

下記の問・問のうち、いずれか1問を選択して解答しなさい(答案の冒頭に、選択した問題の番号を必ず記入すること)。

問

相殺と訴訟に関する次の各問いに答えよ。

(1) Aは原告となり、Bを被告として甲債権の履行を求める民事訴訟を提起した。この民事訴訟において、Bは、Aに対して乙債権を有すると主張し、乙債権を反対債権として相殺の抗弁を主張した。その後、Bが別訴を提起してAに対し乙債権に基づいて請求することは許されるか。

(2) Bは原告となり、Aを被告として乙債権の履行を求める民事訴訟を提起した。その後、Aが原告となりBを被告として甲債権に基づいて提起した別訴において、Bは、乙債権を反対債権として相殺の抗弁を主張することは認められるか。

<論点の解説・採点ポイント>

出題の意図は、二重起訴禁止と相殺の抗弁を問うものである。

(1)二重起訴禁止の原則の意義と相殺の抗弁

被告が相殺の抗弁を主張した場合には、自働債権が訴訟物になるわけではないものの、実質的には反訴に近く、それに関する判断には既判力を生じる(114条2項)という特殊性がある。このため、相殺の抗弁についても、二重起訴禁止の規制を及ぼすべきではないかが問題となる。

(2)抗弁先行型と抗弁後行型を適法とする説

相殺の抗弁は防御方法にすぎないものであり、請求ではないから二重起訴禁止に触れないとする説がある。また、一方の訴訟が確定しているわけではないから、既判力の抵触問題には触れないとする。さらに、請求権の二重行使の結果は、事実上防止できるし、仮に両方とも勝訴した場合であっても、判決後に調整可能であるとする。

(3)抗弁先行型と抗弁後行型を不適法とする説

抗弁後行型の場合に、請求債権および相殺の抗弁の基礎として主張される自働債権は、同一の債権であり、ただ、後者が訴訟手続上では、訴訟物とされていないことにとどまる。しかし、114条2項(既判力の範囲)の趣旨を考慮すれば、相殺の自働債権は、訴訟物に準じるものとして裁判所の審判の対象となっている。

抗弁先行型の場合には、二重起訴の成立を否定する論拠として、相殺の抗弁が通常予備的抗弁として提出されることを考慮すると、それにもかかわらず別訴を二重起訴とするのは、相殺権者に酷であることが挙げられる。しかし、相殺の抗弁が予備的なものとして提出されるのは、事実上の蓋然性に過ぎないし、また、予備的抗弁の場合にも、相殺権者と

しては、反訴を提起することによって給付判決を得る利益を満足させることができる。

(4)自説と結論

問

東京都杉並区に居住するXは、兵庫県神戸市に居住するYに対して絵画を売却する契約を締結したが、その代金400万円の弁済を受けていないと主張し、Yを被告とする代金400万円の支払を求める売買代金支払請求訴訟を神戸地方裁判所に提起した。この事件で、Yに対して適法な呼出しがなされたにもかかわらず、Yが最初の口頭弁論期日に欠席した場合には、裁判所はどのような措置をとるべきか。

<論点の解説・採点ポイント>

出題の意図は、最初の期日に当事者が欠席した場合に裁判所がとりうる措置を問うものである。

(1)最初の期日に欠席した被告が、答弁書その他の準備書面を提出していた場合の効果・取り扱い

当事者が最初の期日の欠席した場合、裁判所は欠席当事者が提出していた訴状、答弁書、その他の準備書面に記載されている事項が陳述されたものとして取り扱う(158条)。これは、原告欠席の場合は口頭主義の要請から訴状の陳述がないと請求の定立が認められず、訴訟が開始できないため陳述擬制の必要があるからである

(2)擬制自白の成立する場合とその効果

「最初の期日」に当事者が欠席した場合で何らの書面も提出していないときは、擬制自白の成立する余地がある(159条3項。ただし、公示送達による呼び出しを受けた場合は例外)。

(3)欠席判決について

特に、被告が欠席した際には、直ちに弁論を終結し、原告の主張が首尾一貫した(有理性がある)ものであれば、原告勝訴の判決を言い渡すことができる。

(4)簡易な調書判決や認諾書面の提出について

被告欠席の場合で、原告の請求を認め実質的に争わない事件といえるときは、簡易な調書判決によることもできる(254条)。254条1項は、被告が口頭弁論において原告の主張を争わない場合などについて、原告の請求を認容するときには、判決原本にもとづかない判決言渡しを認める。裁判所の判断は、判決言渡り期日の調書に記載される(254条2項)。記載事項は、理由の要旨を記載すれば足りる。事実を記載する必要はない。

