

令和6年予備試験 民事訴訟法

問題文

〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、1：1）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

Xは、伝統工芸品の製作を手掛けている芸術家である。Yは、Xの製作活動を支援しており、Aを代理人として、Xの工芸品を頻繁に購入していた。

Xは、新作の工芸品が完成した旨をAに伝えたところ、Yが300万円で購入を希望しているとAから聞いた。そこで、Xは、いつものようにAを通じて、新作の工芸品を300万円でYに売り渡した（以下、この契約を「本件契約」といい、本件契約の売買代金を「本件代金」という。）。しかし、本件代金が支払われないので、XがYに事情を直接聞いたところ、Yは、Xに対し、Aから新作の工芸品の話など聞いたことはなく、Aにその購入を依頼した覚えもないことから、本件代金を支払うつもりはないと答えた。また、Yは、Xに対し、現在、Aとは連絡が取れなくなっていることも伝えた。その後、Xは、弁護士L1を訴訟代理人として、Yに対し、本件代金300万円の支払を求める訴えを提起した（以下「本件訴訟」という。）。これに対して、Yは、弁護士L2を訴訟代理人として本件訴訟に応訴し、X・Y間の本件契約の成立を争った。弁論準備手続における争点整理の結果、本件訴訟においては、本件契約における代理権の授与の有無及び表見代理の成否が主要な争点となった。

〔設問1〕

弁論準備手続終結後の人証調べは、前記の争点について行われた。結審が予定されていたその後の口頭弁論期日において、L2は、YがXに対して有する貸金債権300万円（弁済期は本件訴訟の提起前に既に到来していた。）を自働債権とし、本件代金に係る債権を受働債権として、対当額で相殺する旨の相殺の抗弁を新たに主張した。L1がL2に対して、相殺の抗弁を弁論準備手続の終結前に主張することができなかった理由について説明を求めたところ、L2は、「相殺の抗弁は自己の債権を犠牲にするものであるから、初めから主張する必要はないと考えていた。」と述べるとともに、「相殺権の行使時期には法律上特段の制約がなく、判例によれば、基準時後に相殺権を行使したことを請求異議の訴えの異議事由とすることも許容されている以上、弁論準備手続の終結後に相殺の抗弁を主張することも許容されるべきである。」と述べた。L1は、本件訴訟の開始前から相殺適状になっており、仮定的抗弁として主張することができたにもかかわらず、それをしなかった理由について更に説明を求めたが、L2からは前記の説明以上の具体的な説明はされなかった。そこで、L1は、相殺の抗弁は時機に後れた攻撃防御方法に当たるとして、その却下を求めた。

この場合において、裁判所は相殺の抗弁を却下すべきかについて、検討しなさい。

〔設問2〕（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

主要な争点が明らかになったため、Xは、Aに訴訟告知をした。しかし、Aは、本件訴訟に参加しなかった。その後、本件訴訟では、弁論準備手続が終結し、人証調べが行われた。その結果、YはAに代理権を授与しておらず、また、表見代理の成立は認められないことを理由として、Xの請求を棄却するとの判決がされた（以下「前訴判決」という。）。

前訴判決の確定後、Xは、Aは無権代理人としての責任を負うとして、Aに対して本件代金300万円の支払を求める訴えを提起した（以下「後訴」という。）。これに対して、Aは、応訴し、AはYから代理権を授与されていたと主張した。

Xは、上記のようなAの主張は訴訟告知の効果によって排斥されるべきであると考えている。Xの立場から、Aの主張を排斥する立論を、判例を踏まえて、展開しなさい。なお、解答に当たっては、Aが補助参加の利益を有していたことを前提として論じなさい。

第1 設問1について

1 設問1は、L2が主張した相殺の抗弁が時機に後れた攻撃防御方法に当たるとして却下されるかが問題であるため、答案では157条1項の要件を検討することになる。

2 ①「時機に後れて提出した」ものであること

①の要件は、訴訟手続の具体的な進行状況やその攻撃防御方法の性質から、より早期に提出することが期待できる客観的事実があったかどうかをもって判断する。

本件代金債権と貸金債権は本件訴訟の開始前から相殺適状となっているから、相殺の抗弁の主張に客観的な障害はなかったといえる。また、本件訴訟では弁論準備手続が行われ争点整理が行われていることも踏まえると、相殺の抗弁が自己の債権を犠牲にするという性質があるとしても、より早期に提出することが期待できる客観的事実があったといえるであろう。

よって、①の要件は充足する。

3 ②「故意又は重大な過失」によるものであること

②の要件は、審理経過、法律知識の程度、攻撃防御方法の種類等を考慮して判断する。弁論準備手続終了後の攻撃防御方法の提出について、相手方の求めがある場合には弁論準備手続終了までにその攻撃防御方法を提出できなかった理由について説明義務を負うところ(174条、167条)、この説明義務を履践できなかった場合、重過失が推定されると解されている。

