

令和5年司法試験 民事系第3問（民事訴訟法）

問題文

【第3問】（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、25：35：40）

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、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

【事 例】

Xは、Yに対して令和3年5月20日に、弁済期を同年11月末日として200万円を貸し渡し、既に弁済期は到来している旨を主張して、令和4年5月9日、Yを被告として200万円の支払を求める訴えを提起した（以下、この訴えの訴訟物の内容をなす貸金債権を「甲債権」といい、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。）。

Yは、第1回口頭弁論期日において、Xの主張を認めた上で、主位的に、甲債権に対しては既に弁済をした旨を主張し、予備的に、Xに対する200万円の売買代金債権（以下「乙債権」という。）により相殺する旨の訴訟上の相殺の抗弁を提出した。Yは、乙債権の発生原因事実として、令和3年8月4日にXに対して代金200万円で美術品（以下「本件動産」という。）を売却し、同日引き渡した旨を主張し、この売買契約の締結を証明するため、Xがその配偶者Aに対して送った電子メール（以下「本件メール」という。）の内容をプリントアウトしたもの（以下「本件文書」という。）を証拠として提出した。本件メールは、同月5日付けでXから送信されたものであり、Xの健康状態やXA間の子の学業成績に関する相談とともに、念願の本件動産をYから200万円で購入し、引渡しを受けた旨が記載されていた。

Yが、本件文書を入手した経緯は、以下のようなものであった。甲債権及び乙債権に関する紛争（以下「本件紛争」という。）が顕在化した後、その解決のため、Xは、令和4年3月、X宅にYを呼び寄せ、Xの自室において話し合いをした。話し合いが難航する中、Xは「一旦休憩しよう、コーヒーでも買ってくる。」と述べ、最寄りのコンビニエンスストアまで一人で赴いた。残されたYは、本件紛争は訴訟に発展する可能性も高いと考え、自己に有利な証拠を探す趣旨で、Xの机の上に閉じた状態で置いてあったノートパソコンを開いたところ、Xがプライベートで利用しているアカウントのメールが閲覧可能な状態になっていることに気付いた。そこで、Yは、自身のUSBメモリにXが送受信した電子メールの全てを保存することとした。保存作業は、Xの帰宅前に終了したため、XがYの行為を認識することはなかった。話し合いが終了した後、Yは、自宅において、保存したメールの内容を全て確認し、その結果、自己に有利な本件メールを発見した。本件動産についてのやりとりは全て口頭でなされ、引渡しもYがXに直接交

付することによりなされた結果、本件動産の売買の証明に役立つ証拠がなかったことから、Yは、本件紛争が訴訟にまで発展した場合に備えて、本件メールをプリントアウトした。

X及びYは、いずれも弁護士に対して訴訟委任をしていなかったが、第1回口頭弁論期日において、Yが本件文書を提出したことに動揺したXは、本件動産の売買契約締結の事実を否認するにどめ、同期日終了後に、弁護士L1に訴訟委任をした。

以下は、弁護士L1と司法修習生Pとの間の会話である。

L1：Xは、Yが自分と配偶者との間の電子メールを無断で閲覧した上で、本件文書を証拠として提出するのはひどいと憤っています。本件文書の証拠としての利用を阻止することはできるでしょうか。

P：不当な方法で収集された証拠（いわゆる違法収集証拠）については、民事訴訟でも証拠能力が否定されることがあるということは承知していますが、不勉強で、その根拠も判断基準もあやふやです。

L1：そうですね。しかし、情報技術の発達により、本件文書のような証拠が提出される訴訟事件は増えている一方で、技術上の利便性を不当に利用した証拠収集も容易となっています。そのような方法で入手された証拠を事実認定の資料にすることが許されるかどうかは重要な論点となりますから、少し頑張ってもらおうと思います。本件文書の証明力はそれなりにあると考えられるので、ここでは専ら証拠能力の問題を検討してください。具体的には、(a)民事訴訟において、不当な方法で収集された証拠方法の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提として、そのような証拠方法の証拠能力が否定される法的根拠を挙げた上、証拠能力の有無を判断する基準を示し、(b)上記(a)の基準に照らして本件文書の証拠能力を判断するとどのような結論に至るかを明らかにすることを「課題」とします。なお、Yの行為は犯罪行為に該当しないことを前提としてください。

【設問1】

あなたが司法修習生Pであるとして、L1から与えられた課題について答えなさい。なお、以下に掲げる【事例（続き）】に記載されている事実関係は考慮しなくてよい。

【事例（続き）】

Xは、Yによる電子メールの無断閲覧は許し難いものの、本件動産の売買契約締結の事実自体は争い難いと考えた。そこで、第2回口頭弁論期日において、本件動産の売買契約締結の事実を認めた上、乙債権は既に弁済したとの主張をするとともに、仮に弁済が認められないとしても、Yは、Xの亡父Bからかつて200万円を借りており、Xは令和3年9月に死亡したBの唯一の相続人として、BのYに対する貸金債権（以下「丙債権」という。）を相続により取得し、同年10月末日に弁済期が到来した旨、丙債権を自働債権、乙債権を受働債権として相殺するとの意思表示を訴訟外でした旨、及び、丙債権と乙債権の相殺適状は、甲

債権と乙債権の相殺適状よりも先に生じており、民法第512条の趣旨からも前者の相殺が優先されるべきである旨の主張を追加した。なお、甲債権についてはYの兄Zが保証しており、Zは、第3回口頭弁論期日から、Yを補助するために補助参加をしている。

受訴裁判所は、Xによる丙債権を自働債権とする相殺の意思表示は、訴訟外で既に確定的になされているため、訴訟上許容されると判断した。その上で、受訴裁判所は、証拠調べを実施し、その結果、①甲債権及び乙債権の発生はいずれも争いがなく、丙債権の存在も認められるところ、甲債権及び乙債権の弁済の事実はいずれも認められない、②Yによる相殺の意思表示は、本件訴訟において裁判所により相殺の判断がされることを条件として実体法上の相殺の効果が生ずるものである一方、Xによる相殺の意思表示は、訴訟外で確定的になされていることから、Xによる相殺の意思表示が優先する、③丙債権と乙債権の相殺適状は、甲債権と乙債権の相殺適状よりも先に生じており、XY間に相殺の充当について別段の合意も認められないことから、Xによる相殺の意思表示により、乙債権と丙債権が消滅したとの心証に至り、Xの請求を認容する旨の判決をした。

以下は、弁護士L1と司法修習生Pとの間の会話である。

L1：原判決は、相殺の再抗弁を認めてXの請求を認容していますが、Xは、そもそも乙債権についての弁済の事実が認められなかったことに不満があるようです。Xが強く希望しているところですので、控訴を提起します。

P：この場合、控訴審では、審理の範囲は、乙債権の存否に限定されるのでしょうか。仮に、甲債権や丙債権も審理の範囲に含まれるとすれば、かえってXに不利な結果になる可能性もあるように思います。

L1：良い質問ですね。Xの控訴が適法であり、かつ、Y及びZが控訴も附帯控訴もしていないという仮定の下でも、控訴審の審理の範囲は限定されるものではなく、甲債権や丙債権が審理の範囲に含まれると考えていいでしょう。

そこで、上記仮定の下、甲債権と丙債権が審理の範囲に含まれること、並びに原判決が示した相殺の再抗弁の許容性、相殺の優先順位及び相殺の充当に関する判断には変更がないことを前提として、控訴裁判所が、(ア)甲債権は弁済により消滅した、(イ)甲債権と乙債権はいずれも弁済による消滅はしていないが、丙債権の存在は認められない、(ウ)甲債権は弁済による消滅はしていないが、乙債権は弁済により消滅した、という判断に至った場合のそれぞれについて、どのような判決をすべきことになるか、検討してください。これを「課題」とします。なお、利息又は損害金及び費用についてはないものとし、控訴の利益について検討する必要ありません。

〔設問2〕

あなたが司法修習生Pであるとして、L1から与えられた課題について答えなさい。なお、以下に掲げる【事例（続き）】に記載されている事実関係は考慮なくてよい。

【事例（続き）】

Xのみが控訴を提起し、Y及びZが控訴も附帯控訴もしなかったところ、控訴裁判所は、原判決は正当であるとの判断に基づき、Xの控訴を棄却する旨の判決をした。誰も上告又は上告受理の申立てをしなかったことから、Xの控訴を棄却する旨の判決が確定したため、Xの請求を認容する第一審判決も確定した（以下、本件訴訟に係る確定判決を「前訴確定判決」という。）。

ところで、Zは、XのYに対する請求が認容されることを阻止するため、第一審において、甲債権を保証している旨を主張して、Yを補助するために参加の申出をした。Zの補助参加にはXもYも異議を述べなかったことから、Zは適法に補助参加人として訴訟追行し得ることとなった。

Zは、第一審の第3回口頭弁論期日において、甲債権については、Yからの要請により、Xが債務を免除した事実（以下「免除の事実」という。）を、丙債権については、ZがYに代わってBに対して弁済した事実（以下「弁済の事実」という。）を主張した上で、免除の事実を証明するためにZ自身の証人尋問の申出をした。しかし、Yは、Yが主張する甲債権の弁済時期よりも免除の事実の時期の方が遅かったことから、同期日において、免除の事実はない旨を主張するとともに、Zの証人尋問の申出を撤回した。なお、弁済の事実は、Xにより争われ、証拠調べが実施されたが、第一審、控訴審のいずれにおいても認められなかった。

本件訴訟終了後、Zは、Xから保証債務の履行を迫られたことから、かねて付き合いのある弁護士L2に電話で連絡をとった。L2は、「大変な状況ですね。少し込み入った事件ですので、関連する書類を持って一度事務所においでください。お待ちしております。」と述べ、通話を終了した。

以下は、弁護士L2と司法修習生Qとの間の会話である。

- L2：Zの説明によると、XがZに対して保証債務の履行を求めて訴えを提起する可能性があります。その場合、Zとしては甲債権の存在を争うことになると思いますが、XのZに対する上記訴えに係る訴訟手続において、甲債権の存在を認めた前訴確定判決に基づく何らかの拘束力が作用するか否かが問題になります。そこで、この点を検討してください。これを「課題1」とします。
- Q：承知しました。もっとも、Zとしては、Xに対して任意に保証債務を履行した上で、Yに対して求償することも考えられますね。
- L2：そのとおりです。しかし、Yが求償に応じない場合には、ZはYに対して求償の訴えを提起する必要があります。そして、この場合、Yは、求償債務を否定するために甲債権の存在を争うことを考えるでしょう。
- Q：そうすると、ここでも、甲債権の存在を認めた前訴確定判決の効力が問題になりますね。
- L2：そうです。ただ、この場合は、前訴である本件訴訟の補助参加人が被参加人に対して前訴確定判決を援用するという珍しい構図になっており、このような援用が許されるか、という問題も含んでいそうです。そこで、このような問題があることに留意しつつ、ZのYに対する上記訴えに係る訴訟手続において、前訴確定判決の効力が作用するか否かについて検討してください。これを「課

題2」とします。なお、「課題2」については、民事訴訟法第46条の効力以外の効力を検討する必要はありません。

〔設問3〕

あなたが司法修習生Qであるとして、L2から与えられた課題1及び課題2について答えなさい。

解説

第1 設問1

1 問われていること

「設問1(a)は、民事訴訟において違法収集証拠の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提としつつ、証拠能力を否定する際の法的根拠を挙げて、証拠能力の有無をいかなる基準により判断すべきかを問うものである。」「設問1(b)は、設問の事実関係の下で、(a)において採用した判断基準に照らして本文書書の証拠能力の有無を判断することを求めるものである。」(出題趣旨)

司法試験における民事訴訟分野では出題のなかった論点であり、具体的な対策を講じることなく本番の試験に臨んだ受験生も多かったのではないかと予想される。採点実感によれば実際この問いに対して適切な解答を示した答案は少なかったとのことである(採点実感参照)。

