２０２６年１０月８日

予備　令８－３３

訴訟参加に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№34］）

ア．当事者が補助参加の申出について異議を述べた場合において，補助参加を許す旨の裁判が確定するまでの間は，補助参加人は，訴訟行為をすることができない。

イ．補助参加人は，被参加人が再審の訴えを提起することができる場合においても，再審の訴えを提起することができない。

ウ．補助参加人は，被参加人が口頭弁論の期日に欠席した場合においても，当該口頭弁論の期日において，訴訟行為をすることができる。

エ．訴訟の係属中，適法に訴訟告知を受けた者は，当該訴訟に参加することができる第三者に対し，更に訴訟告知をすることができる。

オ．第一審において補助参加をした補助参加人は，その控訴審において，改めて補助参加の申出をしなくても，訴訟行為をすることができる。

１．ア　イ　２．ア　エ　３．イ　ウ　４．ウ　オ　５．エ　オ

正解　１

肢ア　×

民事訴訟法第 43 条第 2 項により、補助参加の申出について異議が述べられた場合でも、補助参加を許す旨の裁判が確定するまでの間、補助参加人は訴訟行為をすることができる。

当事者から見ると，法律上の利害関係があっても異議を述べるケースもありえます。その都度，必要な主張ができないと参加者に不利。当事者は，自分の主張をしっかりすれば，第三者の主張を制限できるので法的な不利益はない。よって，参加人は，確定前でも訴訟行為はできる。

肢イ　×

判例（最高裁昭和 45 年 11 月 17 日第三小法廷判決等）によると、補助参加人は、被参加人のために上訴、再審の訴えなどの訴訟行為をすることができるため、「再審の訴えを提起することができない」とするこの記述は誤っている。

確かに，参加人は当事者ができる一切の訴訟活動ができる。したがって，再審もできそう。もっとも，非参加人は第三者。当事者の意思が特に重視されるものは制限されるべきでは。不都合，当事者が非常救済できる手段が取れるのにしないことによって法律上の不利益を被っている。参加的効力。これを止められるのであれば，参加人であっても保護すべき。原則通り，再審も参加人が行える。当事者の保護は，再審の手続中で図られる。

肢ウ　○

補助参加人は被参加人を補助する立場にあるため、被参加人が期日に欠席した場合であっても、自ら適法な訴訟行為（弁論など）を行うことができる。したがって、この記述は正しい。

法律上の利害関係があるので熱心な訴訟活動が期待できる。参加人は，当事者の主張がすべてできる。実際，当事者も参加人がいるので安心して欠席している可能性もある。

肢エ　○

巻き込まれる人間から見ると，自分だけだと不公平だと感じる場合は，さらに自分のために巻きこむ動機もあるし，必要性はあります。だから，制度が用意されています

民訴 53

肢オ　○

別途しなければいけないというのは，手続迂遠ですし。法律上の利害関係があることを考えれば手続保障は厚くすべきです。利用しやすい制度にしないと利用者に不利益が生じる。

予備　令８－３４

Ｘは，Ｙに対し，１０００万円を貸し付けたと主張し（以下，Ｘ主張の貸付けに係る貸金返還請求権を「甲債権」という。），一部請求であることを明示して，消費貸借契約に基づく貸金返還請求として７００万円の支払を求める訴えを提起した。これに対し，Ｙは，請求棄却の判決を求め，当該貸付けの事実を否認するとともに，Ｘに対して７００万円の不当利得返還請求権を有しているとして（以下，Ｙ主張の不当利得返還請求権を「乙債権」という。），これを自働債権とする相殺の抗弁を主張した。この事例に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№35］）

ア．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が７００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が３００万円であるとして，Ｘの請求について，３００万円の支払を求める限度で認容し，その余の請求を棄却する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，甲債権に関しては，３００万円の存在及び７００万円の不存在について既判力が生ずる。

イ．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が７００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が３００万円であるとして，Ｘの請求について，３００万円の支払を求める限度で認容し，その余の請求を棄却する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，乙債権に関しては，７００万円の不存在について既判力が生ずる。

ウ．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が３００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が７００万円であるとして，Ｘの請求を全部認容する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，甲債権に関しては，７００万円の存在について既判力が生ずる。

エ．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が３００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が７００万円であるとして，Ｘの請求を全部認容する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，乙債権に関しては，既判力が生じない。

