

民事系第3問 解説

◆ 問題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3：4：2：4：2：2)

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。

【事例】

建築業者Xは、Yとの間で住居建築の工事を代金3000万円で請け負う契約を締結し、住居の建築工事に着手した。その後、Aが夜間にその工事現場付近を自転車で通行しようとしたところ、建築資材に接触し、全治3週間のけがを負った（以下「本件事故」という。）。そのため、Aは、Xに対し、不法行為に基づく損害賠償を請求しようとしている。これに対して、Xは、自己の過失を否定し、不法行為の成立を争っている。

両者は何度かそれぞれ弁護士を介して示談交渉を行ったが、双方とも自己の言い分を変えず、示談は成立しなかった。そのような状況下で、Xから依頼を受けた弁護士は、Aに対し、「XはAに対して本件事故についての不法行為に基づく損害賠償債務を負わないことの確認」を求める債務不存在確認訴訟（以下「本件訴訟1」という。なお、本件訴訟1では、X Aそれぞれ訴訟代理人が選任されているものとする。）を提起した。

本件訴訟1の第1回口頭弁論期日において、Xによる訴状の陳述及びAが本件事故の事実関係を主張して請求棄却を求めた後、Xは、以下のとおり主張して、不法行為責任の成立を争った。すなわち、「Xは、建築工事をする際には、必ず工事現場付近に立入禁止の看板を立てている。本件事故は、Aが看板を無視して立入禁止区域に侵入したことにより発生したから、Xに何ら注意義務違反はない。したがって、Xには過失が否定され、不法行為は成立しない。」と主張した。それに対して、Aは、「本件事故当時、立入禁止の看板は存在しなかった。」と主張した。そこで、裁判所は、争点を整理する必要があるとして、この事件を弁論準備手続に付した。

数回の弁論準備手続が終結した後、第2回口頭弁論期日の冒頭において、Aは、「仮に立入禁止の看板が存在していたとしても、Aは、立入禁止区域には入っていない。本件事故は、Xの従業員が建築資材の固定を忘れたことにより建築資材が落下し、その建築資材が立入禁止区域の外側を通行していたAに衝突したものである。」という旨の主張を新たに追加した。Xは、Aに対し、そのような主張を弁論準備手続でしなかった理由の説明を求めたが、Aは、言を左右にするのみで、合理的な説明をしなかった。

以下は、本件訴訟1の担当裁判官であるJ1と司法修習生P1との間でされた会話である。

裁判官J1：Aが第2回口頭弁論期日になって新たにXの過失を基礎付ける事実の主張を追加してきました。

修習生P1：せっかく弁論準備手続が行われたのに、新たな争点が生じてしまいましたね。

裁判官J1：そうですね。裁判所は、Aが追加した新たな主張をどのように扱うべきでしょうか(課題①)。検討してみてください。

修習生P1：分かりました。

裁判官J1：よろしくお願ひします。また、債務不存在確認訴訟に関連して、次のように想定した事案についても考えてみてください。

(事案)

Xは、不法行為を行ったこと自体は認めているが、Aに発生した損害額について争っている。本件事故について、XとAは、ともに弁護士を介して示談交渉を行った。Aは、現時点での治療費等の損害賠償として100万円を請求し、また症状が完全には固定していないことから、今後更に追加して請求する予定であると主張した。これに対して、Xは、不法行為を行ったこと自体は認めるが、損害額は多くても10万円であると主張した。初回の交渉では、両者が譲らず、示談は成立しなかった。そこで、Xは、Aに対し、「XのAに対する不法行為を原因とする損害賠償債務は10万円を超えて存在しないことの確認」を求める債務不存在確認訴訟を提起した(XAそれぞれ訴訟代理人が選任されている)。

なお、債務不存在確認訴訟が提起された時点で、Aは、いまだにXの不法行為を立証するのに十分な証拠を収集することができなかった。

裁判官J1：このような事案における債務不存在確認訴訟は、Aの訴訟準備が整っていない段階で、Xがいわば先制攻撃的にAの提訴を強制したものと考えられます。

そのため、私は、上記事案の債務不存在確認訴訟を不適法却下にしたいと考えています。そこで、債務不存在確認訴訟を不適法却下にする法的構成を考えてください(課題②)。

修習生P1：分かりました。頑張ってみます。

【設問1】

あなたが司法修習生P1であるとして、裁判官J1から与えられた下線部の課題①②に答えなさい。

【事例(続き)】

Xは、住居の建築を完成させ、Yに建物を引き渡した。XがYに対して請負代金3000万円の支払を請求したところ、Yは、既に請負代金は全額支払っている旨主張して争った。そこで、Xは、Yに対し、請負代金3000万円の支払を求める訴えを提起した(以下、こ

の訴訟を「本件訴訟2」という。)

また、Yは、建物に瑕疵があるとして、瑕疵修補に代わる損害賠償として1000万円の支払を求める反訴を提起した。

その後、本件訴訟2の係属中、折からの不況により、Yの経済状態が急激に悪化した。これを知ったXは、本訴請求債権を少しでも確実に回収するため、Yの請求が認められる場合に備え、本訴請求債権を自働債権として反訴請求債権と対当額で相殺する旨の相殺の抗弁を主張した。

以下は、Yの訴訟代理人である弁護士L1と司法修習生P2との間でされた会話である。

弁護士L1：こちらとしては、Xの相殺の抗弁は、二重起訴の禁止（民事訴訟法第142条）に当たり認められないと主張したいと考えています。このような主張を考える前提として、まず、本件訴訟2と異なりYの反対債権が反訴として請求されたのではなく別訴で請求された場合には、これに対して本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出することができるかを検討してみてください（課題③）。

修習生P2：分かりました。

弁護士L1：もっとも、本件では、こちらの反対債権の請求は、反訴でされています。この場合に参考になりそうな判例は何かありませんか。

修習生P2：そうですね。次のように判示した最高裁判所平成18年4月14日第二小法廷判決（民集60巻4号1497頁。以下「平成18年判決」といいます。）が参考になるように思えますが…。

「本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられないと解するのが相当である。この場合においては、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、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に変更されることになるものと解するのが相当であって、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないことになるからである。そして、上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面によることを要せず、反訴被告の同意も要しないというべきである。」

弁護士L1：たしかに、そうですね。しかし、平成18年判決と本件では、事案が異なるように思います。そこで、平成18年判決はどのような理由で相殺の抗弁を肯定したか、その理由は本件にも妥当するのかを検討し、Yの立場からXの相殺の抗弁が認められないという立論をしてみてください（課題④）。

修習生P2：うーん。難しいですね。何かヒントはありませんか。

弁護士L1：すぐにヒントを求めるのはあまりよくないと思いますが…。そうですね、まず、平成18年判決の理由を考えてみましょう。そもそも、予備的反訴は、どのような理由で許されているのでしょうか。一般的に訴訟行為に条件を付ける

ことは許されるのかということと関連して考えてみるとよいと思います。次に、平成18年判決は、被告の反訴を予備的反訴と解すれば重複起訴の問題は生じないと述べていますが、これはなぜかを考えてみましょう。

修習生P2：はあ…。

弁護士L1：それでは、本件の事案と平成18年判決の事案では、どのような点が異なりますか。

修習生P2：平成18年判決の事案では、相殺の抗弁を反訴原告が提出したのに対し、本件では、本訴原告が提出している点で異なります。

弁護士L1：そうですね。このような場合に平成18年判決と同様の論理構成を採るとすると、どのような構成になりますか。そして、その構成は、許されるのでしょうか。課題④を検討する際には、以上の点を考慮して検討してみてください。

修習生P2：ありがとうございます。頑張ってみます。

〔設問2〕

あなたが司法修習生P2であるとして、弁護士L1から与えられた下線部の課題③④に答えなさい。ただし、Yの反訴は適法に係属したことを前提としてよい。

【事例（続き）】

以下の問題を検討するに当たっては、前記本件訴訟2の訴え提起後の事実、並びに設問2に対するあなたの検討結果は一切考慮せず、XがYに対して本件訴訟2の訴えを提起した時点にさかのぼった上で、以下の記述を読み進めなさい。

本件訴訟2の係属中、Yは死亡し、唯一の相続人であるZがYを相続した。Zは、法定の期間内に家庭裁判所に限定承認の申述をし、その旨をXに通知した。

本件訴訟2において、Zは、適法にYの当事者としての地位を承継したが、限定承認をしたとの事実を主張しなかったため、Zに対して3000万円の支払を命じる判決が言い渡され、確定した。Xがこの確定判決を債務名義としてZの銀行預金を差し押さえようとしたため、Zは、請求異議の訴えを提起して、限定承認の申述をしたことを主張した。