適切な解答をするのは簡単ではないが、現場のほとんどの受験生もそのように感じたであろうから、「上手く解答できなくても合否に影響はない」と一旦冷静になり、基本に立ち返るべきである。設問の問題意識を的確に捉え、違法収集証拠の証拠能力が否定される論拠と判断枠組みを示し、本問の事実関係から関係事実を抽出して判断枠組みに当てはめていく、という三段論法を意識して形式を整えて、何とか設問に食らいつくことで無難な説明になるはずである。

2 違法収集証拠の証拠能力についての議論の状況

(1) 学説の状況

議論の出発点は、民事訴訟における事実認定は裁判所の自由な心証に委ねるという自由心証主義(247)が採られており証拠の評価は裁判所に委ねられているといえること、そして違法収集証拠の証拠能力をどう判断すべきかについて民事訴訟法上明文がないことにある。当該論点については様々な見解が提唱されており、見解の一致はない。

原則として証拠能力(あるいは証拠適格)を否定する見解、原則として証拠能力を肯定し例外的に否定する見解、諸要素を比較衡量して決するしかないとする見解等があるが、社会的に容認されない態様で収集された証拠を利用することは一定の場合には許容されなくなるという点ではどのような見解であれ大差はない。

諸要素を比較衡量する見解は、裁判における真実発見の要請と手続の公正性、法秩序の統一性や違法収集の誘発防止の調和の観点から、当該証拠の重要性・必要性や収集行為の態様、被侵害利益の内容を考慮要素としており、司法試験委員としても、どのような見解であれ上記のような考慮要素を意識して本問の事実関係に落とし込むことを求めているものと考えられる¹³。

また、証拠能力を否定する根拠についても信義則(2)や司法への信頼(司法の廉潔性ないし廉直性)、不法な証拠収集の抑止、人格権侵害の防止等様々なも

¹³ 「証拠収集の手段・態様の違法性、被侵害利益の重大性を指摘した上で、証拠の重要性、真実発見の要請等と衡量してもなお当該証拠の取調べを是認することができない場合に証拠能力を否定すべきことを指摘している答案は、高く評価された。」(採点実感)

のがあり得るが、違法収集証拠を許容することにより民事訴訟の目的や理念との関係で限界があり得るという点ではおおむね一致しているということができ、司法への信頼や不法な証拠収集の抑止、人格権侵害の防止等の特定の懸念を包括して信義則と表現するか否かの違いしかないといっていよう。

受験生の中の多数派は信義則を根拠とし、比較衡量の判断枠組みを導く見解であり、これが最も現実的な説明方法といえるだろう。いずれにせよ上記の目的や理念と関係の深いものを指摘できれば、極端なものでない限りは同様に評価されるはずである¹⁴。

(2) 判例の状況

違法収集証拠の証拠能力についての一般論を判示した最高裁判例は存在せず、最上級審判決としては、大判昭 18.7.2があるのみである。この事件は、机の上に放置されていた被告の日記を原告が無断使用した事案で違法収集証拠の証拠能力を否定する訴訟法上の規定がないことを理由としてその証拠能力を肯定している。

その他は下級審裁判例がいくつかあり、様々な見解が示されている。特に重要なものに絞って挙げる。

・東京高判昭 52.7.15

X社がY社に対して債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟を提起したところ、一審で敗訴したため、X社の代表者Aが幼少のころから親交のあったY社人事課長Bを通じ、Y社広告係長Cを酒席に招いて、誘導的に質問して答えさせるような方法で会話を交わし、その会話を隣室で録音テープに録音し、それを文章化して、控訴審で証拠として提出した事案について、以下のように判示している。

「ところで民事訴訟法は、いわゆる証拠能力に関しては何ら規定するところがなく、当事者が挙証の用に供する証拠は、一般的に証拠価値はともかく、その証拠能力はこれを肯定すべきものと解すべきことはいうまでもないところであるが、その証拠が、著しく反社会的な手段を用いて、人の精神的肉体的自由を拘束する等の人格権侵害を伴う方法によって採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ないものといふべきである。」（下線部、太字筆者。以下同じ。）

証拠能力に関して何ら規定するところがないことから証拠能力は基本的に肯定されるとのスタンスを明らかにし、取得方法の著しい反社会性と人格権侵害を条件に例外的に証拠能力を否定する。近時の裁判例に至るまで踏襲されていると見られており、出題趣旨も明示的に言及している。この判断枠組みを採用する場合には、判例が明示的には言及していない証拠能力制限の根拠について自説を明らかにし、いかなる事実をもって「著しい反社会性」及び「人格権侵害」を肯定することになるのか思考過程を明確に示す必要があるだろう。

¹⁴ 「違法収集証拠の証拠能力を制限する際の法的根拠及び判断基準については、最高裁判所の判例がまだ存在せず、様々な学説が提唱されている状況にあるから、いかなる見解を採用したかによって評価に差を設けていない。」「最も多かった答案は、訴訟上の信義則（法第2条）に根拠を求めたものであった。」（採点実感）

※ なお、上記裁判例は当てはめにおいて「これを本件についてみるに、右録音は、酒席におけるCらの発言供述を、単に同人ら不知の間に録取したものであるにとどまり、いまだ同人らの人格権を著しく反社会的な手段方法で侵害したものということはできないから、右録音テープは、証拠能力を有するものと認めるべきである。」としている。上記裁判例が示した判断枠組みへの当てはめの指針となるだろう。

・神戸地判昭 59.5.18

窃取された文書の証拠能力について判示した裁判例である。

「民事訴訟においては、例えば、一方当事者が自ら若しくは第三者と共謀ないし第三者を教唆して他方当事者の所持する文書を窃取するなど、信義則上これを証拠とすることが許されないとするに足りる特段の事情がない限り、民事訴訟における真実発見の要請その他の諸原則に照らし、文書には原則として証拠能力を認めるのが相当であり、単に第三者の窃取にかかる文書であるという事由のみでは、なおその文書の証拠能力を否定するには足りないものと解すべきである。」

民事訴訟法における真実発見の要請その他の諸原則に照らし、文書の証拠能力は原則として認められるが、信義則上これを証拠とすることが許されないとするに足りる特段の事情がある場合は例外的に証拠能力を否定すべきとの考えを示している。主に信義則を根拠としている点は本問の説明でも参考になる。また、信義則に反する具体例も併せて示しているため、判断枠組みの運用指針も比較的分かりやすい。単に刑事上罰すべき行為が関係するだけでなく、訴訟の一方当事者が主体的に関わる等の悪質性まで要求する点は前掲昭和 52 年東京高判と同様の実質を感じる。

前掲昭和 59 年神戸地判の判断枠組みを用いる場合、その表現はやや抽象的なものであるから、どのような場合に「信義則上これを証拠とすることが許されないとするに足りる特段の事情」があるかと考えるのかを明示して説明することを心掛けるべきである。

・東京高判平 28.5.19【百選 63】

大学で事務員を務めるXが上司からハラスメントを受けたとして、大学のハラスメント防止委員会に申立てを行ったものの、同委員会が適切な措置を執らなかつたことにより人格権を侵害された等と主張し、大学を運営するYに対して債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。Xは同委員会の委員の発言が録音されている CD-ROM 及びその反訳書を証拠として提出したが、その証拠能力を否定した原審の控訴審である。

「民事訴訟法は、自由心証主義を採用し（247 条）、一般的に証拠能力を制限する規定を設けていないことからすれば、違法収集証拠であっても、それだけで直ちに証拠能力が否定されることはないというべきである。しかしながら、いかなる違法収集証拠もその証拠能力を否定されることはないとする、私人による違法行為を助長し、法秩序の維持を目的とする裁判制度の趣旨に悖る結果ともなりかねないのであり、民事訴訟における公正性の要請、当事者の信義誠実義務に照らすと、当該証拠の収集の方法及び態様、違法な証拠収集によって侵害される権利利益の要保護性、当該証拠の訴訟における証拠としての重要性等の諸般の事

情を総合考慮し、当該証拠を採用することが訴訟上の信義則（民事訴訟法2条）に反するといえる場合には、例外として、当該違法収集証拠の証拠能力が否定されると解するのが相当である。」

問題の所在を明示し、違法収集証拠の証拠能力を一律に認めることによる支障を具体的に示し、下線部にあるような判断枠組みを示す。本問への解答方法としてはもっともなじむ説明方法といえるだろう。この判断枠組みを用いる場合には、「当該証拠の収集の方法及び態様、違法な証拠収集によって侵害される権利利益の要保護性、当該証拠の訴訟における証拠としての重要性」に関連する事実を事案から抽出し、その法的意味を分析する必要がある。

3 実際のところどのように考え、どのように説明するべきか

(1) 刑事訴訟法での議論をヒントに判断枠組みと根拠を考える

民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力は受験生であれば誰でも知っているいわゆる典型論点というわけではなく、関連裁判例は判例百選に掲載されているものの後回しにされがちな論点ではあるので、議論の状況や関連裁判例の判示をしっかりと押さえて試験に臨んだ受験生はごく僅かで、ほとんどの受験生はゼロからのスタートに近かったと予想される。

このような問題に直面した場合は、基本事項から思考し、「一応それらしいこと」を法的三段論法を死守して書いておくしかない。そして、司法試験受験生であれば刑事訴訟法における違法収集証拠の証拠能力の議論については知っているはずなので、その議論を民事訴訟法にも応用できないかと考えるのがもっとも手取り早いだろう。

刑事訴訟法における違法収集証拠排除法則の根拠は、適正手続の保障（憲31）、司法の廉潔性（無瑕性）、将来における違法捜査抑止の3つを挙げる見解が一般的である。これらの手続的利益及び政策目的を追求していく側面と真実発見の要請の比較衡量を行うという理屈であり、これは民事訴訟においても一定の範囲で同様に妥当し得るはずである。

刑事と民事の違いは司法官憲による捜査を念頭に置いているか否かにあるから、適正手続の保障や将来における違法捜査抑止の観点を真正面から援用はできない。反面、司法の廉潔性の側面は民事訴訟でも同様に妥当すると考えられるし、当事者による違法不当な証拠収集が防止されるべきことは否定の余地はない（そのような証拠を採用することが司法への信頼を損なうことになるとの捉え方も可能である。）。もちろん、真実発見の要請は訴訟一般に通じる原理である。このように刑事訴訟法における違法収集証拠排除法則の基本知識を出発点として思考することは可能であるはずである。

具体的な判断枠組みを考えるに参考になるのはもちろん判例である。違法収集証拠の証拠能力について示した最判昭53.9.7【刑訴百選90】は「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」という判断枠組みを示しているが、これを民事訴訟法にそのまま流用するのは難しい。そこで、派生証拠の証拠能力についてみると、学説上は違法の重大性と証拠の重大

性を比較衡量の考慮要素の一部としている。この比較衡量の枠組みは比較的一般的な表現を採っており、民事訴訟法でも使いやすいだろう。

以上のように考えれば、司法の廉潔性や当事者の違法不当行為の抑制の観点から導かれる証拠収集の態様方法、法益侵害の有無・程度、真実発見の要請から導かれる証拠の重要性を比較衡量するという判断枠組みを試験の現場で導出することは困難ではないと考えられる。証拠能力を否定する論拠は、司法の廉潔性としても、信義則としても、どちらでもよいだろう。

(2) 本件文書の内容と入手した経緯に注目する

Yがした行為を一言でいえば、本件文書をXのノートパソコンから抜き取った、ということになる。その行為を上記した判断枠組みに照らして評価していくためには、具体的な態様や本件文書の内容、本件文書の本件紛争における位置付けを確認する必要がある。

ア 本件文書の内容

本件文書には、本件動産をYから200万円で購入し、引渡しを受けたことだけでなく、Xの健康状態やXA間の子の学業成績に関する相談内容が記載されているため、Xやその子のプライバシー情報が公開されることとなる。このプライバシー侵害を証拠能力の肯否との関係でどのように評価するかは積極消極両方向あり得る。例えば、自身の健康状態や子の学業成績は一般的に要保護性が高い情報かといえれば評価は分かれるであろう。性的指向や信仰等のセンシティブな情報と比べれば要保護性が低いとも評価できるし、一般的に要保護性が高い情報でなくとも、開示の相手方によっては公開を欲しない情報であるから要保護性は高いとも評価することもできる。