オ．裁判所は，甲債権の額が７００万円であり，乙債権の額が３００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額は４００万円であるとして，Ｘの請求について，４００万円の支払を求める限度で認容し，その余の請求を棄却する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，乙債権に関しては，７００万円の不存在について既判力が生ずる。

１．ア　エ　２．ア　オ　３．イ　ウ　４．イ　エ　５．ウ　オ

正解　５

肢ア　×

一部請求の場合，訴訟物は７００万円，特定された範囲。

相殺が認められ場合，外側説，１０００万円で減額判断されるが，審判の対象はあくまでも訴訟物７００万円の範囲。

したがって，３００万円の存在には既判力は生じる。４００万円の不存在。

肢イ　×

訴訟物は，あくまでも７００万円。

３００万は請求されていないので，裁判所は判断してはいけない。

乙債権について判断しては，４００万円について不存在。

肢ウ　○

相殺の３００万は，外側説。

１０００－３００＝７００

７００万が訴訟物。したがって，請求された７００万について既判力が生じる。

肢エ　×

相殺された７００万のうち，３００万について既判力は生じない。

訴訟物の外だから，４００万については既判力が生じる。不存在。訴訟物７００万のなかにかさなるから

肢オ　○

甲債権 700 万，乙債権 300 万。

訴訟物全体について判断。甲 700，乙 700

甲債権，400 万については，請求認容。その余は棄却。

乙債権　300 万円ついては，相殺により消滅，400 万円は，請求棄却による消滅

相殺の理由による消滅か否かは，区別しない。単に消滅と認定すれば紛争解決できるから。技巧的にわけない。したがって，700 万の不存在に既判力が生じる。

予備　令８－３５

決定に関するアからオまでの各記述のうち，誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№36］）

ア．当事者は，決定で完結すべき事件について，裁判所において，口頭弁論をしなければならない。
イ．訴訟の指揮に関する決定は，いつでも取り消すことができる。
ウ．地方裁判所の裁判所書記官の処分に対する異議の申立てについては，その地方裁判所の直近上級の高等裁判所が，決定で，裁判をする。
エ．決定は，相当と認める方法で告知することによって，その効力を生ずる。
オ．決定により裁判をすることができない事項について決定がされたときは，これに対して抗告をすることができる。

１．ア　ウ　２．ア　オ　３．イ　ウ　４．イ　エ　５．エ　オ

正解　１

肢ア　×

決定は、比較的簡易・迅速な処理が求められる手続や、裁判所の裁量的な判断事項に用いられます。そのため、必ずしも口頭弁論を要せず、書面審査や審尋（当事者の言い分を聴くこと）で足りるのが原則です。

民事訴訟法第 87 条（口頭弁論の必要性） ① 当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならない。**ただし、決定で完結すべき事件については、裁判所が、口頭弁論をすべきか否かを定める。**

訴訟経済，手続が重くなる。聞いても結論が変わらない場合もある。
不利益が限定的である。

肢イ　○

訴訟指揮に関する決定はいつでも取消すことができる。指揮後に態度を改めたり，間違えがあった場合は，柔軟に対応できるようにすべき。

民訴１２０

肢ウ　×

事務手続を任されるということは，当事者へのフロント接点が多い。それだけでトラブルが多いのは想定できる。それを数少ないリソースで処理するのは訴訟経済上，問題でしょう。同じ地方裁判所については，一応仲間内という見方もあるが，裁判官の集合体と書記官では立場上，距離があると考えられる。監督も可能。

民事訴訟法第 121 条（裁判所書記官の処分に対する異議） 裁判所書記官の処分に対する異議の申立てについては、その**裁判所書記官の所属する裁判所**が、決定で、裁判をする。

肢エ　○

手続の過剰な重み付け（オーバーキル）： ちょっとした期日の変更や、些細な訴訟指揮の決定を出すたびに、厳格な送達手続きを踏まなければならないとしたら、それだけで郵便代、書記官の手間、そして何より「時間がかかる（タイムラグ）」という致命的なコストが発生します。