以下は、Xの訴訟代理人である弁護士L2と司法修習生P3との間でされた会話である。

弁護士L2：今回のZの請求異議訴訟について、どう思いますか。

修習生P3：前訴で主張していなかった限定承認の事実を改めて主張するものであり、不当であると思います。

弁護士L2：そうですね。こちらとしては、Zの限定承認の事実の主張は許されないという主張をしたいです。ところで、限定承認とは、どのような実体法上の意義を有するのでしょうか。また、前訴である本件訴訟2において仮にZが限定承認の事実を主張し、裁判所がその事実を認めた場合には、どのような判決が言い渡されたのでしょうか（課題⑤）。Zの主張を想定する上で重要な事項となりますので、まとめておいてください。

修習生P3：はい。

弁護士L2：また、その限定承認の実体法上の意義を前提として、まず、Zからはどのような主張が考えられるかを検討してみてください。次に、それらを踏まえた上で、Xの立場で本件においてZの限定承認の事実の主張は許されないと立論してみてください（課題⑥）。その際には、債務と責任の関係及び限定承認の事実の主張と相殺の抗弁の異同に注意して、主張を組み立ててくださいね。

修習生P3：分かりました。

〔設問3〕

あなたが司法修習生P3であるとして、弁護士L2から与えられた下線部の課題⑤⑥に答えなさい。

【配点表】

			配点
第1	設問1		
	1	課題①	
	(1)	問題の所在	
		・ Aは、弁論準備手続前に新たな主張ができなかった理由を説明しなければならない(民事訴訟法(以下、省略)174条・167条)ことの指摘	1
		・ 理由を説明しなかった場合の明文の規律がないことの指摘	1
		・ 争点整理手続の趣旨	1
		・ 弁論準備手続終了後の攻撃防御方法の提出は時機に後れた攻撃防御方法として却下することができる(157条1項)ことの指摘	2
	(2)	157条1項の要件充足性の検討	
		ア 「時機に後れて提出」されたものであること	2
		イ 当事者の「故意又は重大な過失」	1
		ウ 「訴訟の完結を遅延させる」	3
	(3)	結論	1
		【加点事項】 ※ 当てはめが丁寧に行われている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	2	課題②	
	(1)	法的構成	
		確認の利益を欠くという法的構成の指摘	3
	(2)	確認の利益の判断基準	
		・ 確認の利益の趣旨の指摘	3
		・ 確認の利益の判断基準の指摘	3
	(3)	債務不存在確認訴訟の特殊性	
		ア 対象選択の適否、方法選択の適否について	2
		イ ・ 即時確定の利益の存否につき、債務不存在確認訴訟においては通常の確認訴訟より厳格に判断されること及びその基準の指摘 例・賠償額についての認識の違いを解消するため当事者が誠意をもって協議を尽くしたがなお示談が成立しない事情がある場合など、債務者の法的地位に具体的・現実的な危険が存在する場合 ・ 事故の加害者(債務者)が被害者(債権者)側で十分な証拠を収集できないうちに被害者を被告にして損害賠償債務不存在確認の訴えを提起すると、実体権はあるものの被害者が敗訴するという不当な結果となることから、即時確定の利益の存否については、厳格に判断されるべきである など	5
		ウ ・ 本問の具体的検討 示談交渉が1度しかされていないこと Aの症状が固定していないこと など	5
	(4)	結論	1
		★他の法的構成(例えば、訴権の濫用や信義則など)であっても説得力のある論述ができている場合には、上記と同様に配点する	
第2	設問2		
	1	課題③	
	(1)	問題の所在	
		相殺の抗弁は「訴え」ではないから142条を直接適用することはできないことの指摘	2

(2)	142条の類推適用の可否		
	ア	142条の趣旨の指摘 矛盾判断の回避 審理の重複による無駄を避けること 被告の応訴の煩の軽減	4
	イ	142条の趣旨の妥当性	
		・相殺の自働債権の存否の判断には既判力が生じるため(114条2項)、 既判力の矛盾抵触があり得ることの指摘	3
		・同一債権について二重に審理することになり審理の重複が生じること なることの指摘	3
ウ	結論	2	
(3)	本問での当てはめ		2
★最高裁判所の立場でない立場で論述されていてもしっかりと理由付けがされてい れば、同様に配点する			
2	課題④		
(1)	平成18年判決の論拠		
ア	予備的反訴の許容性		
	・一般に訴えに条件を付けることは許されないことの指摘	1	
	・予備的反訴は例外的に許されることの指摘	1	
イ	142条の趣旨との関係		
	・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のある判断 がされれば、その部分の請求については解除条件の成就により反訴におけ る審理の対象とならないから、そもそも二重起訴の状態は生じていないこ との指摘	1	
	・予備的反訴の場合は審理統一の要請から弁論の分離が禁止されるから、審 理の重複や判断の抵触が生じるおそれはないことの指摘	1	
(2)	Yの主張		
ア	平成18年判決からの帰結		
	・平成18年判決の論拠からすると、本訴について条件付き訴えの取下げが されると解釈されることの指摘	1	
イ	予備の本訴の許容性		
	・本訴請求に条件を付けることは、性質上許されないことの指摘	1	
	・同一債権が重複して審判対象になっていることの指摘	1	
	・判決内容の矛盾抵触が生じる可能性が否定できないことの指摘	1	
	【加点事項】 ※平成18年判決の意義を的確に捉えて説得的に検討している場合に は、加点する	加点評価 A・B・C	
第3	設問3		
1	課題⑤		
(1)	限定承認(民法922条)の性質		
	・限定承認の内容の指摘	2	
	・本件において限定承認の事実の主張がされた場合の帰結	2	
(2)	判決本文		
	「被告は、原告に対し、相続財産の限度で3000万円を支払え。」となること の指摘	1	
2	課題⑥		
(1)	Z側の主張		
ア	既判力の客観的(客体的)範囲		
	・既判力の定義の指摘	2	

	・既判力の客観的（客体的）範囲の指摘	2
イ	限定承認の特殊性	
	・後訴で限定承認の事実が主張されたとしても、責任のみにかかわるものであるから、前訴の訴訟物の判断には影響を与えないことの指摘	2
	・債務の存否を争っている被告が前訴で限定承認の事実を主張することを期待することはできず、相殺の抗弁に類似することの指摘	1
ウ	結論	
	Zが請求異議訴訟において限定承認の事実を主張することは前訴確定判決の既判力に抵触しないことの指摘	1
(2)	X側の主張	
ア	形式論	
	・Xは、黙示的に相続財産を責任財産とすることの確定を求めているといえるから、Zの責任財産の範囲も判決手続における審判対象となっていることの指摘	2
	・前訴判決は、XがZに対し3000万円の強制執行が可能な請負代金債権を有していることが既判力をもって確定していることの指摘	2
イ	実質論	
	・限定承認の事実、立証が容易であるから、前訴で主張させるのは酷ではないことの指摘	2
	・限定承認の事実の主張は、防御的なものにすぎず、相殺の抗弁とは異なることの指摘	2
ウ	結論	
	Zが請求異議訴訟において前訴基準時前の限定承認の事実を主張して責任の範囲を縮減することは、前訴確定判決の既判力に抵触することの指摘	1
★他の法律構成であっても説得力のある論述ができていた場合には同様に、配点する		
第4	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する	加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 時機に後れた攻撃防御方法の提出
- 2 債務不存在確認訴訟と確認の利益
- 3 二重起訴の禁止と相殺の抗弁
- 4 本訴請求債権を自働債権，反訴請求債権を受働債権とする相殺の可否
- 5 既判力の客観的範囲と限定承認

【素材・出題パターン】

論文本試験は，各教科において多様な要素を含んでいるものの，一定の素材・出題パターンに分析することが可能かと思われます。そして，民事訴訟法の本試験過去問においては，まず，素材事例について，概ね以下の2つに分類できます。

① 判例参考型

判例を参考にしたと思われる出題（平成18年，同20年，同23年，同25年）

② 創作型

審査委員による創作性が強いと思われる出題（平成19年，同21年，同22年，同24年，同26年）

また，出題パターンとしては，概ね以下の3つのように分類できます。

ア 理論面重視型

民事訴訟法の著名な論点に関して理論面を問う出題形式（平成18年，同19年，同20年，同21年，同22年，同23年，同24年，同25年，同26年）

イ 制度説明型

民事訴訟法上の諸制度について，比較や説明を求める出題形式（平成19年）

ウ 学説対比型

当該論点における学説を対比させつつ，その要件効果等を検討させる出題形式（平成20年，同22年）

以上の分類に従えば，本問は，① 判例参考型，ア 理論面重視型ということになります。

素 材 出題パターン	①判例参考型	②創作型
ア 理論面重視型	平成18年・平成20年・ 平成23年・平成25年・ 本問	平成19年・平成21年・ 平成22年・平成24年・ 平成26年
イ 制度説明型	—	平成19年
ウ 学説対比型	平成20年	平成22年

