

（第3問）

1 [設問]

2 1. 既判力の矛盾抵触が生じない理由

3 (1) 一旦提起された^{反訴が}予備的反訴として扱われる場合、どうして
4 既判力の矛盾抵触が生じなくはなるか。

5 (2) まり、二重起訴の禁止（民事訴訟法（以下略）142条）の趣旨は、
6 既判力が生ずる権利関係において紛争の蒸返しの防止、判決
7 の矛盾抵触の回避にある。そうである、別訴で提起されている
8 反訴が本訴において、相殺の抗弁に供されて、審理される
9 場合、当該相殺の目的の自働債権の存否についても既判力
10 が生ずる（114条2項）以上、上記142条の趣旨は妥当なため、
11 認められるように思われる。そして、弁論の併合（152条）につ
12 ては、裁判所の裁量にわたるので、上記内容については、弁論
13 の併合の有無にかかわらず、142条の趣旨が妥当だと判断
14 もはされている。

15 (3) しかし、上記で述べた反訴が予備的反訴として扱われる
16 場合についてはどうか。

17 予備的反訴については、本訴で自働債権として供されて
18 いる当該反訴請求債権について審理・判断があった際には、
19 別訴において、反訴請求しはる旨の~~予備的~~反訴に変更されて
20 いるものである。

21 そうである、本訴において、当該反訴請求債権の審理・判断
22 があった場合には、その存否について既判力が生ずるが、別訴
23 の方では、解除条件の成立に於て審理の対象にはははははという

（第3問）

1 ことが出来る。そうにとすれば、別訴における反訴請求部分に
2 ついては、既判力が及ばないため、142条の趣旨に抵触するこ
3 ともない。

4 (4) したがって、既判力の矛盾抵触は起こさない。

5 2. 反訴原告が2つの利益を享受するにについてははかばかしく

6 (1) 相殺の抗弁には、相殺^{として}の抗弁した債権の存在につき
7 既判力が及ぶため、他の抗弁がない場合において初めて審
8 理・判断される性質が伴う予備的抗弁である。そうならば、別
9 訴において反訴請求債権の審判・判断がなされ既判力
10 が及ぶ場合には、既に当該債権の存在につき既判力
11 ある判断がなされたとして、本訴では相殺の抗弁に至る
12 までの他の抗弁事項があるとして、相殺の抗弁については審理
13 ・判断をせざるべきということになる。

14 (2) 一方、本訴において相殺の抗弁として、当該反訴請求債権
15 の存在が判断される場合には、予備的反訴としての解除条
16 件の成立により、別訴では審判対象とはならない。

17 (3) 以上より、反訴原告は2つの利益を享受するにについてははか
18 ばかしく
19 ない。

20 3. 予備的反訴で扱われることが処分権主義^(246条)に反しないかについて、

21 (1) 処分権主義とは訴訟の開始、訴訟物の特定、訴訟の
22 終了を当事者に委ねる権能のことという。処分権主義の趣旨
23 は、私的自治の訴訟法的反映と被告への不意打ち防止にある。

そこで、処分権主義に反するかどうかは、①原告の合理的意思

を尊重するものであるが、②被告に不意打ちとはおぼしき点から判断する。

(2) 本件では、①反訴原告(本訴被告)とすれば、反訴において審理・判断がなされることなく、本訴において既判力ある相殺の抗弁としての判断が得られる以上、反訴請求債権につき、審理の保障がなされている。したがって、反訴原告の合理的意思には反しない。

また、②反訴被告(本訴原告)とすれば、本訴においても当該反訴請求債権の存否につき、攻撃・防御方法としての争いは変わらぬといえる。したがって、反訴被告の不意打ちともおぼしき。

(3) 以上より、訴え変更の争抗を軽蔑とも処分権主義に反しない。

(4) 一方、反訴被告(本訴原告)においては、予備的反訴^にはこれらに比べて、本業判決を得るという利益を善せられるといえはいか。

これについては、予備的反訴が解院条件の成立により、審判対象とはおぼしきという性質が訴えの取下げに類似するものとし、相手方の「同意」(26条2項参照)が求められるようにも思える。