訴訟経済と機動性の崩壊： 裁判というものは、リアルタイムでテンポよく進まなければ意味がありません。

不利益の軽微さと柔軟性： だからこそ、法律は決定について「相当と認める方法（FAX、メール、口頭での告知、あるいは通常の通知など、その場にふさわしい柔軟な手段）」で知らせれば足りる（119 条）という設計にしています。万が一それで何か不都合があれば、前述した「抗告」というセーフティネットで後から是正すれば十分だからです。

民事訴訟法第 119 条（決定等の告知） 決定及び命令は、**相当と認める方法**で告知することによって、その効力を生ずる。

肢オ　○

民事訴訟法第 328 条第 2 項（抗告をすることができる裁判） 2 **決定により裁判をすることができない事項について決定がされたときは、**これに対して**抗告をすることができる。**

決定することができない事項に決定がされたというのは，法律上の予定されない手続で進むことを意味します。是正の必要性がある。

予備　令８－３６

弁論主義に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№37］）

ア．Ｘは，甲土地につき，ＡがＢから買い受け，Ａの死亡によりＸが相続したと主張して，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，甲土地につき，ＹがＢから買い受けたものであると主張し，Ｘ及びＹは，その他の主張をしなかった。この場合において，裁判所が，甲土地につき，ＡがＢから買い受けた後にＹに死因贈与したとの事実を認定し，Ｘの請求を棄却する判決をすることは，弁論主義に反する。

イ．Ｘは，甲土地につき，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，抗弁として，ＸがＡに対し代物弁済により甲土地を譲渡したと主張し，Ｘ及びＹは，その他の主張をしなかった。この場合において，裁判所が，ＸからＡへの代物弁済による甲土地の譲渡の事実を認定した上で，さらに，その後，ＸがＡから甲土地を買い戻したことを認定して，Ｘの請求を認容する判決をすることは，弁論主義に反する。

ウ．Ｘは，甲土地につき，Ａから買い受けたと主張して，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，ＡＸ間の売買契約が公序良俗に反し無効であるとの主張をしていなかったが，それを基礎付ける事実を主張していた。この場合において，裁判所が，公序良俗違反を基礎付ける事実を認定した上で，ＡＸ間の売買契約が公序良俗に反し無効であると判断して，Ｘの請求を棄却する判決をすることは，弁論主義に反する。

エ．Ｘは，甲建物につき，Ｘが甲建物を建築してその所有権を取得したと主張して，Ｙに対し，その所有権の確認を求める訴えを提起し，Ｙは，Ｘによる甲建物の所有権取得の事実を否認し，その理由として，甲建物を建築してその所有権を取得したのはＡであると主張し，また，Ａが死亡し，Ａの子であるＸ及びＹがＡを相続したことも主張していた。この場合において，Ｘが，Ａが甲建物の所有権を取得したとの事実を自己の利益に援用していなかったときに，裁判所が，Ａが甲建物を建築してその所有権を取得したことを認定した上で，Ｘ及びＹが相続により甲建物の共有持分権をそれぞれ取得したと判断して，当該共有持分権の確認を求める限度でＸの請求を認容する判決をすることは，弁論主義に反しない。

オ．Ｘは，甲土地につき，Ａから買い受けたと主張して，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，ＡＸ間の甲土地の売買の事実を否認した。この場合において，裁判所が，Ａから甲土地を買い受けたのはＸではなくＸの妻のＢであるという，ＸもＹも主張していない事実を認定し，その結果，Ｘが主張するＸがＡから甲土地を買い受けたとの事実は認められないと判断して，Ｘの請求を棄却する判決をすることは，弁論主義に反する。

１．ア　イ　２．ア　エ　３．イ　ウ　４．ウ　オ　５．エ　オ

正解　4

肢ア　○

X が，主張すべき事実，AB 売買，AX 相続。BY 売買は，AB 売買を否定する間接事実。

なぜなら，二重売買として AB と BY 売買は両立する。全く，別の意思表示から直接の存否に作用しない。ただ，BY 売買すると，AB 売買は債務不履行になる恐れがある。そこで通常しないだろうと推認する事実となり，間接事実となる。

それ以外の主張はない，本件の場合，AY 死因贈与，これが成立すると，甲土地は A の相続財産に含まれない。したがって，AX 相続しても X は甲土地を取得できなくなる。

このように死因贈与の有無は，X の所有権の存否に直接かかわる事実になるので，主要事実となり，主張なくして判決の基礎とすることは，弁論主義第１テーゼに反しできない。