イ 本件文書を入手した経緯

Yは本件紛争が顕在化した後、Xと話合いをする中でXがコンビニエンスストアに一人で赴いたことを奇貨として、本件紛争が訴訟に発展する可能性が高いと考え、自己に有利な証拠を探す趣旨でXのノートパソコンを開いて閲覧している。これは偶々発見してしまった場合と比べ、相手方を出し抜いて自己が優位に立てるような方策を採るという点で態様の不当性を窺わせる。

しかし、Xのノートパソコンを閲覧できる状態になったのは、Xがコンビニエンスストアに一人で赴いたからであって、Yが欺罔的手段を用いてそのような状態をもたらしたわけではないため、その意味ではXのノートパソコンを閲覧できたのは偶然の事情ではあるともいえる。

次に、YはXがプライベートで利用しているアカウントのメールが閲覧可能な状態になっていることを奇貨として、Xが送受信した電子メールの全てを自己のUSBに保存している。本件紛争に関係のないプライバシー情報が含まれている可能性のあるメールを広範囲にわたって自由に閲覧可能な状態にしてしまうのは重大なプライバシー侵害と評価することもできるだろう。

もっとも、Yの行為は犯罪行為に該当するものではないので、極めて悪質とまではいえないという評価もあり得る。

ウ 証拠の重要性

証拠としての重要性は真実発見の要請から導かれる考慮要素であるから、その証拠が事実の証明にどれほど役立つか、他に有益な証拠はあるか等を考慮していくこととなる。

本件文書は、相殺の抗弁における自働債権である乙債権の発生原因事実である、令和3年8月4日における本件動産売買契約締結事実の証明に役立つ証拠である。相殺の抗弁の当否はXの請求が認容されるか否かに直結するといっても過言ではない。また、本件動産についてのやりとりは全て口頭でなされ、引渡しもYがXに直接交付することによりなされた結果、本件動産の売買の証明に役立つ証拠がなかったことからすれば、本件文書は相殺の抗弁の当否を判断するための唯一の証拠といってよく、証拠としての重要性は高いと評価できる。本件文書の重要性を否定する方向の立論は、本問の事実関係の下では困難であると思われる。

エ 小括

以上からすれば、本件文書の証拠能力を肯定する方向の立論の方が説明しやすいと思われる。証拠能力を否定する立論も十分可能であるが、本件文書の重要性は非常に高いので、これを上回るほどの収集方法の不当性、法益侵害の重大性を論述できるかがポイントになる。

第2 設問2

1 問われていること

「設問2は、相殺の抗弁に対するいわゆる再相殺について、訴訟上の相殺の再抗弁は不適法であるが、訴訟外の相殺の意思表示の主張は適法と解されること（最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁参照）を前提として、第一審で訴訟外の再相殺の主張が認められて請求認容判決がされた事案において、Xのみが控訴した場合の控訴審の審理判断の在り方について、具体的な事実関係を基に論じさせるものであり、民事訴訟の基本的な理解を踏まえた論理的思考力及び論述力を問うものである。」（出題趣旨）

不利益変更禁止の原則を中心に、相殺の抗弁の性質（既判力及び審理の方法）についての理解も付随的に問うてくる比較的シンプルで分かりやすい問いである。特に、不利益変更禁止の原則は、控訴審の学習をする際に必ず通る基本論点といっていようだろうし、本問とほぼ同様の事案について司法試験（平成27年）でも問われているため、過去問の分析を徹底していた受験生からすれば比較的楽に検討できる問題であったと思われる¹⁵。採点実感においても、「多くの答案が不利益変更禁止の原則が問題になることを理解していた」「控訴審における不利益変更禁止の原則について看過しているような答案は『不良』と評価される。」（採点実感）と指摘されており、不利益変更禁止の原則を論じることができなければ致命傷になるといってよい。

¹⁵ 「不利益変更禁止の原則については、基本的な概念であって、その内容についても受験者において概ね理解されているものであった」（平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第3問））との指摘があるので、平成27年当時においても不利益変更禁止原則に対する一般的な説明ができなければ非常に厳しい評価を受けることは想像しやすい。令和5年の問題はほぼ同じ問題意識のものである以上不利益変更禁止原則に言及できないことによるダメージはより大きいものと予想される。

反面、相殺の抗弁の性質については、114条2項の理解がないのは論外として、その条文を使いこなせるかという点に評価の差が出たように思われる。相殺の抗弁の既判力やその審理方法は旧司法試験や予備試験（平成24年）でも問われている基本的知識であるから、司法試験以外の過去問を用いた演習を通して基本事項を固めるのが有益であると考ええる。

2 不利益変更禁止原則に関する一般論

(1) 基本事項の確認

304条1項によれば、控訴裁判所は、不服申立ての限度でのみ、第一審判決の取消し及び変更をすることができる。ここから、控訴裁判所は、相手方の控訴又は附帯控訴のない限り、不服申立ての範囲を超えて、控訴人の不利に第一審判決の取消し又は変更をすることができないという原則が導かれる。これを不利益変更禁止原則という。

この原則が認められること自体に争いはなく、その根拠をどう捉えるかに若干の争いがある。この点について、処分権主義の現れであると考えられる見解（判例）や上訴を萎縮させないための政策的要請と考える有力説等があるが、処分権主義が妥当する局面において不利益変更禁止原則が妥当するかという点に相違があるに過ぎず、本問でこの点を詳しく説明する必要性は乏しい。

不利益か否かの判断は、第一審判決と控訴審判決がそれぞれ確定したと仮定した場合に既判力が生じる範囲の対比によって行うのが一般的であり、出題趣旨及び採点実感もその考え方を念頭に置いている。この判断方法を明確に覚えていなくても、本問は相殺の抗弁に関する既判力が絡むことは目に見えているため、自然と既判力の範囲を対比する説明になるはずである。

(2) 判例

最判昭61.9.4【百選107】は「本件のように、訴求債権が有効に成立したことを認めながら、被告の主張する相殺の抗弁を採用して原告の請求を棄却した第一審判決に対し、原告のみが控訴し被告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が訴求債権の有効な成立を否定したときに、第一審判決を取消して改めて請求棄却の判決をすることは、民訴法199条2項〔注：現114条2項〕に徴すると、控訴した原告に不利益であることが明らかであるから、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきであり、控訴審としては被告の主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、原告の控訴を棄却するにとどめなければならないものと解するのが相当である。」（注括弧書筆者）としている。

この判例は、訴求債権の存在を前提に相殺の抗弁を認めて請求棄却の判断をした第一審判決がありながら、控訴審において訴求債権の存否を審理して、訴求債権がそもそも存在しないという判断をすることができること（反対債権の存否だけでなく訴求債権の存否も審理対象になること）、相殺の抗弁の既判力（114Ⅱ）を考慮して不利益変更禁止原則に抵触することを説明していること（既判力の範囲の対比の手法を採っていること）を示している点に意義がある。不利益変更禁止原則に反することとなる場合は第一審判決を維持し、控訴を棄却するにとどめなければならないことを明らかにする点は、本問の解答をする上で参考になる。

3 相殺の抗弁の性質についての補足

本問の解答をするためには、114条2項によって生じる既判力についての基本事項を知っておく必要がある。以下、本問への解答の前提になる基本事項を確認する。

(1) 反対債権の不存在に既判力が生じること

既判力は「主文に包含するもの」について生じる（114Ⅰ）。「主文に包含するもの」とは訴訟物を指すと解するのが一般的である。そのため、理由中の判断には既判力が生じないのが原則である。もっとも、例外的に相殺の抗弁における反対債権の不存在の判断については既判力が生じる（114Ⅱ）。

例えば、XのYに対する1000万円の売買代金支払請求訴訟において、Yが貸金返還請求権600万円を自働債権とする相殺の抗弁を主張した場合、(a)訴求債権及び反対債権ともに全額が認定され、400万円の支払を命じる判決が確定した場合、基準時において反対債権である貸金返還請求権600万円は存在しないという判断に既判力が生じる。また、(b)訴求債権全額が認められる反面、反対債権である貸金返還請求権600万円はそもそも存在しないと認定されて1000万円の支払を命じる判決が確定した場合であっても、基準時において反対債権である貸金返還請求権600万円は存在しないという判断に既判力が生じる。

上記のような帰結を導く114条2項の趣旨は、反対債権についての紛争の蒸し返しを防ぐ点にある。反対債権の不存在に既判力が生じないと仮定した場合、Yが反対債権の給付訴訟を提起すれば、請求認容判決を得る余地が残り、その場合は二重の利益を受けることとなるし、前訴における反対債権の存否についての争いを蒸し返すことが可能になる。このような蒸し返しを防止する必要性は上記(a)及び(b)のいずれの場合でも変わらないだろう。

(2) 反対債権について裁判所によって判断された場合に限って生じること

反対債権の存否について審理する必要性が生じ、かつ、現に審理された場合でなければ反対債権の不存在についての既判力は生じない。訴求債権自体が不存在の場合や相殺の抗弁自体が不適法で却下される場合、相殺不適法等反対債権の存在以外の理由で相殺の抗弁が排斥された場合等はそもそも裁判所が反対債権の存否について審理をしないため、蒸し返しを防止する必要性がない。

(3) 訴訟外の相殺の抗弁にも114条2項が適用されること

相殺の抗弁は、訴訟内で相殺権を行使する訴訟上の相殺の抗弁と、訴訟外で相殺権を行使したことを報告する訴訟外の相殺の抗弁が存在する。114条2項の「相殺のために主張した」という文言からすると訴訟上の相殺の抗弁に限定されているようにも見えるが、蒸し返しを防止する必要性は訴訟外の相殺の抗弁の場合でも異ならないとして、訴訟外の相殺の抗弁の場合にも114条2項が適用されると考えるのが一般的である。

4 実際のところどのように考え、どのように説明するべきか

- (1) 第一審判決と(ア)～(ウ)の控訴審の判断が確定した場合の既判力の範囲を確認する各場合についての既判力の内容について表でまとめると以下ようになる。

	甲債権	乙債権	丙債権
第一審の判断	存在	不存在	不存在

(ア)甲債権は弁済により消滅	不存在	—	—
(イ)甲債権と乙債権は消滅していない、丙債権は不存在	不存在	不存在	不存在
(ウ)甲債権は弁済で消滅していない、乙債権は弁済で消滅	存在	不存在	—

訴求債権がそもそも存在しない場合は、抗弁以下について審理されないから、(ア)の場合に乙債権及び丙債権の存否について判断されることはない。よって、乙債権及び丙債権の存否に既判力は生じない。甲債権が存在しないことに既判力が生じるのみである。

(イ)の場合は甲債権と乙債権は存在する判断がなされている以上、それらの不存在について既判力が生じる。そして、訴訟外の相殺の再抗弁を審理する必要があることになるが、反対債権たる丙債権はそもそも存在しないとの判断がなされているから、丙債権も存在しない判断に既判力が生じる。

(ウ)の場合、甲債権は存在する認定であるから、乙債権の存否についての審理に入る必要があるものの、乙債権は弁済によって消滅していると判断されている。そのため、甲債権が存在し、乙債権は存在しないことに既判力が生じる。乙債権がそもそも不存在であると判断されているから、丙債権を反対債権とする訴訟外の相殺の再抗弁の審理に入る必要はない。よって、丙債権の存否について既判力は生じない。

- (2) 各場合に生じる既判力の範囲は、Xにとって第一審判決よりも不利かを確認する

第一審判決が確定した場合甲債権が存在することに既判力が生じるところ、(ア)及び(イ)は甲債権が存在しない判断に既判力が生じることになるから、Xにとって不利である。(ウ)は丙債権が存在しないという判断に既判力が生じなくなる点でXに有利である。

- (3) 控訴審が下すべき判決内容を考える

前掲昭和 61 年判決によれば、控訴裁判所が、控訴人にとって第一審よりも不利な判断をすることになる場合、控訴人の控訴を棄却するにとどめなければならない。(ア)及び(イ)の場合はXの控訴を棄却する判決をすることになる。

控訴裁判所が、控訴人にとって第一審よりも有利な判断をすることは問題なく許されるので、原判決を取り消し、判断内容どおりに自判することになる。(ウ)の場合、控訴裁判所は原判決を取り消し、原告の請求を認容する自判をすることになる。