本問では問題文にL2の相殺の抗弁を主張できなかった理由の説明がなされているため、これが合理的といえるかについて検討することになる。

L2は相殺の抗弁の提出が許されると考える理由として、「相殺の抗弁は自己の債権を犠牲にするものである」し、「相殺権の行使時期には法律上特段の制約がなく、判例によれば、基準時後に相殺権を行使したことを請求異議の訴えの異議事由とすることも許容されている以上、弁論準備手続の終結後に相殺の抗弁を主張することも許容されるべきである」と述べている。ではL2の説明は合理的か。

時機に後れた攻撃防御方法の却下について規定する157条の趣旨は適時提出主義の実現と相手方当事者の信頼の保護、すなわち1つの手続内での問題である。

これに対して、基準時後に相殺の抗弁の提出が可能であるという議論は前訴の既判力ある判断を後訴で争えるかという、2つの手続に跨った問題である。そのため、両者は前提となる問題状況が異なる。

たしかに後訴で相殺の抗弁の提出が認められるのであれば、前訴での提出を許容してよいようにも思えるが、実際に後訴が提起されるか分からない以上、前訴における相手方当事者の信頼は保護されなければ157条の趣旨を全うすることはできない。

そうすると、L2の理由の説明は相殺の抗弁を提出できなかった根拠にならないといえる。

加えて、L2が弁護士であり専門的判断が可能であることからすればL2の説明は合理的なものとはいえない。

よって「重大な過失」が認められる。

4 ③「訴訟の完結を遅延させる」場合であること

③の要件は、提出された攻撃防御方法の審理がなければ直ちに弁論を終結し得るのに、さらに期日を開かなければならない場合をいう（絶対的遅延概念）。これに対し、当該攻撃防御方法について審理を行った場合の訴訟完結時期と仮に適切な時期に当該攻撃防御方法が提出された場合における訴訟の完結時期とを比較して判断する考え方（相対的遅延概念）もあるが、適切に提出された場合の訴訟完結時期を予測することが困難という難点がある。解答例では前者の立場によっている。

これを本件についてみると、相殺の抗弁を却下しない場合、別途の反対債権の存否についての証拠調べが必要となるため、改めて期日を開く必要が生じることになる。

よって、「訴訟の完結を遅延させる」の要件も認められる。

さらに、本問でL2の理由の説明では、相殺の抗弁が基準時後でも請求異議訴訟で主張可能であることについて言及があるため、これについて「訴訟の完結を遅延させる」の要件で言及することも可能であると思われる。

相殺の抗弁を却下した場合、Y側としては執行段階で請求異議の訴えを提起し、その段階で再度相殺の抗弁を主張することが考えられる。そうすると、本件訴訟と請求異議の訴えの一連の手続を一体としてみた場合、相殺の抗弁を却下する方が却下せずに審理する場合よりも訴訟の完結時期が遅くなるとも思えるためである。

しかし、先に述べたとおり時機に後れた攻撃防御方法の却下の制度は、適時提出主義（156条）の実現と相手方当事者の保護のためのものであるから、相殺権の行使が請求の異議の訴えの異議事由となることは全く異なる問題である。したがって、基準時後に相殺の抗弁が提出される可能性があったとしても「訴訟の完結を遅延させる」という要件を否定することにはならない。

5 以上より、157条1項の要件を充足するため、裁判所は相殺の抗弁を却下すべきである。

第2 設問2について

1 設問2は、Xの立場から判例を踏まえて訴訟告知の効果（参加的効力）によってAの主張を排斥する立論をすることが求められている。検討すべき事項は主として①訴訟告知によって参加的効力を及ぼすことのできる場面、②参加的効力の客観的範囲が考えられる。

2 ①について、訴訟告知によって参加的効力を及ぼすには、i 補助参加の利益が認められれば参加的効力を及ぼすことができるという立場と、ii 参加的効力を及ぼすためには補助参加の利益があるだけでは足りず、被告知者の訴訟協力が定型的に期待できるような場面である必要があるという立場が存在する。

本問ではAに補助参加の利益が認められることが前提となっているためiの立場であれば当然に参加的効力を及ぼすことができる。また、代理権授与が認められずXが敗訴した場合、AはXに対して無権代理人としての責任を負う関係にあるため、Aとしては無権代理人の責任を回避するためXとの訴訟協力が期待できるといえる。そのため、iiの立場を前提にしても参加的効力を及ぼすことができる。

3 ②について

判例（最判昭 45.10.22【百選 98】・最判平 14.1.22【百選 99】）は、参加効力の客観的範囲について、「判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけでなく、その前提として判決の理由中でなされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものと解する」（昭和 45 年判例）、判決理由中の判断とは、「判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであって、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解される」（平成 14 年判例）と判示している。

