渡請求権であり、引渡請求権の発生根拠が贈与なのか売買なのかは請求原因の違いにすぎないから、X は、訴えの追加的変更(143 条)をすることなく、予備的請求原因として本件絵画に関する売買契約の締結を主張すれば足りる。

しかし、当事者の手続保障及び審判対象の明確化の要請からすれば、訴訟物について、実体法上の請求権ごとに分断して捉える旧訴訟物理論によるべきである。この見解からは、贈与契約に基づく目物引渡請求権と売買契約に基づく目的物引渡請求権とは異なる訴訟物となる。

したがって、X は、「口頭弁論の終結に至るまで」に訴えの変更の申立てを行い(143 条 1 項本文)、本件訴訟の訴訟物として売買契約に基づく引渡請求権を追加する必要がある。

2. では、訴えの変更の要件を満たすか。

- (1) 「請求の基礎」の同一性の趣旨は、防御目標が予想外に変更されることによる被告の不利益に配慮したことにある。そこで、「請求の基礎に変更がない」とは、①新旧両請求の利益関係の社会生活上の共通性及び②旧請求の裁判資料の利用可能性が認められる場合を意味すると解する。

贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求と売買契約に基づく本件絵画の引渡請求とは、いずれも本件絵画の引渡しを求めるものだから、利益関係が社会生活上共通している(①)。しかし、後者の追加に伴い、売買契約の成否が主要な争点として追加されるため、旧請求の裁判資料の利用可能性があるとはいえず(②)、「請求の基礎」の同一性を欠く。

- (2) もっとも、被告が防御のために陳述した事実に基づいて訴えの変更をする場合には、被告の防御の利益を害することにはならない上、信義則上も訴えの変更が認められるべきであるから、「請求の基礎」の同一性は不要であると解する。

X による訴えの変更は、Y による贈与ではなく売買であるという防御のための陳述に基づいて行われたものであるから、「請求の基礎」の同一性は不要である。

- (3) 143 条は「請求の変更」と「請求の原因の変更」とが文言上区別した上で、2 項において「請求の変更は、書面で行なわれ

基礎応用 67 頁 [論点 1]、
論証集 41 頁 [論点 1]

基礎応用 332 頁 [論点 1]、
論証集 186 頁 [論点 1]

基礎応用 332 頁 [論点 1]、
論証集 186 頁 [論点 1]

基礎応用 333 頁 [論点 3]、
論証集 186 頁 [論点 3]

ばならない。」と定めているから、「請求の原因の変更」のみによる訴えの変更については書面の提出・送達（2項、3項）は不要であると解する。

旧請求と新請求における請求の趣旨は、いずれも「被告は、原告に対し、本件絵画を引き渡せ。」であるから、「請求の原因の変更」にとどまる。したがって、Xによる訴えの変更には、書面の提出・送達は不要である。

(4) 口頭弁論の終結間際に訴えの変更の申立てがなされたなど「著しく訴訟手続を遅延させることとなる」(143条1項但書)のような事情も見当たらない。

(5) したがって、Xによる訴えの変更が認められる。

3. その上で、Xは、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権の請求原因事実として、XY間における本件絵画に関する売買契約締結の事実を主張する必要がある。 以上

第 76 問

(事案)

XはYに対して訴えを提起し、貸金100万円のうち40万円の弁済を受けたので残り60万円の支払いを求める、と主張した。

Yは、Xの上記主張を全部認めた上、前記40万円のほか更に60万円の弁済をしたのでXの請求には応じられない、と答えた。

(設問)

Xは、40万円の弁済を受けたのは間違いであったとして、請求を100万円全額に拡張することができるか。

基礎応用 332 頁、論証集
186 頁、昭和 56 年旧司法
試験第 2 問設問 1 参考

(参考答案)

1. Xの当初の請求は、数量的に可分な貸金返還請求権100万円の一部である60万円のみを請求する一部請求である。

仮に当初から訴訟物が貸金返還請求権100万円であるならば、Xは、訴えの追加的変更(民事訴訟法143条)を要することなく、40万円の弁済を受けたという主張を撤回すれば足りる(なお、この主張には裁判上の自白が成立しているから、これを撤回するためには撤回要件を満たす必要がある)。これに対し、当初の訴訟物が貸金返還請求権100万円のうち明示された60万円のみであるならば、Xは訴えの追加的変更をする必要がある。

(1) 実体法上は債権の分割行使が債権者の自由とされていることからすれば、実体法上の権利の実現過程である民事訴訟においても一部請求を認めるべきである。もっとも、明示がない場合における残債務がないという被告の合理的期待を保護する必要もあるから、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する。

基礎応用 238 頁 [論点 5]、
論証集 130 頁 [論点 5]

(2) そうすると、Xの当初の請求の訴訟物は貸金返還請求権100万円のうちの60万円のみであるから、残部40万円も含めた100万円に請求を拡張することは、訴訟物の追加を伴うものであるから、訴えの追加的変更(143条)によることを要する。