【出題のねらい】

本問は、民事訴訟法の重要な制度である争点整理手続についての基本的な理解と、民事訴訟法の基本的概念である二重起訴、相殺の抗弁、既判力についての応用的な思考力を問う問題である。

まず、平成27年の司法試験から下四法の短答式試験が廃止される。これに伴って、これまではいわゆる短答知識であった争点整理手続に関連する出題が論文式試験においてされることも予想される。争点整理手続終了後の攻撃防御方法の提出については、時機に後れた攻撃防御方法との関係で問題になる。時機に後れた攻撃防御方法の扱いについては、平成19年の本試験で出題されているが、争点整理手続との関係が直接的に問われたわけではない。出題形式を変えて再度出題される可能性は、あるであろう。

設問1の課題②は、先制攻撃的性格を有する債務不存在確認訴訟を排除する法的構成の現場思考を求める問題である。学説には、債務不存在確認訴訟においては、確認の利益を厳格に解すべきであると見る見解がある。本問でも、この立場等を参考にして確認の利益を否定することが求められている。

さらに、近年の本試験では、著名な判例の射程を考える問題が多く出題されている（平成25年、平成26年など）。そのため、設問2では、二重起訴と相殺の抗弁についての著名な判例を素材に、判例の射程を問う出題をした。

設問3は、限定承認の事実の主張がされずに無留保判決がされた場合に、後訴で限定承認の事実を主張することは既判力により遮断されないかを問う問題である。限定承認の実体法上の性質及び既判力の客観的（客体的）範囲・時的限界の基本的な理解を問うている。

【本問作成の経緯等】

設問1の課題①は、争点整理手続終了後に新たな攻撃防御方法が提出された場合の扱いに関する問題である。民事訴訟法の短答式試験の廃止に伴い、手続的な問題が問われ得ると考えたため、出題した。

設問1の課題②は、先制攻撃的性格を有する債務不存在確認訴訟を不適法とする立論を求める現場思考型の問題である。当初は確認の利益に限定して出題する予定であったが、受験生自身に法律構成を考えてもらう方が適切だと考えた。

設問2は、最判平3. 12. 17（民訴百選38①事件）、最判平18. 4. 14（民訴百選A12事件）などの有名な判例を素材に、最高裁判例の内容及びその射程を問う問題である。近年の司法試験では、著名な最高裁判例の射程を問う問題が多く出題されているため、判例の射程を考えてもらう出題をした。

設問3は、限定承認の事実の主張がされずに無留保判決がされた場合に、後訴で限定承認の事実を主張することは既判力により遮断されないかを問う問題である。最判昭49. 4. 26（民訴百選85事件）は、多くの受験生が知っている判例と思われる。しかし、本問は、昭和49年判決とは異なる事案で作成した。

【主要参考文献・資料等一覧】

(設問1)

- ・山本和彦他『Law Practice 民事訴訟法』（商事法務，第2版，2014）P.131～6
- ・伊藤 眞『民事訴訟法』（有斐閣，第4版補訂版，2014）P.285～8
- ・兼子 一ほか『条解 民事訴訟法』（弘文堂，第2版，2011）P.940～944，982～4
- ・東京高判平12. 3. 14（判タ1028-295）
- ・和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』（商事法務，2012）P.206～7，221～9
- ・高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（有斐閣，第2版補訂版，2013）P.382～3
- ・三木浩一ほか『民事訴訟法』（有斐閣，2013）P.363～5
- ・東京地判平4. 3. 27（判タ1418-109）

(設問2)

- ・最判平3. 12. 17（民集45-9-1435，民訴百選38①事件）
- ・最判平18. 4. 14（民集60-4-1497，民訴百選A12事件）
- ・増森珠美「判解」法曹時報59巻9号P.361～373
- ・大阪地判平18. 7. 7（判タ1248-314）
- ・和田吉弘「判批」法学セミナー637号P.117

(設問3)

- ・高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（有斐閣，第2版補訂版，2013）P.798～809
- ・菱田雄郷「判批」民事訴訟法判例百選（有斐閣，第4版，2010）P.185
- ・和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』（商事法務，2012）P.441～3
- ・最判昭49. 4. 26（民集28-3-503，民訴百選85事件）

【辰巳司法試験全国公開模試解答例・答案について】

辰巳司法試験全国公開模試解説書には，原則として下記の3種類の解答例・答案を掲載しております。各々の解答例・答案の特徴を活かして，学習にお役立て下さい。

◆パーフェクト答案（出題意図に即し配点項目に可能な限り触れた答案）

本問作成に際して素材とした判例，学術文献などに忠実に従った，いわば解説レジュメのダイジェスト版というべき答案です。論文式試験の採点方針（司法試験考査委員会申し合わせ事項）にいう「抜群に優れた答案」を目指しております。ここまで書けないと思われるかもしれませんが，規範，あてはめなどを充実させるため，必要な部分のみを参考にしてもよいでしょう。

■合格スタンダード答案（司法試験合格者が検討した，実戦的・平均的な合格答案例）

司法試験合格者に検討してもらい，論文式試験の採点方針（司法試験考査委員会申し合わせ事項）にいう「良好な水準に達していると認められる答案」との結論に至った答案です。平均的な合格圏内に入るためには，この合格スタンダード答案の水準を目指されるとよいでしょう。

- ◆モニター答案（講師との事前検討ゼミに先立ち，受験生が試験時間内に実際に書いた答案）
皆様と同じ司法試験受験生が試験時間等，本試験と同じ条件で書いた答案をパソコンにて入力し直したものです。平均的な受験生の答案の水準を知るのに適しております。

【答案の骨】

第1 設問1

1 課題①

(1) 問題の所在

- ・ Aは、弁論準備手続終了前に主張しなかったことの合理的な理由を説明していない（民事訴訟法（以下、省略）174条・167条）

→弁論準備手続終了後の攻撃防御方法の提出は、時機に後れた攻撃防御方法として却下することができるかと解すべきである（157条1項）

↓

(2) 具体的検討

ア 要件：①「時機に後れて提出」されたものであること

②それが当事者の「故意又は重大な過失」に基づくものであること

③それについての審理によって「訴訟の完結を遅延させる」こと

↓

イ 当てはめ

(ア) ①について

- ・ 自説：審理の進行状況を考慮して適切な時機にその提出を期待することができたか否かを基準として判断し、争点整理手続終了後は、特段の事情がない限り時機に後れたといえる

↓

- ・ 当てはめ：特段の事情がなく弁論準備手続終了後に新たな主張がされているから、①を充たす

↓

(イ) ②について

- ・ 自説：相手方の要求があるにもかかわらず理由を説明しない場合には、故意又は重過失があったものと推定

↓

- ・ 当てはめ：Aは、Xの要求があったにもかかわらず、理由を説明していないから、②も充たす

↓

(ウ) ③について

- ・ 自説：当該攻撃防御方法を却下した場合に予想される訴訟完結の時点とそれについて審理を行った場合の訴訟完結の時点とを比較して判断すべき

↓

- ・ 当てはめ：本件では、多くの証拠調べ及び相当の期間にわたる審理を要し、当初の訴訟完結時点よりも遅くなるといえるから、③も充たす

↓

(3) 結論：裁判所は、Aの新たな主張を157条1項により却下すべき

2 課題②

(1) 法的構成：確認の利益を欠く

↓

(2) 確認の利益の有無

ア 自説：①対象選択の適否，②方法選択の適否，③即時確定の利益の存否の観点から判断

↓

イ 当てはめ

- ・事案の債務不存在確認訴訟は，現在の法律関係の確認であり，①は充たす
- ・他に適切な訴えの類型は存在しないから，②を充たす
- ・現時点でXの地位に対する危険が現実化する可能性は低いといえ，③は充たさない

↓

(3) 結論：事案の債務不存在確認訴訟は不適法却下

第2 設問2

1 課題③

(1) 問題提起：抗弁後行型における相殺の主張は許されるか

↓

(2) 自説：抗弁後行型における相殺の抗弁の主張は，142条の類推適用により許されない。

↓

(3) 当てはめ・結論：Xの別訴における相殺の抗弁の提出は，許されない

2 課題④

(1) 平成18年判決の論拠

- ・平成18年判決：反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁が主張された場合には，反訴が，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のある判断が示されたときには，その部分について反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更される
- ・理由：①当該相殺の自働債権につき既判力のある判断がされれば，その部分の請求は解除条件の成就により反訴における審理の対象とならないから，二重起訴とならない
②予備的反訴の場合には，弁論の分離が禁止されるから，審理の重複等が生じるおそれなし

↓

(2) Yの主張

- ・結論：上記判決の論理は本件には妥当しない
- ・理由：①本訴請求に条件を付けることは，反訴手続を著しく不安定にする
②既判力の矛盾抵触の可能性も否定できない