第3 設問3

1 課題1

- (1) 問われていること

「設問3の課題1では、甲債権を認めて、XのYに対する請求を認容する旨の判決が確定した後、XがYの補助参加人であったZに対して甲債権に係る保証債

務の履行を請求したという場合において、XY間の確定判決が、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において何らかの拘束力を及ぼすかを問うものである。」

「一例を挙げるならば、通説の立場から、Zは、法第115条により既判力の拡張を受ける者ではないこと、法第46条の効力は、参加人と被参加人との間の敗訴責任の共同分担という根拠から認められる特別な効力であって、参加人と相手方との間に生ずることは想定されないことを論じた上で、さらに、争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力の作用を認め得るか、を論ずることが考えられる。」（上記いずれも出題趣旨）

(2) 求められる言及のレベル

ア 既判力

L2とQの会話に「確定判決」「拘束力」というキーワードがあるため、既判力、特にその主観的範囲を説明すべきことは明白といえる。大多数の受験生が気付ける論点であるから、説明の正確さや説得力で差が付くと思われる。検討すべき効力は既判力だけではないので、既判力の主観的範囲についての説明はコンパクトに行う必要があるだろう¹⁶。

現場で言及するとすれば115条1項各号に該当しないことを簡潔に説明することになる。補助参加人は「当事者」ではないから同条項1号に該当しないし、Zが訴訟担当の場合に適用される2号、口頭弁論終了後の承継人についての3号、目的物の所持者についての4号に該当しないのは明らかだろう。

イ 参加的効力

また、Zが補助参加しており、被参加人Yが敗訴している以上、参加的効力（46柱書）を論じる余地があることも比較的気づきやすいと思われる。既判力と同様に正確かつコンパクトな説明が求められるだろう。

参加的効力については、通説によれば、参加人被参加人間の敗訴責任の分担が趣旨であり、その効力も参加人被参加人のみに生じるという基本事項を押さえれば、前訴確定判決の参加的効力がXのZに対する請求に作用しないことは比較的簡単に説明できる。

下記するようにZの手続保障は十分とは言い難いとの評価が可能であり、46条2号ないし3号により参加的効力が生じなくなるという説明が求められているとの見方もあり得るが、それは2条に基づく信義則上の拘束力あるいは争点効の有無で検討される事項と捉えるべきであり、手続保障は充分とは言い難い事情があることをもって参加的効力が原則として生じる事案（であり、46条2号ないし3号により効力の発生を否定する事案）であると捉えるのは無理があるだろう。

ウ 2条に基づく信義則上の拘束力

¹⁶ 「既判力については、法第115条を引用し、既判力はZには拡張されないことを簡潔に論じた答案は高く評価された。これに対し、既判力の定義、根拠、法第114条第1項の趣旨など本問では無用の議論に字数を費やしながらか、結論を支える理由が欠けているものや、既判力と参加的効力の区別が十分についていないために、いつのまにか法第46条の議論に移行しているものは、低い評価にとどまった。」（採点実感）

信義則上の拘束力は比較的思い付きやすかったのではないかと予想される。既判力も参加的効力もZに及ばないとするのが筋である以上、明文なき判決の効力として第一に候補として挙がるものだろう。前訴確定判決においては甲債権が存在するとの判断がなされており、Zが甲債権を争うのは蒸し返しの感があること、Zが免除の事実や弁済の事実を主張したり、Yが免除の事実はない旨主張してZが申し出たZ自身の証人尋問の申出を撤回していることが問題文中に記載されており、Zの防御が充分尽くされているかを論じさせたいことが窺えることから、実質的な蒸し返しを禁ずる信義則上の拘束力を検討してほしい雰囲気を感じる。本問は訴訟当事者による実質的蒸し返しではなく、補助参加人による蒸し返しのおそれが問題になる点で典型的な事案とは異なる。しかし、補助参加人も一応一切の訴訟行為をすることができ（45Ⅰ本文）、手続保障を与えられていると評価できるため、別異に考える必要はないだろう。

本問における信義則上の拘束力の有無についての判断枠組みをどのように考えるかについては、信義則による後訴の遮断を認めた最判昭 51.9.30【百選74】を参考にすることができるだろう。この判例は、後訴が信義則によって不適法となる理由について「実質的には、前訴のむし返しというべきであり、前訴において本訴の請求をすることに支障もなかった」と前訴と後訴とで原告が獲得したい利益が共通しているか、前訴において手続保障が尽くされていたかに加え、前訴当時から長期間経過していることを指摘して相手方の地位を不当に長く不安定な状態に置くことになることを考慮している。これをそのまま本問のような場合に流用することは困難であるが、上記判断内容を敷衍すれば、蒸し返しを防ぐ必要があることと蒸し返しを禁止することについて許容性があることを具体的事実に基づいて説明すれば足りると考えられる。

本問では、本件訴訟はXの請求を認容する判決がなされ、これが確定しているから、甲債権が存在するとの判断が示されているところ、XのZに対する保証債務履行請求訴訟においてZが主債務たる甲債権の存在を争うことは前訴確定判決の判断に矛盾する主張となるため、前訴の蒸し返しと評価し得る。もっとも、Zは免除の主張や自身の証人尋問の申出をしたものの、Yが免除の事実はない旨主張するとともに、Zの証人尋問の申出を撤回したことにより（45Ⅱ参照）、Zの免除の事実についての主張立証は妨げられており、Zの手続保障は充分とは言い難いと評価し得る。以上からすれば、2条に基づく信義則上の拘束力は作用しないとの立論の方が楽に説明できるだろう。

エ 争点効

争点効は過去主要なテーマとしての出題はなく、検討の余地がある問題においても争点効に言及する必要がないとの注意書きがあったことから、十分に学習できていなかった受験生も多いのではないかと予想される。そのため、争点効に言及できずとも、信義則上の拘束力について事実を摘示して具体的に説明できていれば合格レベルに達することは可能であると思われる

17. 争点効に気づけていても「明文規定がないから認められない」と一蹴して信義則上の拘束力の説明に移行する答案も多かったのではないかと予想される。採点実感はこのような説明は「最低限の考察すらされていないもの」と批判するが、このような説明で切り上げてしまっても致し方ないと考える。採点実感が真に批判するのは、信義則上の拘束力か争点効かにかかわらず、Zの手続保障が充分であるかについて悩みを見せずに表層的な言及にとどまってしまっている答案だろう。

争点効について本格的に言及するならば、争点効の定義と根拠を示してその発生要件を検討することになる。

一般的に、争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれに審理して下したその争点についての判断に生じる通用力で、同一の争点を主要な先決問題として異別の後訴請求の審理において、その判断に反する主張立証を許さず、これと矛盾する判断を禁止する効力をいう。その根拠は訴訟上の信義則ないし当事者の公平である。

争点効の発生要件は、①前訴後訴の両請求の当否の判断過程においての主要な争点であること、②当事者が前訴においてその争点につき主張立証を尽くしたこと、③裁判所がその争点について実質的な判断をしていること、④前訴の係争利益が後訴のそれと同等又はそれ以上であること、⑤後訴で当事者が援用することであるとするのが一般的である。前述したように本件訴訟におけるZの手続保障が充分とは言い難いので、上記要件のうち②を充足しないことにより争点効は生じないとする説明が無難だろう。

オ 反射効

出題趣旨に明示の言及はないものの、採点実感において反射効について言及されている。主債務者に対する判決の効力が保証人に及ぶかという事案類型を自然に観察すれば反射効が論じられる典型的場面ともいえるので、反射効に言及する答案が出るのも自然である。もっとも、反射効も争点効と同様に明文なき判決の効力として一括りにされるきらいがあるため、思い付かなかったあるいは十分な検討ができなかったという受験生が多数派だろう。

反射効に言及するとすれば、反射効の定義に言及し、本問のような保証人に不利な判決においても生じるのかを論じる必要がある。

一般的に、反射効とは、当事者間に既判力の拘束のあることが、当事者と実体法上特殊な関係すなわち従属関係ないし依存関係にある第三者に、反射的に有利又は不利な影響を及ぼすことをいう。

本問での問題意識及びその説明の指針は採点実感の言及が参考になるので以下に引用する。すなわち、「反射効は、実体法上、保証債務は主債務に対して付従性(民法第448条第1項)を有することから、主債務が消滅した場合には、保証債務も消滅するという関係が存在することに鑑み、主債務を不存在とする判決が確定した場合には、保証人も同判決の効果を援用して保証債務の消滅を主張することができるという意味で保証人に有利なものである

17 『「一応の水準」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、一部の効力についての検討にとどまるものなどである。』(採点実感)

ところ、主債務者が敗訴した本件においてこのような反射効が保証人により援用される余地はない」とのことである。実体法の理屈からすれば、主債務が存在しない場合には保証債務も存在しないと考えるのが自然であり、そうであるからこそ主債務不存在の判決効が保証人に拡張されてしかるべきと考える点に反射効を認める大義名分があるところ、主債務が存在する場合に保証債務も存在するだろうというという推測は一般的に成り立たない（主債務が存在しても保証契約が締結されていなければ保証債務は存在しない。）。よって、本問のような主債務者敗訴の事案においては民法 448 条 1 項による従属関係ないし依存関係を肯定することができず、反射効は認められないとするのが筋になる。

2 課題2

(1) 問われていること

「課題2は、XのYに対する請求認容判決の確定後、保証債務を履行したZがYに対して求償請求訴訟を提起した場合に、XのYに対する請求認容判決に係る法第46条の効力をZが援用し得るか、という点を問うものである。」

「補助参加人による被参加人に対する同条の効力の援用が、同条の根拠から正当化し得るか、という点を、同条自体は、被参加人から補助参加人に対して同条の効力を援用する場合を想定していることを踏まえて論ずることが期待される。例えば、法第46条の根拠を敗訴責任の共同分担と捉える立場からは、補助参加人から被参加人に対して同条の効力を援用することは認められてしかるべきであると論ずることが考えられるが、このように論ずる場合には、同条が被参加人から補助参加人への援用を想定していることとの整合性をどうつけるかについても一定の説明が求められる。」（上記いずれも出題趣旨・採点実感）

(2) 解答のポイント

L2が「ただ、この場合は、前訴である本件訴訟の補助参加人が被参加人に対して前訴確定判決を援用するという珍しい構図になっており、このような援用が許されるか、という問題も含んでいそうです。」と発言しているため、本問が参加的効力が援用される典型例とは異なるケースであることが分かる。典型例から外れる検討を要求する問題は、原則に立ち返るのが鉄則である。この場合の原則というのは条文の規定ぶりや趣旨である。

参加的効力を定める46条柱書は、「補助参加にかかると訴訟の裁判は、次に掲げる場合を除き、補助参加人に対してもその効力を有する。」としており、補助参加人に判決効が拡張されてしまう方向の表現を採っている。これは、参加的効力が、後日の被参加人補助参加人間の訴訟において、被参加人側から、前訴判決中の判断が不当であり、それが被参加人の訴訟追行の不十分さによるものであるとして、敗訴の責任を被参加人に帰させることを防止する趣旨であることに基づくものだろう。そうである以上、参加的効力の援用は本来的には被参加人からなされるものであって、補助参加人からの援用は想定されていないと考えることもできる。この問題意識にたどり着ければ、結論はどちらでもよいと思われる。上記した本来的用法に限定されるとしてもよいし、敗訴責任を公平に分担する観点からは、補助参加人側からも同様に参加的効力の援用を認めるべきであると考えられることもできる。

