

平成 19 年司法試験 答案構成

設問 2

小問(1)

- 1 認否をしなかった場合
甲 4 号証＝補助事実に関する主張
→擬制自白（159 I）成立する？
⇒否定すべき・ただし不要証効
成立の真正の証明不要（179）
- 2 本問の場合
Y 主張＝積極否認
→成立真正証明必要（228 I）
228IV・署名・推定

小問(2)

- 1 陳述②について
陳述②＝主張の撤回
→裁判上の自白成立？撤回できる？
自白の意義
本件
解除権行使の意思表示＝法的評価
→具体的事実が主要事実
⇒本件発言は主要事実
自白成立・撤回制限効あり
- 2 陳述③について
陳述③＝法律上の主張
→裁判所の判断事項
効果なし
- 3 時機に後れた防御方法の却下
遅延要件→弁準提出可
重過失→174・167・推定
完結遅延→撤回が争点に
⇒時機に後れた防御方法に該当

設問 3

- 1 判断基準
紛争解決の実効性確保

2 方法①

訴え取下げ合意

→私法行為・訴えの利益

→再訴禁止効（262Ⅱ）なし

→意思表示の瑕疵の場合

⇒実効性乏しい

3 方法②

請求放棄

既判力ある？（267）

→制限的既判力説

一定程度実効性確保可能

4 方法③

訴訟上の和解

既判力ある？（267）

→制限的既判力説

確定効（民 696）・清算条項あり

5 比較・結論

方法③を求めるべき

平成 19 年司法試験 参考答案

設問 2

小問(1)

1 認否をしなかった場合

Xは、債務不履行に基づく損害賠償請求について、主要事実としての 250 万円の損害が発生したことを立証するために、甲 4 号証を提出している。甲 4 号証の成立の真正を否認する旨の主張は、甲 4 号証の形式的証拠力を認める前提を欠くことを意味し、証拠の評価にかかわる事実を内容としていることから、補助事実を対象とした事実の主張と位置付けることができる。それゆえ、Yが甲 4 号証の成立について認否をしなかった場合には、補助事実について擬制自白（159 条 1 項本文）が成立するかが問題となる。

この問題に関しては、擬制自白の成立を否定すべきであると考えられる。なぜなら、補助事実自白の成立を認めると、不自然な事実認定を強いることになりかねず、裁判所の自由心証主義（247 条）を害する可能性があるからである。ただし、争点整理の必要から、補助事実についても証明不要効（179 条）を認めるべきである。

したがって、Yが甲 4 号証の成立について認否をしなかった場合には、Xは甲 4 号証の成立の真正を証明する必要がなくなる（179 条）。

2 本問の場合

これに対して、Yが甲 4 号証の成立の真正を否認した場合には、こうしたYの主張が積極否認にあたるため、Xは甲 4 号証の成立の真正を証明する必要がある（228 条 1 項）。

甲 4 号証は私文書であり、かつ、作成者である F の署名が存在する。そのため、その署名が F の意思に基づき記載されたものであれば、甲 4 号証の成立の真正が推定される（228 条 4 項）。このような 228 条 4 項の推定は、人は簡単には自分の判を文書に押さないという経験則を法定証拠法則としたものであると解される。それゆえ、Yは反証により 228 条 4 項の推定を覆すことができる。

小問(2)

1 陳述②について

Yは、第 1 回口頭弁論期日において、「支払済みの 200 万円は返してもらおう」との X の発言（以下、「本件発言」とする。）があったことを認める旨の陳述をしている。陳述②は上記の X の発言を否認するものであるため、主張の撤回にあたる。本件では、Y の第 1 回口頭弁論期日における陳述に裁判上の自白が成立するかどうかと関連して、主張の撤回が認められるかが問題となる。

裁判上の自白とは、口頭弁論期日又は弁論準備手続における、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実に関する陳述をいう。ここでの事実とは、裁判所の自由心証主義（247 条）を保持するために、主要事実を意味すると考える。

契約解除を理由とする原状回復請求においては解除権行使の意思表示の存在が要件とな

るところ、意思表示の有無は事実の法的評価であると考えられるため、意思表示があったことを基礎づける具体的事実こそが主要事実であるというべきである。本件発言は、契約に基づき給付した金銭の返還を求める内容であることから、契約解除により契約の拘束力を否定することを含意しているものと解される。ゆえに、本件発言は解除権行使の意思表示があったことを基礎づける具体的事実であるといえるため、主要事実該当する。したがって、Yの第1回口頭弁論期日での陳述が、口頭弁論期日における、Xの主張と一致している事実であることが認められる。また、本件発言はXが請求原因事実として主張すべき主要事実であるため、不利益性も認められる。よって、Yの第1回口頭弁論期日における陳述には裁判上の自白が成立する。

以上より、Yの第1回口頭弁論期日における陳述には撤回制限効が認められるため、例外的に撤回が認められる場合に該当しない限り、陳述②は訴訟法上の効果を有しない。

2 陳述③について

前述の通り、本件発言は解除権行使の意思表示があったことを基礎づける具体的事実である。こうした事実が解除の意思表示に該当することを争うというのは、事実の法的評価を争う旨の法律上の主張である。