第3 設問3

1 課題⑤

・限定承認の意義：被相続人の債務の全額について承継するが，責任の範囲が相続財産に限定
→Zは，請負代金支払債務の全額について承継するが，責任の範囲が相続財産に限定

↓

- ・裁判所は、相続財産の限度において弁済をすべき旨の留保を付した、当該債務全額についての給付判決を言い渡すべき

→「被告は、原告に対し、相続財産の限度で3000万円を支払え。」

2 課題⑥

(1) Z側の主張

- ・主張内容：Zの限定承認の事実の主張は、前訴確定判決の既判力に抵触しない
- ・理由：①限定承認の事実が主張されても、前訴の訴訟物の判断には影響なし
②限定承認は、相殺の抗弁に類し、相殺の抗弁が前訴確定判決の既判力により遮断されない以上、限定承認の事実の主張も遮断されるべきでない

↓

(2) X側の主張

- ・主張内容：前訴被告が後訴において前訴基準時前の限定承認の事実を主張して責任の範囲を縮減することは、前訴確定判決の既判力に抵触
- ・理由：①前訴の請求認容判決により、前訴原告が前訴被告に対し強制執行が可能な請求権を有していることが既判力をもって確定している
②執行手続で初めて主張できるのは、公平ではない
③前訴被告は、限定承認の事実を簡単に証明できる
④限定承認の事実の主張は、防御的なものにすぎず、相殺の抗弁とは異なる

↓

- ・当てはめ：Zの限定承認の事実の主張は、前訴確定判決の既判力に抵触する

↓

- ・結論：Zが請求異議訴訟において限定承認の事実の主張をすることは許されない

以上

【分析と展開】

第1 設問1

1 課題①

XがAに対して弁論準備手続前にXの過失を基礎付ける事実を主張することができなかったことについて理由の説明を求めたところ、Aは、言を左右にするのみで、合理的な説明をしなかったことから、この行為は、民訴法（以下、省略）174条、167条に違反する。このような説明義務違反の効果については民訴法上は明文の規定が存在しない。もっとも、争点の絞り込みと深化を行い、証拠調べの対象を限定するという争点整理手続の目的からすると、攻撃防御方法は争点整理手続の中で提出すべきであるから、弁論準備手続終了後の攻撃防御方法の提出は、時機に後れた攻撃防御方法として却下することができると解すべきである（157条1項）。

本問では、弁論準備手続終了後にされたAの新たな主張について157条1項の問題となることを指摘した上で、同条の要件を検討することが求められている。本問の事実関係からすると、157条1項の要件は問題なく認められ、Aの新たな主張の提出は却下されるであろう。

2 課題②

本問は、先制攻撃的性格を有する債務不存在確認訴訟を排除する法的構成を問う問題である。学説では、債務不存在確認訴訟においては確認の利益を厳格に解すべきであるとするものがあり、本問でもこの立場等を参考にして確認の利益を否定することが求められている。なお、東京地判平4. 3. 27（判時1418-112）は、不法行為に基づく損害賠償債務の不存在確認訴訟において確認の利益を厳格に解しているため参考になろう。

解答に当たっては、まず、確認の利益の判断基準（対象選択の適否、方法選択の適否、即時確定の利益）を示した上で、本問では即時確定の利益が特に問題となると論じることになる。そして、本問は不法行為事例であることに着目して、通常の契約関係の場合とどのような点が異なり、それが確認の利益の判断にどのような影響があるのかを検討すべきである。

本問の具体的検討においては、AX間の示談交渉が1度しかされていないことやAの症状が固定されていないことなどを指摘すれば確認の利益を否定する立論ができるであろう。

本問は、上述した下級審裁判例をモデルにした問題ではあるが、同裁判例を知っているかを問う問題ではなく、与えられた事実関係から適切な法律構成や規範を考えてもらうことを意図している。

なお、明確に示した文献等は見つからなかったが、訴権の濫用や訴訟上の信義則（2条）によって提訴強制を防止するという方策も考えられるであろう。

第2 設問2

1 課題③

本問は、係属中の訴訟において訴訟物となっている債権を別訴において自働債権として相殺する抗弁を主張することは二重起訴の禁止（142条）に反しないかを問う問題である。二重起訴の禁止と相殺の抗弁については、著名な最高裁判例（最判平3. 12. 17（民集45-9-1435, 民訴百選38①事件））もあるところであり、多くの受験生が学習しているところであろう。

この判例の立場に立てば、相殺の抗弁は自働債権の判断につき既判力が生じ（114条2

項)、既判力の矛盾抵触の可能性があることを理由に、Xの相殺の抗弁は禁止されることになる。

学説も諸説あるところであるが、解答に当たっては上記判例の立場を踏まえて自己の立場を明確にすることが求められる。

2 課題④

課題④は、比較的新しい最高裁判例(最判平18.4.14(民集60-4-1497,民訴百選A12事件))の射程を考える問題である。判例の射程が問われる問題では、判例理論の論拠(理由)を考え、その論拠(理由)が本問の事実関係においても妥当するのかを検討することが重要である。

そこで、まず、問題文に挙げられた平成18年判決の論拠を検討する必要がある。平成18年判決は、反対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のある判断が示された場合には、反訴が予備的反訴に変更されるとしている。ここで、そもそも訴えに条件を付けることは原則として許されないが、予備的反訴は、審理の過程でその条件成就が明確になり手続の安定を害するおそれがないことから、例外的に許されている。そして、予備的反訴と解すれば弁論の分離が禁止されるから、既判力の矛盾抵触の可能性は存在しなくなる。したがって、平成18年判決のような解釈ができる。

これに対して、本件のように本訴原告(反诉被告)が反訴において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する場合に平成18年判決の論理を推し進めると、本訴請求債権につき反訴において相殺の自働債権として既判力のある判断がされた場合には、その部分については本訴請求としない趣旨の条件付き訴えの取下げがされるとみるほかはない。しかし、本訴請求に条件を付けることは、その性質上許されていない。この場合、通常反訴は、弁論の分離が可能であるため、判決内容の矛盾抵触が生じる可能性も否定できない。したがって、本件では、142条の趣旨が妥当するため、同条の類推適用により、Xの相殺の抗弁は認められないことになる。

第3 設問3

- 1 本問は、前訴で限定承認の事実の主張がされず無留保判決がされた場合に、後訴で限定承認の事実を主張することが既判力(114条1項)により遮断されないかを問う問題である。限定承認の実体法上の意義を前提にXZ双方からの立論が求められている。

2 課題⑤

限定承認(民法922条)をした相続人は、被相続人の債務の全額について承継するが、責任の範囲が相続財産に限定される。そのため、前訴において限定承認の事実の主張がされたとすれば、裁判所は、当該債務全額について給付判決をし、相続財産の限度において弁済をすべき旨の留保を付した判決を言い渡すべきである。この場合の具体的な判決主文は、「被告は、原告に対し、相続財産の限度で3000万円を支払え。」となる。

3 課題⑥

Zは、後訴において限定承認の事実を主張することは前訴確定判決の既判力により遮断されないと立論する必要がある。ここでは、上述の限定承認の実体法上の性質を考慮して、限定承認は債務の存在・額にかかわるものではなく、責任のみにかかわるものであるから、後訴において限定承認の事実が主張されたとしても、前訴の訴訟物の判断には影響を与えないことを主張すべきである。また、実質的な理由付けとして限定承認の事実の主張が相殺の抗弁と類似す

ることも主張できるとよいであろう。

これに対して、Xは、後訴において限定承認の事実の主張をすることは遮断されると立論する必要がある。ここでは、債務と責任を区別するのではなく、責任財産の範囲も訴訟物の構成要素として（ないしは訴訟物に準じたものとして）判決手続における審判対象になることを主張すべきである。また、実質論として、限定承認の事実立証が容易であるから前訴で主張することを期待できることや、限定承認の事実の主張は自己の債権を犠牲にするものではなく防御的なものにすぎないから相殺の抗弁とは異なることを主張できると説得的な論述となろう。

【解 説】

◆ 論点① 時機に後れた攻撃防御方法の提出 ◆

1 問題の所在

本件では、XがAに対して弁論準備手続終了前にXの過失を基礎付ける事実を主張することができなかつたことについて理由の説明を求めているから、Aは、これを説明しなければならない（民事訴訟法（以下、省略する。）174条、167条）。それにもかかわらず、Aは、言を左右にするのみで、合理的な説明をしなかつた。

当事者が174条に違反した場合の効果については、明文で規定されていない。しかし、争点整理手続は争点の絞り込みと深化を行い、証拠調べの対象を限定することを目的とするものであることからすると、攻撃防御方法は、その手続の中で提出すべきであるといえる。そこで、弁論準備手続終了後の攻撃防御方法の提出は、時機に後れた攻撃防御方法として却下することができると思すべきである（157条1項）。