そのため、上記の判例を踏まえると、前訴での代理権授与についての判断が判決主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断に当たるかについて検討することになる。すなわち、本件訴訟を要件事実の観点から分析していくことになる。

本件訴訟の請求原因は、(a)代理人と相手方の間の法律行為、(b)(a)の際、代理人が本人のためにすることを示したこと（顕名）(c)(a)に先立ち、本人が代理人に(a)についての代理権を授与したことである。

そして、本件訴訟では、YはAに代理権を授与しておらず、また、表見代理の成立は認められないことを理由として、Xの請求を棄却するとの判決がなされている。そうすると、代理権を授与していないという裁判所の判断は判決主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断といえるため、参加効力が生じる。

よって、後訴におけるAの主張は参加効力により排斥されることになる。

〔出題趣旨〕

〔設問1〕は、民事訴訟法（以下「法」という。）第157条第1項の「時機に後れた攻撃防御方法の却下」についての問題である。法第157条第1項の要件とその適用に関する理解を、具体的な事例を通して問うものである。

〔設問1〕では、法第157条第1項が定める①時機に後れた、②故意又は重過失、③訴訟の完結の遅延の各要件についての基本的な理解と事例に即した分析及び検討が求められている。つまり、条文の基本的な理解を基に、事例において問題となっている攻撃防御方法が相殺の抗弁であること、また、この相殺の抗弁が争点整理手続（弁論準備手続）の終了後に提出されたものであり、争点整理手続の終了前に提出することができなかった理由の説明を求められている（法第174条、第167条）ことなどを踏まえて、これらが法第157条第1項のどの要件と関連してくるのかを検討し、その適用の有無について論理的かつ説得的な結論を導くことが期待されている。

〔設問2〕は、訴訟告知の効果に関する問題である。訴訟告知を受けたものの補助参加をしなかった者に対するその効果についての理解を、具体的な事例を通して問うものである。

つまり、〔設問2〕では、まず、法第53条第4項により法第46条の規定の適用があることから、法第46条に規定する補助参加人に対する裁判の効力が訴訟告知によって被告知者に及ぶ要件の検討が求められる。その検討の際には、補助参加人に対する裁判の効力について、判例・通説は共同の訴訟追行を基礎とする参加的効力と解するが、これに基づく場合には、その参加的効力の内容及び補助参加をしていない被告知者に参加的効力を及ぼすことを正当化する根拠についても検討することが必要になろう。

その上で、告知者と被告知者との関係性を踏まえて、訴訟告知による参加的効力が生ずるとする場合には、参加的効力の及ぶ客観的範囲を具体的に明らかにした上で、後訴におけるAの主張が排斥されるかを論ずることが求められている。その際には、判例（最判平成14年1月22日判時1776号67頁）の理解を踏まえて、事例に即した丁寧な論述をすることが期待されている。

なお、補助参加人に対する裁判の効力につき判例・通説の立場をとらない場合も、その理由及び事例に関する論述が論理的か否かが評価される。

1

第1 設問1について

1 裁判所は、L2が主張した相殺の抗弁が時機に後れた攻撃防御方法に当たるとして、これを却下すべきか（民事訴訟法（以下、法令名略）157条1項）。

2 「時機に後れて提出した」とは訴訟手続の具体的進行状況やその攻撃防御方法の性質から、より早期に提出することが期待できる客観的事情があったことをいう。

本件について、本件代金債権とYのXに対する貸金債権は訴訟開始前に相殺適状になっており、また、本件訴訟では弁論準備手続による争点整理が行われていることから、その時点でL2に相殺の抗弁を提出する機会があったといえる。たしかに、相殺の抗弁は自己の債権を犠牲にするものではあるが、仮定的抗弁として主張でき、他の主張が認められない場合に初めて判断の対象となるものであるから、弁論準備手続段階での相殺の抗弁の主張が直ちにL2に不利益をもたらすものであったとはいえない。

したがって、L2には弁論準備手続内で相殺の抗弁を提出することが期待できる客観的事情があったといえる。

よって、L2の相殺の抗弁の主張は「時機に後れて提出した」ものといえる。

3 「故意又は重大な過失」といえるかは、審理過程、本人の法律知識の程度、攻撃防御方法の種類等を考慮して判断する。そして、弁論準備手続終結後の攻撃防御方法の提出について相手方の求めがある場合には説明義務が生じるところ（174条、167条）、これが履行されないときは、「重大な過失」が推定されると解する。