(5) もっとも、反訴被告とすれば、本訴において相殺の抗弁として、反訴請求債権の不存在という既判力ある判断が得られれば、反訴原告は当該債権につき請求をするにやむを得ない以上、これに事足りるというべきである。

(6) したがって、本件においては、反訴被告の本業判決を得るという利益は善せられないものといえる。

第3問

[設問2]

1. 控訴審において、Xの本訴請求債権が不存在であるという心証を得た場合、第一審判決取消し・請求棄却(以下①とする)又は、第一審判決の控訴棄却により判決がそのまゝ確定する(以下②とする)、いずれの場合が適切であるといえるか。不利益変更禁止の原則(209条)の観点から問題となる。

2. ここに、不利益変更禁止の原則とは、不服申立ての限度を超えて、原判決よりも不利益は判決を下すことができないことをいう。当該不利益の有無については、請求の認容・棄却といった形式的な結果のみならず、当該判決により生ずる既判力の部分をも含むと判断する。

3 (1) ①の場合

そもそも、控訴審ではXの本訴請求債権が不存在という心証のもとXの請求を棄却するものであるから、原審での請求結果という点からは不利益ではないように思える。

もっとも、原判決では、Yの相続の抗弁によりXの請求が棄却されたり、Yの供しに自働債権については、既判力ある判断が得られる。そうすると、当該既判力ある判断が得られる債権については、今後、Yは請求できないといえる。

一方、控訴審は、Xの本訴請求債権の不存在のもとXの請求を棄却しているのだから、上記のようはYの有する債権につき既判力ある判断が得られるはずである。

そうすると、請求結果としての形式的部分には不利益は見

これはいいが、Xには既判力ある判断を受けられる部分につき
不利益があつていい。

したがって、①は不利益変更禁止の原則に反し、許される。

(2) ②の場合

②については、原告の通り、XはYが相殺に供しに自働
債権につき既判力ある判断が得られる。

したがって、不利益変更禁止の原則にも反さず、許される。

[設問3]

1. YがXに対し、不当利得に基づく返還請求を求め訴え
は、本訴の併し既判力により遮断されることはなく、認められる。

2. ここで、既判力(114条1項)とは、前訴の確定判決について生ず
る後訴への通用力のことをいう。この既判力は「主文に包含する
もの」、すなわち訴訟物の存否につき生ずる。そして、既判力が
前訴と後訴において作用する場面としては、既判力の正当化
根拠が平航保障と自己責任にあつては、①訴訟物
が前訴と後訴で同一の場合、訴訟物が同一ではなくとも、②
後訴の権利関係が前訴の訴訟物を先決関係としていう場合、
又は③前訴の訴訟物と矛盾関係にあつた場合が挙げられる。

特に、既判力が生ずる時点としては、両当事者が攻撃・防御
を尽くし終え、事案審の口頭弁論終結時(民事執行法35
条2項参照)と解される。

3. 本件についてこれを見れば、前訴の訴訟物はXのYに対する
損害賠償請求権であり、当該訴訟において相殺の抗弁に供

第 1 問

これに請負代金請求権について、各々既判力が生じている。
そして、前訴においてYが相殺の抗弁に供して請求代金請求
権と、後訴での不当利得に基づく返還請求権とは訴訟
物が異なる。

4. これでは、前述の②又は③の関係にあるといえはいか。
ここで、不当利得に基づく返還請求の請求原因は、③Xの
利得、④Yの損失、⑤③に就き法律上の原因がはいて、
⑥③と④との因果関係である。

5. 本件では、~~③~~Xの利得は、請負代金請求を免れたことであり、
~~④~~④Yの損失は、請負代金請求が支払えなかったことである。
そうすると、③と④については、前訴で判断された請負代金債権
の存否を前提に判断がなされるものといえる。

したがって、後訴での権利関係は、前訴の訴訟物を先決関
係にしていいといえる。

ゆえに、後訴においても前訴の既判力が作用する場面である。

6. そうすると、本件では、本訴の確定判決により、それと矛盾し
請求はできはいてこれ、後訴でのYの訴えは遮断されるこ
いえる(既判力の消極的作用)。

よって、Yの請求は認められはいて。 以上