肢イ　○

代物弁済の事実は，所有権喪失の抗弁の内容。

その後，再取得するということは，喪失したことを認めたうえで，新たに権利の発生を基礎づける主張事実になる（再抗弁)。したがって，主張なく事実認定することは，弁論主義第一テーゼに反する。

肢ウ　○

公序良俗は，裁判官の解釈を要する開かれた構成要件。

このような場合は，評価根拠事実が主要事実となる。法的な評価は，裁判官の解釈に委ねられる。したがって，私的自治を根拠とする弁論主義はなじまない。

あくまでも，当事者は，事実を主張すればよい。

肢エ　○

当事者の主張責任に係る議論。確かに，AX 相続は，X の権利取得の根拠事実なので，主張責任は，X にある。したがって，主張責任がない Y の主張では足りず，主張責任者が援用しないと不意打ち感があるので，弁論主義に反し許されないのでは。

ただ，仮に許されないと，あらたに別訴の余地がでてくる。手続上迂遠。柔軟に認定する必要がある。

弁論主義は，私的自治を背景にする原則で，原告，被告の問題ではなく，当事者，裁判所の役割分担の問題。したがって，主張責任でないものの主張であっても当事者の弁論に現れている以上，事実認定は許容される。よって弁論主義に反しない。

肢オ　×

AX 売買，Y は，AX 売買を否認。その後，裁判所は，AB 売買を認定。

AB 売買は，AX 売買と両立する事実なので，間接事実。二重売買すると債務不履行になるのでしないだろうと推認が働くに過ぎない。

したがって，AB 売買を認定しても弁論主義には反しない。

もっとも，不意打ち感が出るので，釈明権を行使して，争点を明確にすべきである。（法的観点指摘義務）

予備　令８－３７

口頭弁論に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№38］）

ア．裁判所は，当事者が終結した口頭弁論の再開を申請したときは，その申請について裁判をしなければならない。

イ．裁判所は，訴訟要件についての争点と本案についての争点がある場合には，訴訟要件についての争点に審理を集中するために，口頭弁論を制限することができる。

ウ．裁判所は，口頭弁論を併合するときは，当事者の意見を聴かなければならない。

エ．主債務者とその連帯保証人を共同被告として訴えが提起された場合に，裁判所は，連帯保証人に対する訴えにつき口頭弁論を分離して判決することができる。

オ．口頭弁論は，裁判長が指揮する。

１．ア　ウ　　２．ア　オ　　３．イ　エ　　４．イ　オ　　５．ウ　エ

正解　１

肢ア

職権進行主義。終結した当事者の主張には拘束されない。進行に関しては訴訟経済，適正から裁判所に決定権がある。

肢イ

これも職権進行主義がとられます。訴訟要件は実体判断の論理的前提ですので，進行を指揮することは訴訟経済，手続の適正から見て合理性があると思われます。まさしく職権進行主義が機能する問題です

肢ウ

口頭弁論の併合は，当事者に意見を聴く必要ありません。これも職権進行主義で，実際に運用は裁判所の職権で行けるのが原則だからです。一方で，手続上，当事者に意見を聴く手続もあります。専門委員や，弁論準備手続などです。これは本来の口頭弁論の手続と異なるため，手続的配慮が必要なためです。弁論の併合は，あくまで口頭弁論での手続になる以上，そのような当事者の配慮は不要となります。

肢エ

主債務者とその連帯保証人については，確かに実体法，関連性もある。

矛盾判断を避けるべく，分離を制限するべきでは。しかし，不都合，訴訟態度が違う場合に，進行を変えられないと，不当に当事者を拘束してしまう。訴訟経済上の問題。

したがって，分離の必要あり。

主債務者の契約と連帯保証契約は別契約。実体法上は合一確定の必要性がないので単純

併合。したがって，裁判所は，職権進行主義により，必要に応じて弁論を分離することができる。

肢オ

□　**指揮系統の単一化：** 訴訟のテンポ、発言の順番、証拠調べのタイミングなどをコントロールする「司令塔」を一本化することで、手続きの混乱を防ぎます。

□　**迅速かつ公正な進行：** 裁判長が訴訟指揮権を握ることで、無駄な引き延ばしを防ぎつつ、適正なプロセスを担保する（迅速性と適正手続のバランスをとる）ことができます。