2 意 義

口頭弁論期日が数回にわたる場合でも、口頭弁論終結に至るすべての口頭弁論は一体としてとらえられ、等しく判決の基礎とされる（口頭弁論の一体性）。そこで、旧民事訴訟法下にあつては、当事者は口頭弁論の終結に至るまでいつでも随時に攻撃防御方法を提出することができるとの随時提出主義が採られていた。

しかし、そのことは、一方で、既に行われた主張や証拠調べが無駄になり、相手方当事者や裁判所に無用の負担を掛けることになるとともに、他方で、訴訟の進行が緊張を欠き、また当事者のかけ引きや訴訟引き延ばし策として濫用される弊害を伴つた。そこで、156条は、攻撃防御方法は「訴訟の進行状況に応じ適切な時期」に提出しなければならない責務を認め、適時提出主義を採つた。

157条1項は、この適時提出主義の実効性を支える機能を担う意義を有する。

3 要 件

時機に後れた攻撃防御方法として却下されるための要件は、i 時機に後れて提出されたものであること、ii それが当事者の故意又は重大な過失に基づくものであること、iii その提出により訴訟の完結が遅延することの3つである（157条1項）。

i 「時機に後れて提出した」とは、口頭弁論の経過との関係で、当該攻撃防御方法が提出された時点より以前に口頭弁論期日等において提出すべき機会があつたことをいう。

弁論準備手続の終結後に攻撃防御方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、弁論準備手続の終結前にこれを提出することができなかつた理由を説明しなければならない（174条・167条）。そして、当事者がその理由を合理的に説明できないような場合には、一般に攻撃防御方法の提出は時機に後れたものと推認される。

ii 時機に後れたことにつき「故意又は重大な過失」があったことを要する。重大な過失の有無は、攻撃防御方法の種類や当事者の法律知識の程度をも考慮して決する。相殺などの仮定抗弁を、被告が債務の不存在・消滅を主張して争っている場合に、早期に主張することを求めることは困難であろう。また、本人訴訟では、弁護士が訴訟代理人に就任している訴訟より、重大な過失の認められる場合は、減少しよう。争点・証拠整理手続終了後の攻撃防御方法の提出について説明要求に応じず、また適切な説明をすることができないことは、故意・重過失の認定資料となる。

iii 時機に後れたことにつき故意・重過失があっても、その提出により訴訟の完結が遅延する場合でなければならない。

訴訟の完結が遅延するとは、その攻撃防御方法が提出されなかったならば訴訟を完結することができたはずの時期よりも、その提出を認めて審理した場合の訴訟の完結の時期が遅れることである（絶対的遅延概念）。

4 本問における具体的検討

本件では、特段の事情がないにもかかわらず弁論準備手続終了後にAの新たな主張がされているから、①を充たす。また、Aは理由説明義務を果たしていないから、②も充たす。さらに、本件では、本件事故が起こった地点やXの従業員の不注意の態様について、改めて弁論準備手続を実施すべきであろうし、証人尋問を含めて多くの証拠調べを要し、相当の期間にわたる審理を要することが明らかである。そうすると、当初の訴訟完結時点よりもAの新たな主張について審理を行った場合の訴訟完結時点の方が遅くなるといえるから、③の要件も充たす。よって、Aの新たな主張は157条1項により却下されることになろう。

◆ 論点② 債務不存在確認訴訟と確認の利益 ◆

1 問題の所在

裁判官 J 1 が指摘するとおり、事案の債務不存在確認訴訟は、Aの訴訟準備が整っていない段階で、Xがいわば先制攻撃的にAの提訴を強制した訴訟といえる。このような債務不存在確認訴訟を排除するため、債務不存在確認訴訟においては確認の利益を厳格に解し、上記債務不存在確認訴訟の確認の利益を否定できないか。

2 確認の利益について

(1) 確認の利益の必要性

確認の訴えは、確認という行為の性質上その対象が無限定に拡大し得ることから、その限界付けが必要となる。また、確認判決には、給付判決のような執行力が認められないので、既判力による紛争解決が実践的な機能を果たす場合は、限定される。

そこで、当該紛争について、権利の確認という紛争解決手段が有効適切に機能するかという実効性及び解決を必要とする紛争が現実存在するかという現実的必要性の観点から、確認の利益の存否を検討することによって、紛争解決にとって無益な確認の訴えを排除して、制度効率を維持し、高める必要がある。このような観点から、確認の利益は、訴訟要件とされている。

(2) 確認の利益の判断視点

一般に、確認の訴えは、原告の権利又は法的地位に危険・不安定が現存し、かつ、その危険・不安定を除去する方法として原告・被告間に当該請求について判決することが有効・適切である場合に認められる。具体的には、以下の3つの観点から判断すると解されている。

i 確認対象の選択の適否

確認訴訟においては、原則として、現に争われている自己の現在の権利・法律関係の積極的確認を対象とするのが最も効率的であり、これを対象とすべきである。

ii 即時確定の利益の存否

確認の利益が認められるためには、原告の地位や法的地位につき危険ないし不安が現存し、その除去のため確認判決によって即時に権利や法的地位を確定する必要がある場合でなければならない。

本件の債務不存在確認訴訟においては、即時に当該訴訟を提起する必要があるのかが問われるため、即時確定の利益の有無が問題となる。

iii 確認訴訟によることの適否(方法選択の適否)

確認の利益が認められるためには、他の法的手段ではなく確認の訴えを選択したことが適切であることが必要である。これは、他の訴訟類型との役割分担の問題である。

3 債務不存在確認訴訟の提訴強制機能(高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第2版補訂版〕』P.382~3)

債務不存在確認訴訟には、証明責任の分配との関係で提訴強制機能があるとされている。すな

わち、「債務不存在確認訴訟では、債務者が原告、債権者が被告となり、〔中略〕債権者たる被告が債権発生事実の証明責任を負うこととなる。ということは、被告たる債権者は、みずから時期を選ぶことができずに訴訟をする〔中略〕ことを強いられる」。本件のように、事故の加害者（債務者）が、被害者（債権者）側で十分な証拠を収集できない早期に被害者を被告にして損害賠償債務不存在確認の訴えを提起すると、実体権はあるものの被害者が敗訴することが起こり得る。

「この提訴強制を防止する方策の一つとして、不存在確認の訴えに確認の利益を厳密に要求し、被告が債権を主張することによって原告の法的地位にどのような不安・危険が生じているかを原告から積極的に示させることが考えられる」。

また、明確に示した文献等は見つからなかったが、訴権の濫用や訴訟上の信義則（2条）によって提訴強制を防止するという方策も考えられるであろう。

4 裁判例

□ 東京地判平4. 3. 27（判時1418-112）（下線等は、辰巳法律研究所。以下、すべて同じ。）

本判決は、以下のとおり判断して、債務不存在確認訴訟における確認の利益を否定した。

「確認訴訟においては、確認の利益、即ち原告の権利又は法律関係に現存する不安があり、これを除去するに権利又は法律関係の確認をすることが必要かつ適切な方法であること、を要する。金銭債権に関する確認訴訟においては、原告の主張する金額と被告の主張する金額とが異なるときは原則として確認の利益は認められると考えるが、損害賠償債務の債務不存在確認訴訟においては、確認の利益をこの様に解するだけでは適切ではないというべきである。即ち、貸金債務の債務不存在確認訴訟においては、ある一定額の貸借の有無、ないしそれを前提として弁済の有無ないし弁済額が争われるのであるが、この点に関しては裁判所ないし当事者に裁量の余地はなく、従って、原告の主張する現在の消費貸借額と被告の主張する現在の消費貸借額とが異なるときは原則として確認の利益の存在を認めることができる。しかし、損害賠償債務の債務不存在確認訴訟においては、損害額の算定のみに関しても裁判所にかなりの裁量が認められており、この反面として当事者がそれぞれ算定する損害額もまた異なることが通常である。そうすると、損害賠償債務の債務不存在確認訴訟において、当事者の主張する損害額が異なるというだけで確認の利益を肯定することはできず、更に、この違いを解消すべく当事者が誠意をもって協議を尽くしたがなお示談が成立しない事情若しくは加害者の誠意をもって協議に応ずることのできない被害者側の事情をも要するものと解することが妥当であると思料する。そして、確認の利益に該当する具体的事情は原告ら（加害者）において主張し、かつその証拠を提出することを要するというべきである。」

5 本問における具体的検討

まず、事案におけるXのAに対する債務不存在確認訴訟は、現在の法律関係の確認であるから、対象選択の適否(i)については問題がない。また、他に適切な訴えの類型は存在しないから、方法選択の適否(iii)も問題なく肯定される。

