

第1 設問2について

1 控訴裁判所が（ア）、（イ）、（ウ）の判断に至った場合、どのような判決をするべきことになるかは、不利益変更禁止の原則（民事訴訟法（以下、法令名省略）304条）との関係で問題となる。

- (1) 不利益変更禁止の原則は、訴訟の開始、審判対象の画定・その範囲の決定、判決によらない訴訟の終了に関する判断を当事者に委ねる処分権主義の上訴審での表れである。そして、基準としての明確性の観点から、当事者の申立てと判決を比較して判断する。相殺の判断にも既判力（114条2項）が生じることから、相殺の判断も踏まえて検討する。
- (2) 受訴裁判所の判決は、丙債権と乙債権を相殺により消滅させての請求認容判決であり、既判力は、甲債権の存在についての判断と相殺による丙債権と乙債権の不存在の判断について生じる。そのため、Xの申立ては、上記認容判決よりも有利な判決を得ることであると考えられる。
- (3) （ア）の判断に至った場合、甲債権が弁済により消滅したこととなることから、甲債権の不存在について既判力が生じる。そのため、Xにとってより不利な判決となり、不利益変更禁止の原則に反する。

したがって、控訴裁判所は、請求棄却判決（302条1項）をするべきである。

- (4) （イ）の判断に至った場合、丙債権の存在が認められなくなると、Xは乙債権との相殺をすることができなくなり、甲債権がなお存在することとなる。そうすると、Xにとってより不利な判決となることから、不利益変更禁止の原則に反する。

したがって、控訴裁判所は、請求棄却判決をするべきである。

- (5) （ウ）の判断に至った場合、Xは自らの丙債権を相殺により消滅させることなく請求認容判決を得ることができることから、不利益変更禁止の原則に反しない。

したがって、控訴裁判所は、受訴裁判所の判決を取り消して（305条）請求認容判決をするべきである。

第2 設問3について

1 課題2について

- (1) 46条1項の「効力」はどのような効力か。
- ア 「効力」は、敗訴責任の公平を図ることを趣旨とするため、既判力とは異なった参加的効力を意味する。そして、上記趣旨から参加的効力は、敗訴当事者間において、判決主文のみならず、判決理由中の判断にまで及ぶと解する。もっとも、参加的効力は、判決理由中の判断のうち、主文を導くのに必要な判断についてのみ生じる。
- イ 前訴確定判決は、Xの請求を認容する判決で確定していることから、甲債権の存在についての判断に参加的効力が生じる。この参加的効力の作用により、Zは同一の甲債権の存在について後の訴訟で争えなくなり得る。

上記参加的効力の趣旨から、補助参加人から参加人に対して前訴確定判決を援用することを認める方が、当事者間の公平に資すると考えられる。そのため、XはZに対し甲

債権の存在を認めた前訴確定判決の効力を援用することが許される。

- (2) よって、Z の Y に対する求償の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。

2 課題 1 について

- (1) 甲債権の存在を認めた前訴確定判決に基づく既判力が作用しないか。

ア 既判力とは、前訴確定判決の判断の後訴裁判所に対する通用力ないし拘束力をいう。そして、既判力の根拠は、当事者の手続保証に基づく自己責任であることから、原則として当事者間（115 条 1 項 1 号）に及ぶ。

イ Z は、前訴の当事者でないことから既判力は及ばず、既判力に基づく拘束力は作用しない。

- (2) 参加的効力は、上述の通り、敗訴当事者間に及ぶものであることから、敗訴当事者でない X には及ばず、参加的効力に基づく拘束力も作用しない。

- (3) 争点効及び反射効は、条文上の根拠がないことから認められない。

- (4) もっとも、信義則による拘束力は認められ得る。

第 3 設問 1 について

- 1 証拠方法の証拠能力が否定される法的根拠として、自由心証主義（247 条）が考えられる。

証拠能力の有無は、不正の重大性、証拠の重要性等の観点から見て、利益と不利益の比較衡量により決する。

- 2 Y は X のプライベートなパソコンを勝手に開いて本件メールをみており、不正は重大であると言える。他方で、本件メールは、本件動産の売買の証明に役立つ重要な証拠とである。もっとも、上記不利益の重大性から証拠能力は否定される。