出題趣旨

本問は、XがYに対し、貸金の返還を求める訴えを提起し（以下、この訴えの訴訟物の内容をなす貸金債権を「甲債権」といい、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。）、これに対し、Yが請求原因事実を認めた上で、主位的に弁済の抗弁を、予備的にXに対する売買代金債権（以下「乙債権」という。）により相殺する旨の訴訟上の相殺の抗弁を主張したという事案を素材としている。この事案について、①Yが不当な方法で収集した電子メールをプリントアウトしたもの（以下「本件文書」という。）の取調べを申し出た場合において、民事訴訟におけるいわゆる違法収集証拠の証拠能力についての検討（設問1）、②本件訴訟において、更にXが相続により取得したYに対する貸金債権（以下「丙債権」という。）によって乙債権を相殺したという訴訟外の相殺の再抗弁を主張し、Xの請求を認容する判決に対してXのみが控訴した場合において、不利益変更禁止の原則を踏まえた控訴審の審理・判断についての検討（設問2）、③甲債権の保証人であるZが補助参加した本件訴訟についてXの請求を認容する判決が確定した場合において、その後提起されたXのZに対する保証債務履行請求訴訟及びZのYに対する求償請求訴訟における、上記確定判決に基づく効力ないし参加的効力についての検討（設問3）をそれぞれ求めるものである。

設問1(a)は、民事訴訟において違法収集証拠の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提としつつ、証拠能力を否定する際の法的根拠を挙げて、証拠能力の有無をいかなる基準により判断すべきかを問うものである。民事訴訟法（以下「法」という。）には、違法収集証拠の証拠能力を制限した規定はないが、にもかかわらず違法収集証拠の証拠能力がなぜ無制限には認められないかについては、裁判所が当事者等による証拠の違法な作成・収集を助長するおそれ、公正かつ適正な裁判に対する国民の信頼を損なうおそれ等への配慮があることの指摘が期待される。具体的な事例において違法収集証拠の証拠能力を制限する際の法的根拠及び判断基準については、最高裁判所の判例がいまだ存在せず、様々な学説が提唱されている状況であるから、いかなる見解を採用したかによって評価に差を設けることはない。例えば、下級審裁判例（東京高判昭和52年7月15日判時867号60頁参照）による場合には、人格権の保護を根拠としつつ、当該証拠が著しく反社会的な手段を用いて取得されたものかどうかを基準とすることが考えられる。また、訴訟上の信義則（法第2条）を根拠とし、証拠収集の手段や態様の違法性、被侵害利益の重大性、証拠の重要性、真実発見の要請等を総合的に考慮して証拠能力の有無を判断する有力説による場合には、判断基準となり得る重要な要素を摘示しつつ、それらの総合考慮により判断すべきことを指摘する必要がある。

設問1(b)は、設問の事実関係の下で、(a)において採用した判断基準に照らして本件文書の証拠能力の有無を判断することを求めるものである。証拠収集の手段や態様の違法性等の各要素に該当する具体的な事実の検討は、(a)において採用した判断基準と整合的でない限り、評価されない。例えば、前掲下級審裁判例によるときは、人格権侵害ないし違法性との関係で、証拠収集の手段・態様の違法性、被侵害利益の重大性を検討し、その結果、人格権侵害ないし違法性が肯定される場合で

も、他の要素（証拠の重要性、真実発見の要請）に鑑み、違法性が阻却される余地があるかどうかを検討することが考えられる。他方、訴訟上の信義則を根拠とした総合考慮による場合には、上記の各要素に該当する事実を設問の事実関係から抽出した上で、個別にあてはめを行い、総合考慮の結果として、結論を導くことが期待される。

設問2は、相殺の抗弁に対するいわゆる再相殺について、訴訟上の相殺の再抗弁は不適法であるが、訴訟外の相殺の意思表示の主張は適法と解されること（最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁参照）を前提として、第1審で訴訟外の再相殺の主張が認められて請求認容判決がされた事案において、Xのみが控訴した場合の控訴審の審理判断の在り方について、具体的な事実関係を基に論じさせるものであり、民事訴訟の基本的な理解を踏まえた論理的思考力及び論述力を問うものである。

(7)では、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定されるところ、この判決が不利益変更禁止の原則（法第304条）に違反するかについて、同原則の趣旨を踏まえ、控訴裁判所の判決が確定した場合と原判決が確定した場合の既判力の比較により検討することが求められる。甲債権の弁済による消滅を理由とする請求棄却判決は、Xにとり不利益変更にあたりと解されるから、控訴裁判所は、控訴を棄却する旨を主文とする判決をするにとどめるべきことになろう。

(4)においても、控訴裁判所は、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される。ここでも不利益変更禁止原則の適用を検討する必要があるが、具体的な事実関係の下で、相殺の判断に係る既判力（法第114条第2項）の検討を含めるべきことを論じた上で、請求棄却判決がXにとって不利益変更にあたることを指摘することが期待される。

(7)では、控訴裁判所も請求認容判決をすることが想定されるものの、乙債権の弁済による消滅により、訴訟外の相殺の主張につき判断が不要となる点を指摘し、原判決の理由中でされていた丙債権による相殺に係る判断が控訴裁判所の判決ではなされないことの帰結について検討することが求められる。訴訟外の相殺の主張の判断に法第114条第2項の適用を認める通説では、丙債権に係る判断につき既判力の範囲に変更が生ずることから、控訴裁判所は、原判決を取り消し、Xの請求を認容する旨を主文とする判決をすべきことになろう。

設問3の課題1では、甲債権を認めて、XのYに対する請求を認容する旨の判決が確定した後、XがYの補助参加人であったZに対して甲債権に係る保証債務の履行を請求したという場合において、XY間の確定判決が、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において何らかの拘束力を及ぼすかを問うものである。確定判決の拘束力としては様々なものを想定し得ることから、それらを広く取り上げた上で、それぞれの拘束力について十分に検討をすることが期待される。一例を挙げるならば、通説の立場から、Zは、法第115条により既判力の拡張を受ける者ではないこと、法第46条の効力は、参加人と被参加人との間の敗訴責任の共同分担という根拠から認められる特別な効力であって、参加人と相手方との間に生ずることは想定されないことを論じた上で、さらに、争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力の作用を認め得るか、を論ずることが考えられる。

設問3の課題2は、XのYに対する請求認容判決の確定後、保証債務を履行したZがYに対して求償請求訴訟を提起した場合に、XのYに対する請求認容判決に係る法第46条の効力をZが援用し得るか、という点を問うものである。補助参加人による被参加人に対する同条の効力の援用が、同条の根拠から正当化し得るか、という点を、同条自体は、被参加人から補助参加人に対して同条の効力を援用する場合を想定していることを踏まえて論ずることが期待される。例えば、法第46条の根拠を敗訴責任の共同分担と捉える立場からは、補助参加人から被参加人に対して同条の効力を援用することは認められてしかるべきであると論ずることが考えられるが、このように論ずる場合には、同条が被参加人から補助参加人への援用を想定していることとの整合性をどうつけるかについても一定の説明が求められよう。

採点実感

1 出題趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題趣旨は、既に公表されている「令和5年司法試験論文式試験出題の趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われている課題を的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事案に即して具体的に掘り下げた分析及び考察をしているかといった点を評価することを狙いとしている。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの観点を重視することとしている。

本年においても、問題文中の登場人物の発言等において、受験者が検討し、解答すべき事項が具体的に示されている。そのため、答案の作成に当たっては、問題文において示されている検討すべき事項を適切に分析し、そこに含まれている論点を論理的に整理した上で、論述すべき順序や相互の関係も考慮することが必要である。そして、事前に準備していた論証パターンをそのまま答案用紙に書き出したり、理由を述べることなく結論のみを記載したりするのではなく、提示された問題意識や事案の具体的な内容を踏まえつつ、論理的で一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。採点に当たっては、受験者がこのような意識を持っているかどうかという点についても留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

本問は、XがYに対し、貸金の返還を求める訴えを提起し（以下、この訴えの訴訟物の内容をなす貸金債権を「甲債権」といい、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」というほか、問題文において定義した略語を適宜用いる。）、これに対し、Yが請求原因事実を認めた上で、主位的に弁済の抗弁を、予備的にXに対する売買代金債権（乙債権）により相殺する旨の訴訟上の相殺の抗弁を主張したという事案を題材とし、第一審における手続のほか、上訴、判決効と幅広く民事訴訟法の理解を問うものである。

本年の問題では、例年同様、具体的な事案を提示し、登場人物の発言等において受験者が検討すべき事項を明らかにした上で、いわゆる違法収集証拠の証拠能力、不利益変更禁止の原則、確定判決に基づく効力ないし拘束力、参加的効力等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験者の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを試している。

全体としては、時間内に論述が完成していない答案は少数にとどまった。しかし、検討すべき事項の理解を誤り、関係や必要がない論述を展開する答案や、検

討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、基礎的な部分の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、判読が困難な乱雑又は極めて小さい文字や略字を用いるもの、特に修文のために一行に無理して字句を挿入するものなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、日本語として違和感を覚える表現や初等教育で学ぶ漢字を平仮名又は片仮名で記載する答案や漢字の誤りも一定数見られた。以上については、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促すとともに、判読不能な文字は白紙答案と同じであることに留意してもらいたい。特に第三者が読むことに対する意識が十分ではないという点について言えば、法律実務家は、常に読み手のことを考えて文章を起案する意識を持つ必要があることに鑑み、強く改善を求めたい。

(2) 設問1について

ア 設問1の採点実感

設問1では、まず、(a)として、民事訴訟において違法収集証拠の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提としつつ、証拠能力を否定する際の法的根拠を挙げて、証拠能力の有無をいかなる基準により判断すべきかを論じ、(b)において、設問の事実関係の下で、(a)において採用した判断基準に照らして本文文書の証拠能力の有無を論ずることが求められている。民事訴訟法（以下「法」という。）には、違法収集証拠の証拠能力を制限した規定がないことは、本問を検討する上での出発点になるものと考えられるが、この点についての言及を欠く答案が極めて多かった。そして、このような答案においては、違法収集証拠の証拠能力が無制限には認められない理由についても言及されない傾向があり、相対的に低い評価にとどまった。逆に、明文規定のないことを明示的に論ずる答案は、その後の論述においても、的確に問題の所在を捉えていることが多く、相対的に高い評価となった。

違法収集証拠の証拠能力を制限する際の法的根拠及び判断基準については、最高裁判所の判例がいまだ存在せず、様々な学説が提唱されている状況にあるから、いかなる見解を採用したかによって評価に差を設けていない。

最も多かった答案は、訴訟上の信義則（法第2条）に根拠を求めたものであった。もっとも、法第2条の文言は抽象的であるため、証拠能力を否定する論拠とするには、一定の論証を行う必要があり、具体的な証拠方法について証拠能力の有無を判断することができるような基準を定立する必要がある。そのようなものとして、証拠収集の手段・態様の違法性、被侵害利益の重大性を指摘した上で、証拠の重要性、真実発見の要請等と衡量してもなお当該証拠の取調べを是認することができない場合に証拠能力を否定すべきことを指摘している答案は、高く評価された。これに対し、判断基準としてはおよそ機能し得ないような抽象的な基準を提示するもの（例えば、信義則に反する場合には、証拠能力は認められないとするなど、法第2条の文言を繰り返しただけの答案）や、同条の文言の趣旨を具体化する要素として十分とは思われない事項のみを掲げて証拠能力を否定しようとする答案（例えば、単に「公正さの観点から」

とか、犯罪行為による証拠方法等は証拠能力を否定すべきなどとする答案)は、低い評価にとどまった。

下級審裁判例(東京高判昭和52年7月15日判時867号60頁参照)に依拠し、人格権の保護を根拠としつつ、当該証拠が著しく反社会的な手段を用いて取得されたものかどうかを基準とした答案も見受けられた。上記裁判例の論旨を法的根拠と判断基準とに適切に整理しつつ、違法収集証拠の証拠能力を否定するための要件を適切に提示することができた答案は、高く評価された。これに対し、判断基準のみで法的根拠が曖昧な答案、提示した要件が不正確あるいは不完全な答案は、低い評価にとどまった。

以上とはやや異なる法的根拠を提示したものとして、例えば、再審事由(法第338条第1項第5号)が規定されていることの法意として、不当な方法で収集された証拠を用いた判決は再審の訴えの対象となり得ることから、一定の違法収集証拠の証拠能力は否定されることが予定されているとの法理を導いた上で、上記再審事由の存在を法的根拠と捉え、同号が定める刑事実体法に違反した行為が証拠収集の過程に介在したかどうかを判断基準として提示した答案も少なからず見受けられた。このような論旨が適切に展開されている答案は、相応に評価することができるが、単に再審事由を法的根拠とするにとどまり、論証が不十分と見られる答案は低い評価にとどまった。