問題は、即時確定の利益の存否(ii)である。事案において、XA間で交渉がされたが、示談は成立していない。しかし、XA間の示談交渉はたった1度だけされたにすぎず、当事者が協議を尽くしたとはいえない。また、そもそも、示談が提起された時点でAの症状は固定していなかったから、現時点でAからXに対して損害賠償請求訴訟が提起され、Xの地位に対する危険が現実

化する可能性は低い。これらのことからすると、事案におけるXの法的地位に具体的・現実的な危険が存在するとはいえないから、債務不存在確認訴訟は即時確定の利益が認められない。

よって、事案の債務不存在確認訴訟は確認の利益を欠き、不適法却下となると考えられる。

なお、上記のように、訴権の濫用や訴訟上の信義則（2条）によって、事案の債務不存在確認訴訟は不適法却下となると考えることもできよう。

◆ 論点③ 二重起訴の禁止と相殺の抗弁 ◆

1 問題の所在

YがXに対して建物に瑕疵があるとして瑕疵修補に代わる損害賠償として1000万円の支払を求め別訴を提起した場合に、Xが当該別訴において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出することはできるか。

訴訟係属が生じるのは、訴訟物である権利関係についてだけである。抗弁等の攻撃防御方法として主張されている権利関係については、訴訟係属は生じない。したがって、係属中の訴訟において訴訟物となっている債権を別訴において自働債権として相殺する抗弁を主張したり（i 抗弁後行型）、係属中の訴訟で相殺の抗弁として提出した債権について新たに別訴を提起しても（ii 抗弁先行型）、二重起訴とはならないはずである。もっとも、相殺の抗弁は、新訴提起に匹敵する実質を有し、審理の重複を生じるのみならず、その判断には既判力が生じるため（114条2項）、判決内容の矛盾抵触のおそれもある。そこで、相殺の自働債権についての審理の重複と判決内容の矛盾抵触を避けるために二重起訴の禁止に準じた扱いをすべきか否か（142条の類推適用が肯定されるか否か）が問題となる。

2 二重起訴禁止（142条）の意義・趣旨

裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない（142条）。これを二重起訴の禁止（重複起訴の禁止）という。

二重起訴がされると、相手方にとっては、①いちいち別の手続につき応訴しなければならないため大きな負担となる。また、裁判所にとっては、②同一債権につき重複して審理することになるから、訴訟経済の要求に反する。さらに、③同一紛争をめぐる複数の判決内容の相互矛盾・抵触が生じるおそれがある。これらの不都合を回避する趣旨で、二重起訴禁止が規定されている。

3 学 説

i 抗弁後行型

A 類推適用を否定する説

(理由)

- ① 相殺の抗弁は防御方法であり、しかも通常は予備的抗弁であって、判決で判断されるかどうか不確定である。それにもかかわらず、142条を類推適用すると、相殺の抗弁の防御機能を害し、特に相手方が無資力の場合には、その担保的機能が損なわれる。
- ② 抗弁後行型の場合に類推適用を肯定すると、別訴の取下げに相手方の同意（261条2項）が得られなければ、相殺による防御の途は封じられてしまう結果となる。また、抗弁を許容することに伴う訴訟上の弊害は、当事者が共通で裁判所も知りうるから、適宜措置を講ずることにより回避が可能である。

B 類推適用を肯定する説

(理由)

- ① 相殺の抗弁は通常の抗弁と異なり反訴提起に等しい実質があり、それゆえに既判力も認められる（114条2項）から、判決の矛盾抵触の可能性があり、二重起訴禁止の趣旨に反する。

- ② 相殺の抗弁について既判力が生じるのは未必的であるという見解もあるが、142条が避けようとするのは既判力の抵触の可能性であるから、未必的であることは、142条の類推適用を否定する理由にはならない。
- ③ 抗弁後行型の場合、自働債権は、後訴では防御方法にとどまるが、前訴では訴訟物であり、訴求債権が既判力で確定されることは確実である。

ii 抗弁先行型

A 類推適用を否定する説

(理由)

- ① 抗弁後行型のA説①と同様。
- ② 抗弁先行型の場合、前訴では自働債権は訴訟物の内容をなす権利ではないので、必ず審判対象となるとは限らず、相殺の抗弁につき判断がなされて既判力を生じるかどうかは訴訟の終了に至るまで不確実である。
- ③ 抗弁先行型の場合、訴えを禁じると、自働債権につき早く債務名義を獲得して執行したい被告の権利保護の途を奪うことになりうる。

B 類推適用を肯定する説

(理由)

- ① 抗弁後行型のB説①と同様。
- ② 抗弁後行型のB説②と同様。
- ③ 抗弁先行型の場合、前訴被告は自ら相殺の抗弁を提出したのであり、抗弁に関連させて反訴を提起することで十分であり、わざわざ別訴を提起する必要はない。また、早く債務名義を得て執行したいのであれば、前訴での相殺の抗弁を撤回し、後訴に集中すればよい。

4 判例

判例は、抗弁後行型（訴え先行型）については、142条を類推適用して相殺の抗弁の主張を否定する（最判平3. 12. 17）。

これに対して、抗弁先行型について、最高裁判例はまだない。下級審裁判例の立場は分かれており、相殺の抗弁を肯定する裁判例（東京地判昭32. 7. 25）と相殺の抗弁を否定する裁判例（大阪地判平8. 1. 26，東京高判平8. 4. 8）がある。

□ 最判平3. 12. 17（民集45-9-1435，民訴百選38-①事件，以下「平成3年判決」という。）

本判決は、以下のように判示して、抗弁後行型（訴え先行型）の場合一般について相殺の抗弁を旧民訴法231条（現142条）の類推適用により不適法とした。

「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（最高裁昭和58年（オ）第1406号同63年3月15日第三小法廷判決・民集42巻3号170頁参照）。すなわち、民訴法231条〔辰巳注：現142条〕が重複起訴を禁止する理由は、審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するためであるが、相殺の抗弁が提出された自働債権の存在又は不存在の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を

有するとされていること（同法199条2項〔辰巳注：現114条2項〕）、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けれども理論上も実際上もこれを防止することが困難であること、等の点を考えると、同法231条の趣旨は、同一債権について重複して訴えが係属した場合のみならず、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当するものであり、このことは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。」

5 本問における具体的検討

- (1) 本問は、i 抗弁後行型（訴え先行型）の事案である。まず、判例の立場に立てば、142条の類推適用によりXの相殺の抗弁は否定されることになろう。
- (2) A説によれば、二重起訴の禁止（142条）の類推適用が否定され、裁判所は、Xの相殺の抗弁の提出を許すという措置を採るべきこととなろう。
- (3) B説によれば、二重起訴の禁止（142条）の類推適用が肯定され、裁判所は、Xの相殺の抗弁の提出を却下するという措置を採るべきということになろう。もっとも、本問は併合審理すれば二重起訴禁止の趣旨に反しないとみられる場合なので、却下しないで、前訴と併合審理（152条1項）すべきである、とすることもできよう。

◆ 論点④ 本訴請求債権を自働債権、反訴請求債権を受働債権とする相殺の可否 ◆

1 問題の所在

課題④においては、XがYに対して提起した請負代金支払請求訴訟において、YがXに対して、瑕疵修補に代わる損害賠償債権の支払を求める反訴を提起したところ、反訴請求において、Xが本訴請求債権をもって相殺する旨の抗弁を提出している。このような場合に、Xの相殺の抗弁は、許されるか。本訴において、被告が反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出することを許した最判平18. 4. 14の射程が本件においても及ぶかが問題となる。

2 判例

□ 最判平18. 4. 14（民集60-4-1497、民訴百選A12事件、以下「平成18年判決」という。）

本判決は、以下のように判示して、反訴請求債権を自働債権とし本訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張することは許されるとした。

「本件相殺は、反訴提起後に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として対当額で相殺するというものであるから、まず、本件相殺と本件反訴との関係について判断する。

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、重複起訴を禁じた民法142条の趣旨に反し、許されない（最高裁昭和62年（オ）第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁）。

しかし、本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられないと解するのが相当である。この場合においては、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、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に変更されることになるものと解するのが相当であって、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないことになるからである。そして、上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面によることを要せず、反訴被告の同意も要しないというべきである。本件については、前記事実関係及び訴訟の経過に照らしても、上告人らが本件相殺を抗弁として主張したことについて、上記と異なる意思表示をしたことはいかなるわけでもないので、本件反訴は、上記のような内容の予備的反訴に変更されたものと解するのが相当である。」

□ 大阪地判平18. 7. 7（判タ1248-314）

これに対し、大阪地判平18. 7. 7は、本訴請求債権を自働債権とし反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張することは許されないとしている。