以上

民事訴訟法

第1 設問1

1 まず、民事訴訟においては、訴訟資料の収集・提出を当事者側の権能かつ責任とする原則である弁論主義が妥当する。そのため、当事者が訴訟に顕出した証拠は原則として、証拠能力が認められる。

しかし、相手方の有する証拠を訴訟に顕出させる方法としては、文書提出命令（民事訴訟法（以下略）223条1項）が定められている。そこで、法は相手方の有する証拠を訴訟に顕出させる方法として文書提出命令によることのみを想定しているといえる。

また、当事者の主観的態様も考慮する必要がある。

そこで、法の趣旨に反するような違法収集証拠の証拠能力は否定される。具体的には、当事者の主観的態様から証拠能力を認めるのが相当でなく、通常同命令によらなければ顕出不可可能な証拠の証拠能力は否定されると解する。

2 本問では、YはXが送受信した電子メールを自身のUSBメモリに保存している。当時、両者はXの自室において話し合いをしており、Xが席を外した際にYは同行為に及んでいる。その際に、Xは机の上にノートパソコンを置いており、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た。そうだとすれば、この時点で本件紛争が顕在化していたため、Xが自己に有利な証拠が見つかるかもしれないと思い、電子メールを見ることは仕方ないといえる。また、Xも紛争の相手方に容易に電子メールを見られるような状態を作った点で帰責性がある。

そこで、XとYの主観的態様から本件文書の証拠能力を認めることは相当でないとはいえない。

3 したがって、本件文書の証拠能力は認められる。

第2 設問2

1 まず、訴訟の開始、審判対象の特定やその範囲の限定、訴訟の終了につき当事者の主導権を認める建前たる処分権主義（246条）の下、不服申立ての範囲を超えて上訴人に不利又は有利な判決をすることは許されない（不利益・利益変更禁止の原則（304条、296条1項））。

2 本問では、原判決では、相殺の再抗弁を認めてXの請求を認容している。そして、Xは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を抱き控訴している。

（1）まず、Aの場合、甲債権が弁済により消滅したとの心証を抱いているが、原判決では甲債権は存在するとされている。そこで、心証通りの判決をすれば、不服の範囲を超えてXに不利な判決となる。

したがって、控訴裁判所は心証通りの判決をすることはできず、控訴棄却判決をすべきである。

- (2) 次に、イの場合、甲債権の存在という点では X に不利益とならないが、丙債権が乙債権との相殺によって消滅したのではないとする点で、乙債権が存在することになるので不服の範囲を超えて X に不利となる。

したがって、控訴裁判所は心証通りの判決をすることはできず、控訴棄却判決をすべきである。

- (3) ウの場合、乙債権の弁済による消滅を認定すれば、丙債権がなお存在することになり、これは不服の範囲内である。したがって、控訴裁判所は控訴認容判決をすべきである。

第3 設問3

1 課題1

- (1) まず、前訴確定判決に既判力が生じているか。

ア 既判力とは、前訴判決の判断内容の後訴における通用力又は拘束力のことをいう。そして、審理の簡易化・弾力化の観点から、既判力は「主文に包含するもの」(114条1項)すなわち訴訟物たる権利関係の存否についての判断にのみ生じる。

そして、既判力の根拠は手続保障の充足に基づく自己責任にあるから、原則「当事者」間に生じる(115条1項1号)。

イ 本問では、前訴の訴訟物は甲債権の存否であり、この点について XY 間に既判力が生じる。

- (2) もっとも、後訴は X の Z に対する訴えであり、Z は「当事者」ではないため Z には既判力が及ばないと思える。

では、当事者間に既判力が生じていることが、当事者と特殊な関係にある第三者にも影響を及ぼす反射効が認められないか。

ア 既判力は訴訟法上の効力であるのに対し、反射効は実体法上の効力を認めるものである。それにもかかわらず、実定法上の根拠規定がない。

そうだとすれば、そのような強い効果を持つ効力を明文の規定のまま認めるべきではない。そこで、反射効は認められない。

もっとも、既判力の根拠は前述の通りであるから、第三者の手続保障が充足されている場合には、既判力を拡張することができると解する。

イ 本問では、前訴において Z は補助参加し、甲債権の存否について十分に争う機会を与えられている。そこで、Z に既判力を拡張しても Z の手続保障を害さない。

したがって、Z に既判力が拡張される。

- (3) そして、保証債務は付従性があり、主債務の存在が前提となるから、後訴においては、甲債権の存在が先決問題になる。そこで、前訴と後訴では訴訟物が先決関係にあり、前訴確定判決に生じた既判力が後訴に作用する。