2. では、訴えの変更の要件を満たすか。

(1) 「請求の基礎」の同一性(143条1項本文)の趣旨は、防御目標が予想外に変更されることによる被告の不利益に配慮したことにある。そこで、「請求の基礎に変更がない」とは、①新旧両請求の利益関係の社会生活上の共通性及び②旧請求の裁判資料の利用可能性が認められる場合を意味すると解する。

基礎応用 332 頁 [論点 1]、
論証集 186 頁 [論点 1]

旧請求と新請求は、いずれも同一の金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であるから、利益関係が社会生活上共通している(①)。また、新請求の追加により40万円の弁済の有無という争点が追加されるものの、旧請求と新請求とで発生原因である契約が共通していることからしても、旧請求の裁判資料の利用可能性はあるといえる(②)。したがって、「請求の基礎に変更がない」といえる。

(2) 新請求の追加により、請求の趣旨が「被告は、原告に対し、60万円を支払え。」から「被告は、原告に対し、100万円を支払え」に変更されるため、「請求の変更」に当たる、したがって、書面の提出・送達(143条2項、3項)が必要である。

(3) Xが「口頭弁論の終結に至るまで」(143条1項本文)に訴えの変更の申立てを行い、かつ、「著しく訴訟手続を遅延させる

こととなる」(143条1項但書)にも当たらないならば、訴えの追加的変更による新請求の追加が認められる。

3. もっとも、40万円の弁済を受けた旨のXの陳述には裁判上の自白が成立しているため、請求を100万円に拡張することはできないのではないかと。

(1) 裁判上の自白(民事訴訟法179条参照)とは、当事者が、訴訟の口頭弁論又は弁論準備手続においてする、相手方の主張と一致する、自己に不利益な事実の陳述をいう。そして、基準の明確性という理由から、ここでいう不利益な事実とは相手方が証明責任を負う事実を意味すると解する。また、ここでいう事実に主要事実が含まれることに争いはない。

40万円の弁済という相手方Yが証明責任を負う主要事実について、訴訟の口頭弁論においてXが先に主張し、Yもこれと一致する主張をしているのだから、40万円の弁済という事実についてXに先行自白が成立する。^{1) 2)}

(2) Xの自白には撤回禁止効が生じるが、これはXが40万円の弁済についての自白を撤回することができず、その結果、40万円の弁済の事実が証明されなくても、裁判所によって40万円の弁済の事実が判決の基礎にされることで追加された40万円の請求が棄却されることを意味するにとどまる。したがって、上記自白の撤回禁止効には40万円の請求を追加することを否定する効果までは認められない。

したがって、100万円全額への請求の拡張が認められ、先行自白の撤回が認められなければ裁判所は40万円の弁済の事実をそのまま判決の基礎とすることになり、自白の撤回が認められれば40万円の弁済の事実が否定されて請求の全部又は一部

1) 確かに、旧請求の訴訟物は60万円に限定される。しかも、明示的一部請求の場合、弁済による控除は請求債権の外側部分から行われると解される(外側説)。それが原告の合理的意思に合致するからである。そうすると、残部40万円が訴訟物として追加される前の段階では、40万円の弁済の事実、訴訟物の存在を否定する弁済の抗弁の主要事実には当たらず、一部請求の単なる事情にすぎないものとして、裁判上の自白の対象にならないようにも思える。

しかし、Yは、60万円の弁済の事実と一緒に40万円の弁済の事実を主張しているのだから、40万円の弁済の事実、60万円の弁済の事実が訴訟物である60万円の債権全額との関係でその消滅原因事実になるために必要なものであり、弁済の抗弁における主要事実の1つとして、裁判上の自白の対象になる。

2) “これに対するYの認否は、「全部認めた」とありますので、まず、100万円の消費貸借契約の締結について、裁判上の自白が成立します。では、Xが事情として記載した40万円の弁済について、裁判上の自白が成立します。これをYが援用した(自白の成立)と理解することは、どうでしょうか。本件においては正当な理解ではありません。40万円についてはそもそも訴訟物を構成していないことが甲によって明にされており、他方、Yから60万円の弁済の抗弁が提出されていることを併せ考えると、本件の当初の段階ではこの40万円の弁済の事実、60万円の請求を棄却する機能を持ちません。”(解析第2版385頁)

“甲が自ら40万円の弁済を受けた事実を主張していることについても争いが無いことになりますが、これは、訴訟物の外にあって権利の存否判定に資することがない事情にとどまります。”(解析第3版404頁)

が認容される可能性がある。

以上 |

(参考文献)

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」初版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第2版補訂2版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「民事訴訟法」第5版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第6版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第3版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」3訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事訴訟法講義案(再訂補訂版)」(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第5版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2022(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)