「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、両事件が併合審理された後においても、重複起訴を禁止した民法142条の趣旨に反し、許されない（最高裁昭和62年（オ）第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁参照）。そして、民法142条が重複起訴を禁止する趣旨にかんがみると、本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することも、同様に許されないと解すべきである。

もっとも、本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権

として相殺の抗弁を主張することは禁じられないと解される（最高裁平成16年（受）第519号同18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号登載予定参照）が、この場合においては、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、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に変更されることになるものと解することができ、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないことになるからである。

これに対し、本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張する場合においては、重複起訴の問題が生じないようにするためには、本訴について、本訴請求債権につき反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本訴請求としない趣旨の条件付き訴えの取下げがされることになるとみるほかないが、本訴の取下げにこのような条件を付すことは、性質上許されないと解すべきである。

以上のとおり、本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは許されないと解すべきである。」

3 検 討

(1) 平成18年判決と平成3年判決の関係

前述（論点③）のとおり、平成3年判決は、係属中の別訴において請求している債権を自働債権とする相殺の抗弁の主張は不適法であり、これは「両事件が併合審理された場合についても同様である。」としている。同判決は、相殺の抗弁を提出した時点で両事件が併合審理されていたとしても、その後に弁論が分離されることがあり得るから、判決内容の矛盾抵触の可能性が否定できないことを考慮したものと考えられる。そうすると、両請求が本訴・反訴の関係にある場合でも分離される可能性があり、同一手続内での統一的解決が制度的に保証されているわけではないことからすると、（平成18年判決の事案及び本件の事案のように）両債権が本訴・反訴の関係にある場合にも平成3年判決の射程が及ぶと考える余地がある。

しかし、平成18年判決は、平成3年判決と異なり、相殺の抗弁を適法とした。もともと、平成18年判決は、予備的反訴への変更の推定という論理を用いて平成3年判決との整合性を図っている（平成18年判決に対する批判のなかで、この点を指摘するものとして、三木浩一「判批」平成18年度重要判例解説P.128参照。）。この平成18年判決の論拠は、以下の(2)で示すような点にある。

(2) 平成18年判決の論拠

ア 反訴による審判の申立てに条件を付することは、原則として許されない。しかし、本訴の却下又は棄却を解除条件として反訴請求について審判を求める旨の予備的反訴は、条件成就の有無が訴訟手続内で明らかになり、訴訟手続を不安定にしないことから、許されると解されている。

そして、本訴被告としては、本訴で相殺の抗弁について既判力のある判断が示されれば、それと同じ債権につき反訴で審判を求めることは無益である。また、無条件の反訴を維持したままでその請求債権の一部を相殺に供することは、二重起訴を生じさせることになる。そうすると、本訴において反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する以上、相殺の主張をした当事者の意思としては、特に異なる意思表示をしない限りは、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のある判断が示された場合にはそれに相当する部分の請求は反訴における審判の対象としないことを当然の前提としていると考えられる。

そこで、無条件の反訴を、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のある判断がされた場合には当該部分を反訴請求としないとする内容の予備的反訴に変更することも、許されるべきであるといえる。

イ 相殺の抗弁の提出により、反訴が上記のような内容の予備的反訴に変更されたとすれば、反訴請求のうち相殺の自働債権として判断が示された部分については解除条件の成就により審理の対象とならないから、審判対象の重複（二重起訴）は生じない。また、実務上も、予備的反訴の場合は弁論を分離することはできないので、審理の重複や判断の抵触が生じるおそれはないといえよう。

ウ ただ、予備的反訴でなく、単純反訴のまま構成しても、弁論の分離や一部判決を解釈で禁止すれば、相殺の抗弁と反訴とが、同一手続内で判断される以上、応訴の煩、訴訟不経済、判決内容の抵触のおそれという二重起訴の問題は生じないという指摘がある。

(3) 本問における具体的検討

これに対して、本件のように本訴原告が反訴において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出した場合に、平成18年判決とパラレルに考えると、本訴請求債権につき反訴において相殺の自働債権として既判力のある判断がされた場合にはその部分については本訴請求としない趣旨の条件付き訴えの取下げがされるとみるほかはない。

しかし、反訴請求は本訴請求を土台として成立していることからすると、本訴請求に条件を付けると、反訴手続の安定性を著しく害することになる。そのため、本訴請求に条件を付けることはその性質上許されない。

そうすると、同一の債権が本訴と反訴で重複して審判対象になっているといえる。また、反訴は弁論の分離が可能であるため、判決内容の矛盾抵触が生じる可能性も否定できない。したがって、本件では、142条の趣旨が妥当するため、同条の類推適用により、Xの相殺の抗弁は認められない。大阪地判平成18. 7. 7も同旨の判決を下している。

(4) 結論

以上により、本件では、平成18年判決の射程は及ばず、Xの相殺の抗弁は142条の類推適用により許されない、という立論をすることができる。

◆ 論点⑤ 既判力の客観的範囲と限定承認 ◆

1 問題の所在

本件訴訟2（前訴）において、Zは限定承認をしていたことを主張しなかったため、Xの支払請求が無留保で認められ、その旨の判決が確定している。ところが、その後、Zは、請求異議の訴え（後訴）を提起して、後訴において前訴基準時前に限定承認をしていた事実を主張している。このように、前訴で主張しなかった限定承認の事実を後訴で主張することは、前訴確定判決の既判力により遮断されないか。

2 限定承認の意義

限定承認（民法922条）をした相続人は、被相続人の債務の全額について承継するが、責任の範囲が相続財産に限定される。本件において、Zが限定承認の主張をした場合には、Zは、YがXに対して負っている3000万円の請負代金支払債務の全額について承継するが、責任の範囲が相続財産に限定される。そのため、裁判所は、当該債務全額について給付判決をし、相続財産の限度において弁済をすべき旨の留保を付した判決を言い渡すべきである。この場合の具体的な判決主文は、「被告は、原告に対し、相続財産の限度で3000万円を支払え。」となる。

3 学説

A 遮断を肯定する説

前訴で主張していなかった限定承認の事実を後訴で主張することは許されない。

（理由）

- ① 通常の給付訴訟であれば、原告は被告の全財産を責任財産とすることの確定を黙示的に求めており、責任財産の範囲も訴訟物の構成要素として判決手続における審判対象になる。そうすると、後訴において限定承認の事実による責任の限定を主張することは許されない。
- ② 限定承認の事実も、主張・立証が容易であり、前訴での提出を要求しても酷ではない。
- ③ 限定承認は、相殺の抗弁のように自己の反対債権を犠牲にするものではなく、取消権・解除権と同様に専ら防御的なものにすぎない。
- ④ 責任の範囲は、原告が訴訟戦略を決定する際に重要な要素となる以上、執行手続で初めて主張できるのは公平でない。

B 遮断を否定する説

前訴で主張していなかった限定承認の事実を後訴で主張することも許される。

（理由）

- ① 限定承認は、債務ではなく責任を限定するものにすぎず、後訴において限定承認の事実の主張がされたとしても債務の存否には影響を与えないから、前訴確定判決の既判力に抵触することはない。
- ② 限定承認のような有限責任の抗弁は自己が敗訴することを前提としたものであり、その意味では相殺の抗弁と類似した訴訟政策的な配慮が必要となる。

4 判例

大判昭15. 2. 3 (民集19-110)は、前诉被告による限定承認の事実の主張は既判力により遮断されないとしている。もっとも、本判決は、前訴原告が前诉被告の限定承認の事実を知っていた事案であり、それが結論の決め手となった可能性があると評価されている。

他方、後掲最判昭49. 4. 26は、限定承認を認めた前訴判決の確定後に、原告であった債権者が被告に法定単純承認事由があったことを主張して、無留保の判決を求める訴えを提起することはできないとした。

□ 最判昭49. 4. 26 (民集28-3-503, 民訴百選85事件)

「被相続人の債務につき債権者より相続人に対し給付の訴が提起され、右訴訟において該債務の存在とともに相続人の限定承認の事実も認められたときは、裁判所は、債務名義上相続人の限定責任を明らかにするため、判決主文において、相続人に対し相続財産の限度で右債務の支払を命ずべきである。

ところで、右のように相続財産の限度で支払を命じた、いわゆる留保付判決が確定した後において、債権者が、右訴訟の第2審口頭弁論終結時以前に存在した限定承認と相容れない事実(たとえば民法921条の法定単純承認の事実)を主張して、右債権につき無留保の判決を得るため新たに訴を提起することは許されないものと解すべきである。ただし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権(相続債務)の存在及びその範囲であるが、限定承認の存在及び効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように主文においてそのことが明示されるのであるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力があると考えべきであるし、また民訴法545条2項〔注：現民事執行法35条〕によると、確定判決に対する請求異議の訴は、異議を主張することを要する口頭弁論の終結後に生じた原因に基づいてのみ提起することができるとされているが、その法意は、権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に左右することは許されないとするにあると解すべきであり、右趣旨に照らすと、債権者が前訴において主張することのできた前述のごとき事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存在及び効力を争うことも同様に許されないものと考えられるからである。