2 課題2

- (1) 前訴確定判決にいかなる効力が生じているか。

ア そもそも、同条の趣旨は、参加人と被参加人が共同して訴訟を追行した以上、敗訴した場合に生じる責任も共同して分担すべきという点にある。

そこで、「効力」(46 条)とは、既判力とは異なる参加効力を意味し、被参加人敗訴の場合に、参加人・被参加人間において、理由中の判断についても生じると解する。

イ 本問では、前訴で X が敗訴しており、甲債権の存在について、YZ 間で参加効力が生じている。

(2) では、この効力を参加人が援用することは許されるか。

ア 前述の通り、参加効力の趣旨は、敗訴責任の公平な分担にある。そこで、被参加人敗訴の場合に、参加人に有利に働く効力を後訴で参加人が援用しても上記趣旨に反しない。

したがって、参加人による参加効力の援用も許される。

イ 本問では、参加人 Z による参加効力の援用も許される。

(3) よって、後訴において前訴確定判決の参加効力が作用する。

以上

設問 1

1、 法的根拠は、228条1項である。文書の取得過程が「真正」であること、すなわち、文書の取得過程が、社会通念上著しく不当かどうかによって証拠能力の有無を判断すべきである。

2、(1) 本文書は、書証であり「文書」にあたる。

(2) 本件で、Yは、Xに無断で他人のパソコンのメールを閲覧した上、そのメールを網羅的に自己のUSBに保存して、自宅でそのメール内容を確認し、自己の有利な部分をプリントして本文書を作成している。

このような、取得態様は、他に証明に役立つ証拠がなかったことを考慮してもなお、社会通念上著しく不当といえるものである。文書提出命令(220条)を申し立てするなど適法な方法によるべきであった。

3、 以上より、本文書の証拠能力は否定される。「真正」とはいえない。

設問 2

第1 (ア)について

1 (1) 304条によれば、「第1審の取消し及び変更は、不服申し立ての限度においてのみ、これを行うことができる」と規定されている(不利益変更禁止原則)。これは、上訴審における、処分権主義の現れである。処分権主義とは、当事者に審判対象の特定等の権能を認める建前のことをいう。

(2) 304条の不利益性の判断は、原則として、原裁判と控訴審の各々の既判力が生じる判断を比較して決定する。そして、本件のように、相殺の抗弁が主張されている場合は、相殺の抗弁にも既判力が生じることから(114条2項)請求債権については、控訴人に有利だが、相殺の抗弁については、不利ということがありうるので、この場合は、単純に認容額を比較して判断する。

2 (ア)では、控訴裁判所は、甲債権は弁済により消滅したと判断している。この判断に基づくと、請求棄却判決を行うことになる。しかし、これは、請求認容判決をしていた原判決よりもXにとって不利であり、304条に抵触する。

3、 したがって、控訴審裁判所は、控訴棄却(302条)判決をすべきである。

第2 (イ)について

1 (イ)では、控訴審裁判所は、甲債権と乙債権はいずれも弁済により消滅していないが、丙債権の存在が認められないと判断している。この判断に基づくと、甲債権は、乙債権と相殺されて、請求棄却判決がされることになる。これは、原判決よりもXにとって不利であり、304条に抵触する。

2、 以上より、控訴審裁判所は、控訴を棄却(302条)する判決をすべきである。

第3 (ウ)について

コメントの追加 [Y.K1]: コメント

本試験で民訴が一番出来が悪く、反省点が多かった。

コメントの追加 [Y.K2]: コメント

未知の問題で条文の指摘を間違えた。

一番最後に解答したこともあり、時間がなく冷静に考えられなかった。時間の余裕があれば、未知の問題であったとしても、もう少し、まともな規範の定立、あてはめができたと思う。

コメントの追加 [Y.K3]: コメント

ここの「そして」以下は、きちんと理解できておらず、余事記載かもしれない。

3

1、（ウ）では、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をしている。これは、まさに X の不服のあった部分を認めるものである。この判断に基づく、X の請求認容判決がなされる。これは一見すると、原判決と何も変わっていないように思える。