また、被告が、請求についての認諾書面を提出したまま欠席した場合の扱いについては、かつて議論があったが、新法は陳述擬制を積極的に解する立場で、明文の規定を設けた(266条2項)。

問

甲は、自己が所有する自動車を乙に700万円で売却する契約を締結し、その自動車を乙に引き渡した。しかし、乙はその売買契約は無効であると主張して売買代金の支払いをしない。そのため、甲は、乙を被告として売買代金の支払いを求めて訴訟提起することにした。しかし、甲は、その売買契約が無効であると判断されるおそれもあると考えた。そこで、甲は、乙に対し、売買契約に基づく代金の支払いを請求しつつ、売買契約が無効とされた場合に備え、予備的に自動車の返還を請求する訴えを併合して提起した。第一審判決は、売買代金の支払いを求めた甲の主位的請求を棄却し、自動車の返還を求める予備的請求を認容した。これに対し、乙だけが控訴した。控訴裁判所は、その売買契約は有効であり、乙は代金を支払っていないとの心証を得た。控訴裁判所は、どのような判決をするべきか。なお、甲は附帯控訴をしていないものとする。

< 論点の解説・採点ポイント >

出題意図は、請求の予備的併合と不利益変更禁止の原則を問うものである。

(1) 問題点の把握

控訴裁判所は、売買契約は有効であり、乙は代金を支払っていないとの心証にしたがって、甲の主位請求を認容する判決を下すべきか。

(2) 請求の予備的併合の意義

甲の請求は、請求の予備的併合の形態をとっている。請求の予備的併合とは、法律上両立しない関係にある数個の請求について順位をつけ、主位的請求につき認容されることを解除条件に、他の予備的請求につき審判を求める併合形態をいう。

(3) 甲の主位請求を認容するために、甲からの上訴は不要であるとの説の検討。

被告としては第一審で敗訴しているのだから、控訴審では予備的請求の方ではなく主位的請求の方で敗訴させられたとしても、不利益変更禁止に反するわけではなく、また、裁判所としても自分の判断に沿った落ち着いたよい判決が得られる利点があるとする。すなわち、予備的併合を認めた趣旨を重視する。

(4) 甲の主位請求を認容するためには甲からの上訴が必要であるとの説の検討。

主位的請求棄却部分も控訴審に移審・係属しているが、原告からの控訴も附帯控訴もない、つまりは不服がないとまず理解する。この結果、主位的請求棄却部分は、控訴審の審判対象になっていない。したがって、原告からの控訴がないのに、請求認容に変えることはできないとする。

(5) 結論

問

Xは、大阪府内で会計事務所を個人で経営していた。Yは、Xの知り合いであったが、自己が社長を務める精密機械製作工場の設備投資の資金として8000万円をXから借り受けた。Xは、その弁済期が到来したと主張してYにその返済を求めたが、Yはこれに応じない。そこで、Xは、Yを被告として民事訴訟を提起する決断をした。Xが原告となり、Yを被告とする貸金返還請求訴訟を提起する場合、裁判所は、Xの事務所の会話をYが盗聴した録音テープを取り調べることを求める証拠申立てがなされたときに、それを証拠として採用できるか。

< 論点の解説・採点ポイント >

出題意図は、違法収集証拠の証拠能力を問うものである。

(1) 問題点の把握

裁判所が盗聴テープを証拠として採用することは許されるか。このような違法収集証拠も証拠とできるのかが、自由心証主義の内容と関連して問題となる。

(2) 自由心証主義の定義

自由心証主義とは事実の認定について審理に表れた全ての資料・状況を斟酌して、裁判官の自由な判断により形成された心証に委ねる建前である。自由心証主義は、現代の複雑な社会において真実を発見する為には、法定証拠主義によるのではなく、裁判官の自由心証に委ねた方がよいことから採用されている。自由心証主義の内容は、証拠方法の無制限と証拠力の自由な評価である。

(3) 証拠方法の無制限とその例外

自由心証主義の一内容である証拠方法の無制限という点からすると、違法収集証拠も証拠能力を認められそうであるが、それには例外はないか。

信義則説、比較考量説または人格権侵害等を伴う方法によって収集されたことを問題視する説等の検討。

(4) 自説の展開と本問へのあてはめ・結論