そして、右のことは、債権者の給付請求に対し相続人から限定承認の主張が提出され、これが認められて留保付判決がされた場合であると、債権者がみずから留保付で請求をし留保付判決がされた場合であることによつて異なることはないと思ふべきである。」

5 本問における具体的検討

本問では、Zの反論を踏まえたXの主張が求められている。Zは、B説に立脚しながら、限定承認の事実の主張が前訴確定判決の既判力により遮断されないと主張すると考えられる。これに対し、Xは、A説に立脚しながら、Zの限定承認の事実の主張が前訴確定判決の既判力により遮断されると主張すべきである。

【MEMO】

2015 司法試験全国模試 民事系第3問 モニター答案

※ 本答案は、本答練に先立って実施しました事前検討会において作成された答案（本試験と同じ条件で受験生が作成したものです）の中から、比較的出来の良かったものを掲載したものです。皆様の学習にお役立て下さい。

Memo

P.1 第1 設問1

・設問1が基本的な問題かつ配点が高かったので、設問1で点を取ろうと思った。

1 課題①

裁判所はAの新主張を時機に後れた攻撃防御方法（157条1項）として却下することが考えられる。

(1) 「故意又は重大な過失」

故意・重過失は、当事者の主張に対する期待可能性も考慮して判断される。そして、弁論準備手続を経た場合は、174条・167条により、理由説明がなかったときは、故意・重過失が推定されると考える。

本件では、弁論準備手続を経ている。そして、Xは、Aに対し、新主張を弁論準備手続で行わなかった理由の説明を求めているが、Aは説明を拒否すると述べただけで説明を行っていない。

したがって、故意・重過失が推定される。

(2) 「時機に後れた」

本件では、弁論準備手続という争点整理の機会が設けられているにもかかわらず、かかる手続が終結した後主張がされているから「時機に後れた」といえる。

(3) 「訴訟の完結を遅延させる」

「遅延させる」とは、新主張を認めなかった場合における訴訟完結の時点と新主張を認めた場合の完結の時点と比較して後者が前者よりも後になる場合をいうと解する。

本件では、Aは弁論準備手続において立入禁止区域とされている所に侵入したこと自体は認めているが、新主張においては、立入禁止区域には入っていないと主張しており、Aが立入禁止区域への侵入の有無という新たに証拠調べを要する争点を作り出している。

したがって、かかる主張を認めた場合には、それを認めなかった場合よりも、新争点の証拠調べの期間だけ長くなり、「遅延させた」といえる。

(4) よって、裁判所は、新主張を却下すべきである。

2 課題②

Xの債務不存在確認訴訟は訴えの利益を欠くものとして不適法却下とすることができると考えられる。

(1) 確認訴訟はその対象が無制限に広がってしまうため、その範囲を限定する必要がある。そこで、①確認対象の適格、②確認方法の適格、③即時確定の利益が認められない場合には、訴えの利益を欠くものとして不適法却下されると解する。

(2) 本件では、まず②確認方法の適格が問題となると考える。債務不存在確認訴訟は、債務が存在しないことに既判力が及ぶのみで、判決の確定によりそれ以上の効力を持つことはない。それに対し、給付訴訟を提起したならば、債権の存在につき既判力が及ぶのみならず、債権の執行力も、判決の効力として得ることができる。債権はそれが執行可能であることに意味があるので、執行力を得ることが紛争の実効的な解決につながるものといえる。したがって、給付訴訟を提起すべきであり、方法の適格性を欠く。

また、③Xは、Aの訴訟準備が整っていない段階において、損

P.3

害が固定していない時期に、先制攻撃的にAの提訴を強制したにすぎない。損害の症状が固定していないのだから、現段階で仮に債権債務関係について既判力が生じたとしても、再び後遺障害につき後訴を提起される可能性が高いのである。そうすると、現段階でXの債務不存在確認訴訟を認めることが紛争の実効的な解決につながるとはいえず、即時確定の利益もない。

(3) よって、債務不存在確認訴訟は不適法却下される。

第2 設問2

1 課題③

本件のような相殺の抗弁の後行した提出が二重起訴の禁止（142条）にあたらなにか問題となる。

まず、相殺の抗弁は「訴え」ではないので142条の直接適用はできない。

もっとも、142条の趣旨は、矛盾判決の防止、審理重複の禁止、被告の応訴の煩を防止する点にある。そうすると、かかる趣旨が妥当する場合には、142条を類推適用できると解する。

本件では、別訴において請求された債権に対し、本訴債権を自働債権とする相殺の抗弁が提出され、それにつき判断が下されたならば、相殺の抗弁には理由中の判断にも既判力が生じ（114条2項）、これが本訴請求における判断と矛盾する可能性が生じてしまう。これは、矛盾判決の防止という趣旨に反する。

よって、142条類推適用により、相殺の抗弁の提出は認められない。

P.4

2 課題④

(1) 平成18年判決の理由

ア 予備的反訴が許容された理由

一般に訴訟行為に条件をつけることは許されない。これは、訴訟行為に条件が付けられるといたずらに訴訟が複雑化してしまい、訴訟経済に反するからである。

しかし、平成18年判決において、予備的反訴が許容されたのは、反訴原告が本訴において相殺の抗弁を提出した場合には、反訴請求をしない意思となるのが当事者意思の解釈として合理的であり、このように意思を解釈しても不合理は生じないのである。そうすると、平成18年判決の事案において、予備的反訴が許容されたとしても、いたずらに訴訟が複雑となることはなく、訴訟経済にも反しない。これが理由である。

イ 重複起訴の問題が生じないとされた理由

反訴の場合は、別訴と異なり、同一の裁判所に訴訟が係属することとなるので（146条1項本文）、訴訟の合一的確定が見込まれ、判決の矛盾という問題が生じないからである。

(2) 本件について

ア 予備的反訴が許容された理由について

本件の事案は、平成18年の事案と異なり、相殺の抗弁を本訴原告が提出している。相殺の抗弁を本訴原告が提出した場合は、当事者意思としては、本訴請求債権につき、本訴請求としない旨の予備的本訴に変更されるように解釈されることとなるが、これでは、本訴が存在しないにもかかわらず、反訴のみが存在することとなってしまい不合理である。このような場合には、いたずらに訴訟が複雑化することになってしまう。したがって、平成18年の理由は妥当しない。

イ 重複起訴の問題について

P.5

6 本訴が存在しないにもかかわらず、反訴が存在する事態は考
7 えられないので、両訴が併存することになる。そうすると、判
8 決の矛盾が生じうる。したがって、平成18年の理由は妥当し
9 ない。

10 ウ よって、平成18年は妥当せず、矛盾判決の危険がある以上、
11 142条類推により、相殺の抗弁は認められない。

12 第3 設問3

13 1 課題⑤

14 (1) 限定承認の実体法上の意義

15 限定承認は、債務なき責任をいい、被相続人の財産のみが引当
16 財産となり、相続人が債務を負うことにはならないという意義を
17 持つ。

18 (2) 判決の内容

19 確かに、限定承認をしたら、債務は存在しないので、訴訟物に
20 ついて既判力(114条1項)が生じるわけではない。

21 しかし、責任は存在し、被相続人の財産が引当財産となるとい
22 う重要な効果を及ぼすものであるから、限定承認は訴訟物に準じ
23 るものといえる。

P.6 よって、既判力に反するとして却下される判決が言い渡される。

2 2 課題⑥

3 (1) Xの主張

4 前訴でZに対して3000万円の支払を命じる判決が言い渡さ
5 れているから、XのZに対する債権の既判力は確定しているので、
6 Zの主張は既判力に反し認められない。

7 (2) Zの反論

8 既判力の趣旨たる、紛争解決の一回性、根拠たる手続保障に反
9 しなければ既判力は生じない。

10 本件では、限定承認により、Zに債務はないのであるから、訴
11 訟物につき既判力はない。

12 したがって、紛争解決に反せず、手続保障もある。

13 (3) Xの再反論

14 責任はあるのだから、訴訟物に準じた効力はある。

15 よって、紛争解決に反し、手続保障はない。

16 既判力は及び、Zの反論は認められない。

17

以 上

・設問3は、構成段階では一
応論理を整理できていたも
の、答案段階では時間が
なかったことと混乱してし
まったこともあって、支離
滅裂なことを書いてしまっ
た。

※本答案につきましては、答案作成者のコメントが得られましたので掲載させていただきます。

※本答案作成後の事前モニターゼミの結果、問題文に若干の修正を施しましたが、本答案は作成時のものをそのまま掲載しています。