事実をいかに法律評価するかについては、法の適用を担っている裁判所が判断すべき事柄である。それゆえ、事実の法律評価についての当事者の主張に裁判所拘束力は認められないと考える。

したがって、陳述③は訴訟法上の効果を有しない。

3 時機に後れた防御方法の却下

陳述②及び③は、弁論準備手続の終結後、当事者本人尋問のために開かれた第2回口頭弁論期日において提出されていることから、時機に後れた防御方法として却下されるのではないかと（157条1項）。

「時機に後れた」とは、より早期の適切な時機に提出できたことを意味する。本件では、陳述②及び③の内容は訴訟の当初より提出可能であり、Yが同陳述を3回の弁論準備手続において提出することが十分に期待できたのであるから、「時機に後れた」に該当する。

また、弁論準備手続後に防御方法を提出した場合には、弁論準備手続の終了前にこれを提出できなかった理由についての説明義務を負うところ（174条、167条）、同義務を履行しないときには重過失を推定すべきである。本件では、Yは上記説明義務を履行していないのであるから、Yには重過失が推定される。そしてこの推定を覆すべき事情は存在しない。

「訴訟の完結の遅延」はその防御方法を却下した場合に想定される訴訟完結時と、その防御方法の審理を続行した場合に想定される訴訟完結時を比較して判断する。本件では、裁判所と当事者との協議により第2回口頭弁論期日をもって弁論を終結することが予定されていた。他方で、防御方法の審理を続行すると、自白の撤回の可否が争点となりうるのであり、さらに複数の期日を重ねる必要が生じかねない。したがって、「訴訟の完結の遅延」

に該当する。

以上より、陳述②及び③は時機に後れた防御方法の提出であるとして却下されるべきである。

設問 3

1 判断基準

方法①から③の選択にあたっては、紛争解決の実効性の確保という観点から各方法の訴訟法上の効果を比較することによるべきである。

2 方法①

まず、方法①は、訴訟法上、訴えの取下げ合意を意味する。訴え取下げの合意は処分権主義の範疇で、かつ、内容が明確であるため、有効であると解される。訴えの取下げ合意の法的性質については争いがあるが、これを私法行為と捉え、合意の効果として原告は訴えを取り下げる実体法上の義務を負うと理解すべきである。そうすると、方法①を採用した場合には、訴えの取下げ合意が成立したことを訴訟上で主張すれば、訴えの利益を欠くものとして、Xの訴えが却下されることになる。その結果、本案について終局判決があったことを要件とする再訴禁止効（262条2項）は生じず、却下判決の既判力を有するにとどまる。また、訴えの取下げ合意を私法行為と捉えることから、合意に意思表示の瑕疵が存在する場合には、合意の効力を容易に否定されることになる。このように、方法①は、紛争の蒸し返しを防止できず、紛争解決の実効性を確保できない。

3 方法②

次に、方法②は、請求の放棄を意味する。請求の放棄が調書に記載されると、「確定判決と同一の効力」（267条）が生じる。ここで、「確定判決の同一の効力」に既判力が含まれるかについて争いがある。敗訴判決を受けると予測した原告が請求の放棄をすることにより既判力を免れることができるのは不当であるため、請求の放棄に既判力を認めるべきである。もっとも、請求の放棄は当事者の意思表示により訴訟を終了させる場面であるため、意思表示に瑕疵が認められる場合には、既判力を認めることができないと考える。そうすると、方法②は、既判力により一定程度紛争解決の実効性を確保することができるが、請求の放棄の意思表示に瑕疵がある場合には、紛争の蒸し返しを防止することができない。

4 方法③

最後に、方法③は、訴訟上の和解を意味する。訴訟上の和解にも「確定判決と同一の効力」（267条）が生じる。請求の放棄と同様、既判力が含まれるかについて争いがあるものの、原則として既判力が認められるが、意思表示の瑕疵がある場合には既判力を認めることはできないと考える。そうすると、請求の放棄同様、訴訟上の和解においても、意思表示の瑕疵がある場合には紛争の蒸し返しを防止できないことになりそうである。もっとも、訴訟上の和解には私法上の和解の確定効（696条）も認められる点で、意思表示の瑕疵がある場合を限定することができる。また、訴訟上の和解の既判力は清算条項（「本件に関し一

切の債権債務が存在しないことを相互に確認する」)にも原則として既判力が生じるため、たとえばアクリルケースに関する損害賠償請求権についても既判力の対象となる。

5 比較・結論

このように、方法③をもってしても紛争の蒸し返しを完全に防止することはできない。しかし、方法③は、既判力による紛争解決の実効性を一定程度確保できる点で方法①よりもYに有利であるし、既判力の範囲や意思表示の瑕疵を限定できる点で方法②よりもYに有利な方法であるといえる。

以上より、Kは、方法③をXに求めるべきである。