また、文書提出命令制度において自己利用文書(法第220条第4号ニ)が提出除外文書とされている以上、この制度の利用を迂回して自力救済的に違法に証拠が収集された場合には、証拠能力を制限するといった趣旨の答案も少なからず見られた。自己利用文書が提出対象から除外される理由として、被侵害利益の重大性、とりわけプライバシーが問題になることを十分に意識できていると見られる答案は相応に評価されるのに対し、単に文書提出命令によらないで証拠を入手したことをのみを指摘する答案や文書提出命令制度につき用意した論証パターンを記載する答案、自己利用文書該当性の検討に終始し、違法収集証拠として排除されるかどうかの検討が不十分な答案は、低い評価にとどまった。

その他、弁論主義や自由心証主義を法的根拠とする答案もあったが、これらが直接的に証拠能力を制限する根拠となるものとは言い難く、例えば、自由心証主義が適切に機能するには適法に収集された証拠が提出される必要があるとの理由から、違法収集証拠の証拠能力を否定すべきと論ずるなど説得的に論じられていない限り、低い評価にとどまった。

次に、(b)は、(a)で提示した法的根拠及び判断基準を踏まえた当てはめを求めるものである。訴訟上の信義則を根拠とした場合には、違法収集証拠の証拠能力を否定する方向の要素として、証拠収集の手段・態様の違法性や被侵害利益の重大性を挙げるのが考えられる。前者については、YがXに無断でそのノートパソコンを使用し、電子メールの全てをUSBメモリに保存して持ち出したことを指摘する必要がある。また、後者については、本件メールの中に、Xの健康状態やXA間の子の学業成績に関する相談等の情報が含まれており、これらがXのプライバシーに関する情報であることを指摘する必要がある。他方、違法収集証拠の証拠能力を肯定する方向の要素としては、証拠の重要性や

真実発見の要請などを指摘することが考えられる。これらについては、XY間で本件動産の売買契約が締結されたことの証明に役立つ客観的証拠が他にないことを踏まえ、本件文書が唯一の客観的証拠であって、本件動産の売買契約の締結の証明にとって重要な間接証拠になることを指摘する必要がある。

当てはめについては、多くの答案において、(a)で提示した基準に従って、問題文中の事実を適切に摘示していた。もっとも、判断基準においてあらかじめ指摘した要素が少なかった結果、十分な当てはめができなかったものも少なからずあり、そのような答案は低い評価にとどまった。また、当然のことではあるが、(a)で提示した基準と(b)の当てはめが食い違う答案は、評価されない。論述を進めていく過程で新たな視点に気付くこともあろうが、答案を書き始める前に、結論まで整理して論述する必要がある。

また、証拠収集行為自体の違法性（反社会性）と（証拠収集行為の結果としての）被侵害利益の重大性とを明確に区別して、当てはめまでできている答案は、高く評価されるが、そのような答案は、それほど多くなかった。証拠の重要性や真実発見の要請について触れている答案もあまり多くなかった。証拠能力の有無の判断要素として、証拠の重要性を挙げる答案において、多くは、証拠価値が高い場合には、真実発見の要請からも証拠能力を肯定する方向に働く事情として評価していたものの、一定数の答案で、結論を左右する重要な証拠であるから証拠能力が否定されるべきとの結論を導くものがあった。しかし、違法収集証拠の証拠能力の有無を判断する場面においては、基本的には、違法な証拠収集行為によって侵害される者の利益と真実発見の要請が衝突するものと考えられ、証拠価値が高いことは、証拠能力を肯定する方向に働く事情として評価するのが論理的である。

イ 設問1のまとめ

設問1は、違法収集証拠の証拠能力に関する民事訴訟法上の規定の欠如、例外的に証拠能力の制限が要請される背景的事情、証拠能力の制限を正当化する法的根拠とその判断基準を論じ、これに基づき当てはめを行って結論を導くという民事訴訟制度の基本的な理解及び論述力を問うものであるところ、結論に至る過程までの論述の出来には相当の幅が見られた。

とりわけ、違法収集証拠の証拠能力を否定する議論の前提を明らかにすることに苦慮したと思われる答案が非常に多かった。民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力の問題は、出発点となるべき条文が存在しないという点に大きな特徴があるが、このことについての認識、理解が足りなかったことが主な原因であると推察される。また、条文が存在しない場合であっても、証拠能力を無制限に認めることに消極的な立場に立つときは、その理由が必要になるはずであるが、この点についての認識、理解も不足していたと言える。この結果、法的根拠あるいは判断基準として必ずしも適切とは言えない事項を法的根拠あるいは判断基準として論じた答案が少なからず見られた。具体的には、違法な証拠収集を助長するかどうか、あるいは、裁判に対する国民の信頼を損なうかどうか、といった弊害のおそれの有無を内容とする判断基準を提示した答案であるが、このような判断基準によって設問の事実関係について当てはめを行うことは、およそ困難であると思われる。(a)において適切な規範を定立してははじめ

て、(b)において適切な当てはめをすることができる。当てはめの段階で違和感を覚えるような場合には、自らが立てた基準自体を疑うといった姿勢が求められよう。

「優秀」に該当する答案は、上記の出題趣旨を正しく理解し、過不足なく適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、証拠能力の制限を正当化する法的根拠についての論述が物足りないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、基準の定立や当てはめが適切になされていないものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力について適切に論述していない答案は「不良」と評価される。

(3) 設問2について

ア 設問2の採点実感

設問2では、相殺の抗弁に対するいわゆる再相殺について、訴訟上の相殺の再抗弁は不適法であるが、訴訟外の相殺の意思表示の主張は適法と解されること（最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁参照）を前提として、第一審で訴訟外の再相殺の主張（再抗弁）が認められて請求認容判決がされた事案において、Xのみが控訴した場合の控訴審の審理判断の在り方について、具体的な事実関係を基に検討することが求められている。一見すると複雑な問題ではあるが、冷静に分析すれば、設例ごとの構図はそれほど複雑ではない。審理の順序や原判決が確定した場合の既判力、控訴裁判所の判決が確定した場合の既判力を分析し、整理することが肝要である。その上で、不利益変更禁止の原則を正確に理解し、当てはめて結論を出すという法的、論理的思考力が問われている。丁寧な当てはめをせず、結論のみを記載する答案が多く見られたが、裁判所の実体上の心証を基に、どのような論理展開を経て結論に至るのか、設例ごとに既判力が生ずる範囲について正確に分析し、思考の経路を丁寧に示す答案は、自然と高く評価された。これに対し、甲債権、乙債権、丙債権と複数の債権について、三つの場面が設定されて混乱したためか、事案を誤って認識している答案が散見されたが、このような答案は、低い評価にとどまった。要件事実のブロックダイアグラムを作成したり、事案を図示したりすることにより、問題状況を正確に把握することは、解答をする上での出発点になるものであり、法律実務家として必要な姿勢、能力であるところ、後者の答案は、これらが欠けていたと考えられる。

本問では、控訴審における不利益変更禁止の原則（法第304条）が問題となるところ、多くの答案では、この点が理解されていたものの、この点に全く触れない答案も見られた。この点は、上訴における基本的な知識であり、これを理解していない答案は、評価されない。また、不利益変更禁止の原則について、不利益性を判断するに当たり、第一審の判決と控訴審の判決を比較するという視点が欠如している答案も多く見られた。特に、単に「不利益だから、控訴棄却」とするのは、結論としては相当であっても、不利益変更禁止の原則を理解しているのかが明らかではない。試験である以上、その思考過程を明示して論ずべきである。また、法第304条の条文を摘示できていないもの

も少なくなかった。法第114条第2項により既判力が生ずる範囲についても、正確に押さえておく必要があるが、相殺に供された自働債権について、相殺が成立した場合における自働債権の不存在のみならず、相殺の成立以外の理由による自働債権の不存在についても既判力が生ずることを理解していない答案が一定数見られた。第一審の判決でも、控訴審の(イ)の判断及び(ウ)の判断の場合でも、いずれも乙債権の不存在の判断に既判力が生ずることになる。この点は、既判力の客観的範囲の例外を定めた法第114条第2項に関する基本的な理解であり、正確に習得することが求められる。

また、控訴審の審理の対象を「乙債権の弁済の有無」とのみする答案が少なからずあったが、設問の前提として「控訴審の審理の範囲は限定されるものではなく、甲債権と丙債権が審理の範囲に含まれる」ことが明示されており、問題文を読んで、解答すべきことを正確に理解しているのか疑問を持たざるを得ない。同様に、不利益変更禁止の原則を、審理の範囲の問題と捉えるものもあったが、不利益変更禁止の原則の理解が十分でないことに加え、問題文の理解も不十分であることがうかがわれる。加えて、控訴審手続に対する理解不足に起因するものと思われるが、法律用語を適切に用いることができていない答案が少なからずあった。また、第一審の判決につき確定的に既判力が生じたことを前提としているかのように読める答案も少なからずあったが、民事訴訟の基本的な仕組みを誤解しているとの疑いを招きかねないものである。

(ア)では、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される。この判決が不利益変更禁止の原則に違反するかについて、同原則の趣旨を踏まえ、控訴裁判所の判決が確定した場合と原判決が確定した場合の既判力の比較により検討することが求められる。甲債権の弁済による消滅を理由とする請求棄却判決は、Xにとって不利益変更にあたると解されるから、控訴裁判所は、控訴を棄却する旨の判決をするにとどめるべきことになる。なお、控訴裁判所のすべき判決として、「棄却判決」とする答案が少なからずあったが、「請求棄却」と「控訴棄却」とでは全く異なる判決であるから、これらが判然としない記述をするべきではない。「控訴棄却」と書くべきところを「請求棄却」とする答案も散見された。また、「控訴裁判所は(ア)のような判決をする」、「控訴審裁判所は心証どおりの判決をする」とのみ記載し、どのような判決をするのか明示しない答案も一定数見られたが、民事訴訟法の答案として、適切なものとはいえず、評価されない。

(イ)においても、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される。丙債権による乙債権との相殺の効果は生じず、乙債権による相殺の判断が必要となり、甲債権と乙債権が相殺で消滅する結果、請求棄却であるというように、判断の過程について、順を追って一つ一つ説明できている答案は、相対的に高く評価された。また、ここでも不利益変更禁止の原則の適用を検討する必要があるが、具体的な事実関係の下で、相殺の判断に係る既判力（法第114条第2項）を検討した上で、請求棄却判決がXにとって不利益変更に当たることを指摘することが期待されたが、乙債権と丙債権の不存在についての既判力の検討までしている答案は、ごく少数であった。

(ウ)では、控訴裁判所も請求認容判決をすることが想定されるものの、乙債権の弁済による消滅により、訴訟外の相殺の主張につき判断が不要となる点を指摘し、原判決の理由中でされていた丙債権による相殺に係る判断が控訴裁判所の判決ではなされないという帰結について検討することが求められる。訴訟外の相殺の主張の判断に法第114条第2項の適用を認める通説では、丙債権に係る判断につき既判力の範囲に変更が生ずることから、控訴裁判所は、原判決を取り消し、Xの請求を認容する旨を主文とする判決をすべきことになる。この点について、原判決が確定した場合には、丙債権の不存在に既判力が生ずるが、控訴審判決については、これが確定しても丙債権の不存在に既判力が生じず、控訴審判決の方が有利であるとの点に言及し、論じている答案は、相対的に高く評価された。なお、丙債権による乙債権との相殺については、訴訟外で既に相殺がされたことを訴訟において主張するものであるが、この場合にも法第114条第2項が適用ないし類推適用されることについて検討している答案は、高く評価された。多くの答案は、第一審と控訴審で請求についての判決主文には変わりがないものの、原判決を取り消すべき理由が十分に説明できておらず、低い評価にとどまった。Xに利益でも不利益でもないとする答案もあったが、そうであれば、法第302条第2項により控訴棄却となる。第一審判決を取り消すには、丙債権に関する判決理由中の判断に着目し、既判力に関わる変更を指摘する必要がある。また、単に「控訴認容」とだけ解答する答案もあったが、どのような判決になるのか具体的に記述すべきである。なお、訴訟外の相殺について、法第114条第2項の既判力は生じないとの立場で論ずる答案も少なからずあったが、通説の論拠も踏まえて自説の適切な論証がされていれば、相応に評価されるものの、そこまでの答案は少なく、結果として低い評価にとどまった。また、この立場による場合には、原判決でも控訴審判決でもこれらが確定した場合には、丙債権の不存在について既判力が生じない点に変わりはないから、控訴棄却との結論になるが、ここまで論ずることのできる答案はほとんど見られなかった。また、判決の主文に、乙債権が認められないなどと記載するかのような答案、400万円の支払を命ずる答案など民事訴訟の基本的な理解が足りない答案も見られたほか、学習が後回しになりがちな上訴に関する分野とはいえ、「原判決を破棄する」のように法律用語を正確に用いていない答案も見られた。