L2は相殺の抗弁の提出が許されると考える理由として、「相殺の抗弁は自己の債権を犠牲にするものである」し、「相殺権の行使時期には法律上特段の制約がな

2

く、判例によれば、基準時後に相殺権を行使したことを請求異議の訴えの異議事由とすることも許容されている以上、弁論準備手続の終結後に相殺の抗弁を主張することも許容されるべきである」と述べている。ではこの説明は合理的か。

時機に後れた攻撃防御方法の却下について規定する157条の趣旨は適時提出主義の実現と相手方当事者の信頼の保護、すなわち1つの手続内での問題であるのに対し、基準時後に相殺の抗弁の提出が可能であるかという問題は前訴の既判力ある判断を後訴で争えるかという問題である。そのため、両者は問題状況を異にする。

確かに後訴で相殺の抗弁の提出が認められるのであれば、前訴での提出を許容してよいようにも思えるが、実際に後訴が提起されるか分からない以上、前訴における相手方当事者の信頼は保護されなければ157条の趣旨を全うすることはできない。

そうすると、L2の理由の説明は相殺の抗弁を提出できなかった根拠にならないといえる。

加えて、L2が弁護士であり専門的判断が可能であることからすればL2の説明は合理的なものとはいえない。

よって「重大な過失」が認められる。

4 「訴訟の完結を遅延させる」といえるかは、時機に後れて提出された攻撃防御方法を却下した場合の訴訟の完結時期とそれについて審理を行った場合の訴訟の完結時期を比較して判断する。

本件について、相殺の抗弁が主張されたのは結審が予定されていた口頭弁論期日であるから、相殺の抗弁を却下した場合、直ちに弁論を終結できる。これに対し、相殺の抗弁を却下しない場合、反対債権の存否について審理を行うためにさら

3 に期日を開く必要がある。

したがって、相殺の抗弁の主張は「訴訟の完結を遅延させる」といえる。

たしかに、L2の説明のとおり、基準時後の相殺権の行使は請求異議の訴えの異議事由となる。そうすると、仮に本件訴訟で相殺の抗弁を却下したとしても後に請求異議の訴えの段階で相殺の抗弁について主張がされることが想定されるから、本件訴訟と後に想定される請求異議の訴えを一体としてみると、相殺の抗弁を却下せずに審理する方が、却下する場合に比べて訴訟の完結時期は早くなるとも思える。

しかし、先に論じたとおり、時機に後れた攻撃防御方法の却下と既判力の遮断効は利益状況が異なる問題であるから、本件訴訟と請求異議の訴えを一体と見て訴訟の完結時期を判断するのは妥当ではない。さらに、L2の相殺の抗弁の主張を認めて、更に期日を開き、相手方のXに新たに防御の負担を課すよりも、本件訴訟の審理を終結させ、請求異議の訴えにおいてYに起訴責任を課す方が、迅速で充実した無駄のない審理の実現と相手方当事者の保護という157条の趣旨に適うといえる。

したがって、相殺の抗弁の主張は「訴訟の完結を遅延させる」といえる。

5 以上より、裁判所は相殺の抗弁を却下すべきである。

第2 設問2について

1 Xは、本件訴訟における訴訟告知により参加的「効力」(46条)が及ぶとしてAの主張が排斥されると主張する。

2 Aは、本件訴訟に補助参加していないが、XはAに訴訟告知(53条1項)を行っており、Aには補助参加の利益が認められるから、46条の規定については、参加できた時に参加したものとみなされる(53条4項)。そして訴訟告知による参

4 加的効力を及ぼす趣旨は、敗訴責任を共同に負担する点にあるため、参加的効力を及ぼす前提として、補助参加の利益があることに加えて、被告知者が告知者と共同して訴訟行為を行う可能性があることが必要であると解する。

本件訴訟において、Xが敗訴した場合、AはXに対して無権代理人の責任(民法117条)を負う関係にあり、Xが勝訴することについて利害関係が共通するため共同に訴訟行為を行う可能性が認められる。したがって、Aに参加的効力が及ぶ。

3 参加的効力とは、上記の趣旨に鑑み、敗訴した被参加人と参加人の間に及び、判決主文のみならず、理由中の判断のうち主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などについて生じる拘束力であると解する。

本件について、参加的効力は、告知者であるXと被告知者であるAとの間で生じる。また、本件訴訟の請求原因は、①代理人と相手方の法律行為、②①の際、代理人が本人のためにすることを示したこと(顕名)、③①に先立ち、本人が代理人に①についての代理権を授与したことである。

そして、本件訴訟では、Y A間の代理権授与が認められないことと表見代理の不成立を理由として、Xの請求を棄却する判決がなされている。Y A間で代理権が授与されていないことは、上記③が認められなかったということであり、判決理由中の判断のうち主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定といえる。

したがって、XとAの間において、YがAに代理権を授与していないことについて参加的効力が生じる。

4 よって、後訴におけるAの主張は、参加的効力によって排斥される。

以上