イ 設問2のまとめ

設問2は、控訴審における不利益変更禁止の原則という問題を通して、民事訴訟の基本的な理解を踏まえた論理的思考力及び論述力を問うものであるところ、多くの答案が不利益変更禁止の原則が問題になることを理解していたが、判決効（既判力）を基準として不利益性を評価すべきことを明示できていた答案は、それほど多くなかった。そのため、(ア)、(イ)では、それなりの論述ができていたとしても、(ウ)において、原判決を取り消すべき理由が十分に説明できておらず、低い評価にとどまった。また、思考の過程を丁寧に論ずることができたかどうかによっても、相当の差がついた。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、(ア)、(イ)、(ウ)を通して、適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出

題趣旨をおおむね正しく理解しているが、例えば、訴訟外の相殺の主張の判断につき法第114条第2項の適用の有無を論じないなど、論述がやや物足りないものなどである。「一応の水準」に該当する答えは、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、判決効（既判力）を基準として不利益性を評価すべきことが適切に論じられていないものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、控訴審における不利益変更禁止の原則について看過しているような答えは「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 課題1の採点実感

設問3の課題1では、甲債権を認めて、XのYに対する請求を認容する旨の判決が確定した後、XがYの補助参加人であったZに対して甲債権に係る保証債務の履行を請求したという場合において、XY間の確定判決が、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において何らかの拘束力を及ぼすかを問うものである。確定判決の拘束力としては様々なものを想定し得ることから、それらを広く取り上げた上で、それぞれの拘束力について十分に検討をすることが期待される。一例を挙げるならば、通説の立場から、Zは、法第115条により既判力の拡張を受ける者ではないこと、法第46条の効力は、参加人と被参加人との間の敗訴責任の共同分担という根拠から認められる特別な効力（参加的効力）であって、参加人と相手方との間に生ずることは想定されないことを論じた上で、さらに、争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力の作用を認め得るか、を論ずることが考えられる。

既判力については、法第115条を引用し、既判力はZには拡張されないことを簡潔に論じた答えは高く評価された。これに対し、既判力の定義、根拠、法第114条第1項の趣旨など本問では無用の議論に字数を費やしながらか、結論を支える理由が欠けているものや、既判力と参加的効力の区別が十分についていないために、いつのまにか法第46条の議論に移行しているものは、低い評価にとどまった。法第46条の効力を既判力とする答案もあったが、この見解について、十分な理解がないまま既判力として論ずるものは、低い評価にとどまった。また、既判力、参加的効力、反射効の区別が全くできていない答案も散見された。既判力の主観的範囲の問題を検討することなく、当事者ではない補助参加人にも既判力が及ぶとする答案も見られたが、このような答案は、全く評価されない。既判力は訴訟物に係る紛争についての蒸し返しを禁止する強い制度的効力であるにもかかわらず、安易に既判力の拡張を認めようとする答案も少なくなかった。

参加的効力については、これを課題1において論じない答案も少なからずあったが、法第46条が想定する被参加人と補助参加人との間の訴訟に関するものではないといえ、既判力の拡張を否定する以上、補助参加人に対する裁判の効力を定めた明文規定に関する検討を怠るべきではない。相手方と補助参加人との間に参加的効力が及ぶかという問題の所在を的確に捉えている答案は、半数程度にとどまった。通説的な見解に立脚した上で、敗訴責任の共同分担という趣旨が妥当するのは、参加人と被参加人との間に限定される結果、参加人と相手方との間には参加的効力は生じないと丁寧に論ずるものは、高く評価され

た。これに対し、特に検討することなく、相手方と補助参加人との間にも当然に参加的効力が及ぶものと解している答案は、評価されない。また、参加的効力に言及しながら、その主観的範囲を示すことなく、参加的効力の除外事由を検討し、本件において参加的効力は生じないとするものが多く見られたが、このような答案は、参加的効力が本来被参加人と補助参加人との間に生ずる効力であることを看過していることから、参加的効力の基本について理解が不十分であると評価せざるを得なかった。

争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力については、丙債権に対する弁済についての検討と甲債権に係る債務の免除についての検討を分けた上で、その違いを具体的に検討しているものについては、高く評価された。一方、「争点効の当否が問題となるが、明文規定がないから認められない」と記載するにとどまるなど、最低限の考察すらされていないものは、低い評価にとどまった。

反射効については、本件においては、保証人に不利な効力が問題となっているという事案の特徴を踏まえ、実体法あるいは法第115条の基礎となる考え方に照らして、具体的な検討をしている答案は、相応に評価された。これに対し、反射効は、実体法上、保証債務は主債務に対して付従性（民法第448条第1項）を有することから、主債務が消滅した場合には、保証債務も消滅するという関係が存在することに鑑み、主債務を不存在とする判決が確定した場合には、保証人も同判決の効果を援用して保証債務の消滅を主張することができるという意味で保証人に有利なものであるところ、主債務者が敗訴した本件においてこのような反射効が保証人により援用される余地はない。それにもかかわらず、反射効を認める答案もあり、事案に即した検討ができていないものであって、評価されるものではない。また、「明文の規定を欠く」、「既判力の本質に反する」、「紛争の一次的解決に資する」、「手続保障が」などの抽象論に終始するものについても、反射効を理解していなくても書ける内容であって、それだけで評価されるものではない。

イ 課題2の採点実感

課題2は、XのYに対する請求認容判決の確定後、保証債務を履行したZがYに対して求償請求訴訟を提起した場合に、XのYに対する請求認容判決に係る法第46条の効力をZが援用し得るか、という点を問うものである。補助参加人による被参加人に対する同条の効力の援用が、同条の根拠から正当化し得るか、という点を、同条自体は、被参加人から補助参加人に対して同条の効力を援用する場合を想定していることを踏まえて論ずることが期待される。例えば、法第46条の根拠を敗訴責任の共同分担と捉える立場からは、補助参加人から被参加人に対して同条の効力を援用することは認められてしかるべきであると論ずることが考えられるが、このように論ずる場合には、同条が被参加人から補助参加人への援用を想定していることとの整合性をどうつけるかについても一定の説明が求められる。

しかしながら、設問にそのヒントが示されているにもかかわらず、法第46条の条文構造と本課題の状況との mismatch に気付いている答案は、ごく少数であった。典型的な論点ではないが、問題文をよく読めば、手掛かりはつかめ

るはずである。L2の最後の発言において、「この場合は、前訴である本件訴訟の補助参加人が被参加人に対して前訴確定判決を援用するという珍しい構図になって」いる旨の指摘に注目し、法第46条柱書の「補助参加人に対してもその効力を有する」という文言から、同条は「被参加人が補助参加人に対して」前訴確定判決を援用するという構図を想定していることに気付けば、民事訴訟法の想定と本案とは、援用の主体と相手方が逆転しているという関係に思い至ることが可能である。いずれにしても、条文の文言の内容や構造、その趣旨を関連付けた理解を出発点とする基本的な学習の姿勢がいかに重要であるかを再度確認してほしい。

補助参加人による参加的効力の援用を、法第46条の文言自体は予定していないように解し得ることを踏まえた上で、参加的効力が認められる根拠と同条の文言の双方に折り合いをつけながら、一定の結論を論証する答えは、高く評価された。多くの答えが法第46条の根拠論から検討していたが、積極的に補助するために参加したわけではない被参加人が不利な参加的効力に拘束される理由について指摘する答えは、必ずしも多くはなかった。また、事案に即した検討をすることも、論ずる実益を示すこともないまま、参加の利益について長々と記述するなど、単に補助参加に関する論証パターンを記述している答えが少なからずあったが、このような答えは、評価されない。その他には、YZ間で求償をめぐる利害対立が生じているので参加的効力は生じないとする答えも見られたが、参加的効力が生ずる典型例をそもそも理解していないことがうかがわれる。また、参加的効力を及ぼすことが、どちらの当事者の利益になるかという点が混乱している答えもあった。ZがYに対して求償をする場面において、YがZの訴訟行為を妨げたことを理由に、法第46条第3号に当たるとして、Zが参加的効力を主張することができないとすることは、Yが甲債権の不存在を改めて主張することができることになり、実際の訴訟であれば、おかしい主張になることに気が付くべきであろう。

ウ 設問3のまとめ

設問3の課題1は、確定判決に基づく何らかの拘束力について特段の限定をせず問うているので、既判力、参加的効力、争点効を含めた信義則上の拘束力等が検討の対象となり得る。これらの判決効を広く取り上げた上で、それぞれについて十分な検討をした答えは、高く評価された。課題2は、典型的な論点ではないが、法第46条の条文構造と本課題の状況とのミスマッチに気付き、一定の論証をするものが高く評価された。いずれも一筋縄ではいかない設問ではあるが、条文、制度趣旨、そして、原理原則を出発点として、丁寧な論理の積み重ねをしていけば、正答することは十分に可能である。実際に、そうした基本に忠実な思考の展開をすることができた答えは、少なくなかった。

「優秀」に該当する答えは、上記のとおり、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答えは、例えば、課題1で十分な論述をしつつ、課題2では、参加的効力が認められる根拠に照らして、補助参加人による援用は認められるべきであるとする一方で、法第46条の文言自体はそのようなことを予定していないように解し得ることに意識が向いていないものなどで

ある。「一応の水準」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、一部の効力についての検討にとどまるものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、出題趣旨を正しく理解しないものや、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

なお、「第46条第1項第3号」や「第46条本文」など法第46条の摘示を正確にすることができない答案が一定数あった。日頃の学習における条文の軽視、すなわち、基本の軽視という姿勢の現れであるといえる。

4 法科大学院に求めるもの

本年の問題に対しても、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題趣旨とは関係のない論述や解答に必要な論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解が十分な水準に至っていないと思われる答案も一定数あった。これらの結果は、受験者が民事訴訟の体系的な理解と基礎的な知識の精確な取得のために体系書や条文を繰り返し精読するという地道な作業をおろそかにし、依然として論点主義に陥っており、個別論点に対する解答の効率的な取得を重視しているのではないかとの強い懸念を生じさせる。また、法を解釈してその内容を具体化し、事実から適切なものを拾い上げて当てはめていくという堅実な法適用が軽んじられているのではないかと強く懸念される。例年指摘しているように、条文の趣旨や判例、学説等の精緻な理解を駆使して、日々生起する様々な事象や問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に望まれるところであり、このような能力は、基本法制の体系的な理解と基礎的な知識の修得、論理的な思考の日々の訓練という地道な作業によってこそ涵養され得るものと思われる。本年においては、設問1や設問3の課題2が定型的な論証を暗記するだけでは解答が難しく、設問2においては、論理的思考力も試されており、上記のような法律実務家に望まれる能力が求められる問題であったが、高い評価に値する答案は少なかったことに鑑みると、上記の地道な作業が敬遠されているのではないかと危惧される。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導いただきたい。以上は、例年指摘しているところであるが、本年も重ねて強調したい。

また、民事訴訟法分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者を関連付けて理解を深めることが重要である。本年の問題においては、設問2を解答するに当たっては、要件事実の構造や上訴について理解している必要があるところ、要件事実の理解が十分ではないのではないかと懸念される答案が少なくなかった。また、法律実務家になれば、すぐに上訴の問題に直面することが予想されることからすると、法科大学院においても、上訴に関する教育に配慮することが望まれる。実務と関連付けることなく、民事訴訟法の効果的な学習を進めることは難しいと思われ、法科大学院においては、法廷傍聴や模擬裁判等の演習を積極的に活用するなど、今後とも、より一層、理論と実務を架橋することを意識した指導の工夫を積み重ねていただきたい。

模範答案

1

設問 1

1 課題(a)

民事訴訟にける事実認定は裁判所の自由な心証に委ねるという自由心証主義（民事訴訟法（以下法令名略）247条）が採られており証拠の評価は裁判所に委ねられている。そして、違法収集証拠の証拠能力を制限する規定は民事訴訟法上存在しない。そのため、違法収集証拠の証拠能力は原則として否定されないものと考えられる。しかし、違法収集証拠の証拠能力を一切否定しないことになれば、当事者による違法不当な証拠収集活動を助長し、司法の廉潔性を損なうおそれがあるから、一定の場合には訴訟上の信義則（2条）を根拠に証拠能力を否定されるべきであると考ええる。

そこで、真実発見の要請及び手続の公正性、違法不当な収集活動抑止の要請に照らし、証拠収集の方法や態様の違法性、法益侵害の重大性、当該証拠の当該訴訟における証拠としての重要性等を比較衡量し、当該証拠を取り調べるのが訴訟上の信義則（2条）に反するといえる場合には、例外的に証拠能力が否定されるものと考ええる。

2 課題(b)

本文書は、Xのノートパソコン内に保存されていた本件メールの内容をプリントアウトしたものであるところ、本件メールにはXの健康状態やX A間の子の学業成績に関する相談内容が記載されている。これらの情報はXが他者にその公開を欲しないものであるといえるから、これを証拠として取り調べることはXのプライバシーを侵害することになる。しかし、これらの情報は性的指向や信仰等に比べればセンシティブ

2

なものとはいえず、秘匿の必要性が特に高いものとはいえない。

次に、YはXが送受信した電子メールの全てを自己のUSBに保存しており、本件紛争に関係のないプライバシー情報が含まれている可能性のあるメールを広範囲にわたって自由に閲覧可能な状態にしてしまっているから、プライバシー侵害は重大であるとも評価し得る。また、YがXのノートパソコンを閲覧するに至ったのは、Yが本件紛争が訴訟に発展する可能性が高いと考え、自己に有利な証拠を探すためであり、証拠収集方法としては相手方の不注意に付け込んで自己の優位を確保するという点で不当な意図に基づくともいい得る。

しかし、Xのノートパソコンを閲覧できる状態に至ったのはXがコンビニエンスストアに一人で赴いたからであり、YがXをだますような手段を使ってノートパソコンからXを遠ざけたわけではなく、偶然的事情に基づくとも評価できる。また、Xのノートパソコンを閲覧してメールを全て保存するという行為は犯罪行為に該当するわけではなく、極めて悪質なものとまではいえない。

さらに、本文書は相殺の抗弁における自働債権である乙債権の発生原因事実である令和3年8月4日における本件動産売買契約締結事実の存在を強く推認させるものであり、その事実の証明に役立つ証拠といえる。本件動産についてのやり取りは全て口頭でなされ、引渡しもYがXに直接交付することによりなされたため、本件動産の売買の証明に役立つ証拠がなかったことからすれば、本文書は、相殺の抗弁の当否を判断するための唯一の証拠といってよく、証拠としての重要性は高いといえる。

よって、Yの証拠収集方法はXのプライバシーを侵害する不当な態様

3

による側面は否定できないものの、その程度は本件文書の証拠としての重要性を上回ることはないといえるから、本件文書を取り調べるのが訴訟上の信義則に反するとまではいえない。したがって、本件文書の証拠能力は認められる。

設問2

1 不利益変更禁止原則違反の判断枠組み

控訴裁判所は、不服申立ての限度でのみ、第一審判決の取消し及び変更をすることができる（304条1項）。よって、控訴裁判所は、相手方の控訴又は附帯控訴がない限り、不服申立ての範囲を超えて、控訴人の不利に第一審判決の取消し又は変更をすることができない（不利益変更禁止原則）。控訴人に不利か否かは、第一審判決と控訴審判決とが仮に確定した場合に生じる既判力の範囲を比較して判断する。

2 既判力の客観的範囲

既判力とは、前訴確定判決の判断に生じる後訴への拘束力をいう。既判力の趣旨は紛争の蒸し返し防止であり、当事者の紛争の主眼は訴訟物であるから、訴訟物の有無に拘束力が生じればよい。よって、「主文に包含するもの」（114条1項）とは訴訟物を指すものとする。また、114条2項の趣旨は、反対債権についての紛争の蒸し返しを防ぐ点にあるから、相殺の抗弁の反対債権として主張された債権がそもそも存在せず、又は、相殺以外の原因で債権が消滅した場合も反対債権の不存在に既判力が生じ、同条項は訴訟外の相殺の主張にも適用されるものとする。

3 相殺の抗弁の性質及び審理方法

4

相殺の抗弁における反対債権の不存在についての蒸し返しを防ぐ必要性は、その抗弁について裁判所が審理判断して初めて生じるから、相殺の抗弁が審理されない場合は114条2項による既判力は生じない。

4 個別具体的検討

(1) (7)の場合

第一審裁判所は、訴訟物である甲債権及び相殺の抗弁の反対債権として主張されている乙債権の発生はいずれも争いなく、これらに対する弁済の事実認められ、訴訟外の相殺の再抗弁の反対債権である丙債権の存在も認められ、Xの相殺の意思表示によって乙債権と丙債権が消滅したとの心証に至り、Xの請求を認容する旨の判決がなされている。仮にこの判決が確定すれば、訴訟物である甲債権の存在について114条1項に基づき、乙債権と丙債権の不存在について114条2項に基づき既判力が生じる。

控訴裁判所は、甲債権は弁済によって消滅したと判断しているため、相殺の抗弁以下については判断されない。よって、この判断どおりの判決が確定した場合には甲債権は存在しないとの判断のみに既判力が生じる。

以上より、控訴審の判断どおりの判決が確定した場合、甲債権が存在しないという既判力が生じるという点で、甲債権が存在するという判断に既判力が生じる第一審判決よりもXに不利であるといえるから、第一審判決を取り消して控訴審の判断どおりに自判すれば不利益変更禁止原則に違反する。よって、控訴裁判所はXの控訴を棄却する判決をすることになる。

5

(2) (i)の場合

控訴裁判所は甲債権と乙債権はいずれも弁済による消滅はしていないと判断しているため、訴訟外の相殺の再抗弁の審理をする必要がある。しかし、丙債権の存在は認められないとの判断に至っているため、相殺の再抗弁は認められず、乙債権を反対債権とする相殺の抗弁が認められることになる。よって、甲債権、乙債権及び丙債権いずれも存在しないという判断に既判力が生じることになる。

以上より、控訴審の判断どおりの判決が確定した場合、甲債権が存在しないという既判力が生じるという点で、甲債権が存在するという判断に既判力が生じる第一審判決よりもXに不利であるといえるから、第一審判決を取り消して控訴審の判断どおりに自判すれば不利益変更禁止原則に違反する。よって、控訴裁判所はXの控訴を棄却する判決をすることになる。

(3) (ii)の場合

控訴裁判所は甲債権は弁済による消滅はしていないが、乙債権は弁済により消滅したという判断に至っている。甲債権は存在する認定であるから、乙債権を反対債権とする相殺の抗弁を審理する必要はあるものの、乙債権は存在しないとする認定であるから、丙債権を反対債権とする相殺の再抗弁の審理に入る必要はない。よって、甲債権が存在し、乙債権は存在しないという既判力が生じ、丙債権の存否に既判力は生じない。

以上より、控訴審の判断内容どおりの判決を確定した場合、丙債権の存否に既判力が生じないという点で、Xに有利であるといえるか

6

ら、控訴審の判断どおりに自判することは不利益変更禁止原則に違反しない。よって、控訴裁判所は、原判決を取り消し、Xの請求を認容する自判をするべきである。

設問3

1 課題1

(1) 既判力(114条1項)

既判力は「当事者」(115条1項)に生じるのが原則であり、例外的に同条項2号ないし4号に該当する者に及ぶ。Zは本件訴訟の補助参加人であって、「当事者」に当たらない。本件訴訟はYが訴訟担当として訴訟進行したわけではないので同条項2号の適用はなく、Yの地位をZが承継したわけでもないので同条項3号の適用がない上、「請求の目的物を所持」しているわけでもないので同条項4号にも該当しない。

よって、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において、前訴確定判決の既判力が後訴に作用することはない。

(2) 参加的効力(46条柱書)

46条柱書の趣旨は、補助参加人と被参加人間の敗訴責任の公平な分担にあるから、「効力」(同条柱書)は補助参加人と被参加人間で生じるものであると考える。よって、そのいずれにも該当しないXには「効力」は及ばない。XのZに対する保証債務履行請求訴訟において、「効力」は後訴に作用しない。

(3) いわゆる反射効

反射効とは、当事者間に既判力の拘束のあることが、当事者と実体法上特殊な関係すなわち従属関係ないし依存関係にある第三者に、反

7

射的に有利又は不利な影響を及ぼすことをいう。

実体法上保証債務は主債務に対して付従性（民法448条1項）を有することから、主債務が消滅した場合には、保証債務も消滅するという関係が認められる。そのため、主債務を不存在とする判決が確定した場合には、保証人も同判決の効果を援用して保証債務の消滅を主張することを許す余地はある。しかし、本問のように主債務が存在するという判決が確定している場合は、主債務が存在すれば保証債務が存在するという論理関係は認められないから、保証債務履行請求訴訟において主債務が存在するという判断に保証人が拘束されるという意味の反射効を認める余地はない。よって、本問でも反射効による拘束力は生じない。

(4) 2条に基づく信義則上の拘束力

民事訴訟法上明文がない場合であっても、実質的な紛争の蒸し返しと評価できる場合には信義則上前訴確定判決の判断内容を争うことはできないと考えるべきである。補助参加人は当事者ではないものの、一切の訴訟行為をすることができる以上（45条1項本文）、訴訟当事者の場合と別異に捉える必要はない。具体的には、紛争の蒸し返しを防ぐ必要性と蒸し返しを禁止することについての許容性を比較衡量して判断する。

前訴確定判決では訴訟物である甲債権が存在するとの判断が示されているところ、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において、Zが主債務たる甲債権の存在を争うことは前訴確定判決の判断に矛盾する主張となるため、前訴の蒸し返しとも評価し得る。もっとも、Zは免除の主張

8

や自身の証人尋問の申出をしたものの、Yが免除の事実はない旨主張するとともに、Zの証人尋問の申出を撤回したことにより（45条2項参照）、Zの免除の事実についての主張立証は妨げられており、Zの手續保障は十分とはいえない。したがって、Zによる甲債権不存在の主張を封じる程度まで手續保障が十分であったとはいえないから、2条に基づく信義則上の拘束力は後訴に作用しない。

2 課題2

参加的効力を定める46条柱書は、「補助参加にかかる訴訟の裁判は、次に掲げる場合を除き、補助参加人に対してもその効力を有する。」としており、補助参加人に判決効が拡張されることを想定した表現を採っている。これは、参加的効力が、後日の被参加人補助参加人間の訴訟において、被参加人側から、前訴判決中の判断が不当であり、それが被参加人の訴訟進行の不十分さによるものであるとして、敗訴の責任を被参加人に帰させることを防止する趣旨に基づくものである。そうである以上、参加的効力の援用は本来的には被参加人からなされるものであって、補助参加人からの援用は想定されていないとも考えられる。しかし、敗訴責任の公平な分担を図るべきことからすれば、補助参加人側からも同様に参加的効力の援用を認めるべきであると考えられる。

よって、ZのYに対する求償の訴えにおいて、仮にYが前訴確定判決の訴訟物である甲債権が存在しないという主張をしたとしても、本件訴訟の補助参加人であるZから「効力」（46条柱書）の援用をすれば、Yの当該主張が排斥されるという前訴確定判決の「効力」が作用するといえる。

以上