しかし、原判決においては、甲債権の存在（114条1項）と、相殺による丙債権200万円の不存在（同条2項）に既判力が生じるところ、第2審においては、甲債権の存在にのみ既判力が生じ、丙債権200万円の不存在には既判力が生じない点で、Xにとって有利であるから、304条に抵触しない。

2、以上より、控訴裁判所は、原判決を取消し、Xの請求を認容する判決をすべきである。

設問3

第1 課題1

1、（1）前訴において、Zは補助参加（42条）していたためXのZに対する保証債務の履行を求める訴えについて、前訴確定判決の参加効力（46条）が生じるかが問題となる。

（2）しかし、参加効力は、参加人及び被参加人の間に及ぶ効力であり、前訴の参加人はZで、被参加人はYである。

2、したがって、Xの上記訴えにおいては参加効力は作用しない。

第2 課題2

1、ZのYに対する求償の訴え（民法459条1項）において、前訴確定判決の参加効力が作用するか。

2（1）参加効力は参加人と被参加人との間に生じる効力である。46条の趣旨は、補助参加人が、被参加人を勝訴させることにより、自己の利益が害されるのを防ぐため、補助参加の機会が与えられた以上、敗訴した場合には、その敗訴責任を共同分担するのが公平であるとした点にある。

（2）そして、参加効力は、主文の判断の他、理由中の判断についても生じると解される。

3（1）本件で、前訴においてZは参加人であり、Yは被参加人であるから、上記のZの訴えに、前訴確定判決の参加効力が作用し、前訴において認められた甲債権の存在を否定することは、許されないように思える。

（2）しかし、前訴において、Zは、第三回口頭弁論期日において、甲債権について免除の事実を主張し、その証明のためにZ地震の証人尋問の申し出をしていた。ところが、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。

これは、45条2項により適法である。

（3）そうすると、46条2号により、上記Zの訴えにおいては前訴確定判決の参加効力は作用しない。このように解することは、敗訴責任の共同分担という上記の同条の趣旨

コメントの追加 [Y.K4]: コメント

課題2の誘導に引っ張られて、課題1でも参加効力のことしか問われていないと勝手に勘違いして、既判力などその他の記述をけななかった。

とも合致する。

4、 以上より、上記 Z の訴えにおいては、前訴確定判決の参加効力は 46 条 2 号により作用しない。よって、Y が甲債権が存在しないと主張することは許容される。

以上

コメントの追加 [Y.K5]: コメント

ここは間違いだと思う。除外事由がある場合なので、参加効力の趣旨が妥当しないと思う。除外事由がある場合は、参加人の従属性や、法的利益保全のための手続保障が十分に与えられなかったことから、公平の観点から、参加人の利益保護のために、例外的に参加効力を否定するので、参加効力が生じない結果、かえって参加人に不利になる場合には、除外事由がある場合でも、例外的に参加効力を援用できると思う。

設問 1

1 (a)について

民事訴訟では、自由心証主義（民事訴訟法（以下法名略）247 条）が妥当し、証拠が違法で収集されたとしても、原則として自由に裁判所が認定可能であり、違法収集の点は、証拠能力でなく証明力の問題とすればよい。

もっとも、いかなる違法収集の場合でも証拠能力を認めるとすると、裁判所が違法な収集に加担することとなりかねず、クリーンハンズの原則に反するし、適正手続及び公正な訴訟運営を行うこととそれに対する国民の信頼に反する。したがって、例外的に、人格権を侵害し反社会的な方法で収集された証拠については、裁判所が、公正な裁判を進行する立場にある者として（2 条）、違法収集証拠として証拠能力を否定することが可能であると解する。

2 (b)について

本件で、Y は、X 宅で話し合い中に X が外出したところを見計らって、勝手に X の私物であるノートパソコンを開き、電子メールをすべて保存することで、本件メールを収集した。ノートパソコンは、個人情報がたくさん記載されている可能性が高い物であり、その所有者の、ノートパソコンを他人に見られないことに対するプライバシーの期待は非常に高い。パソコン上のメールにもそのような情報が多数記載されているのは通常のことであり、現に、X も、本件メールに X の健康状態や XA 間に子の学業成績が記載していたことから、X の本件ノートパソコン及びその中に記載されているメールについてのプライバシーの期待は非常に高かったといえる。もし X がこのことを知っていたら強く拒絶の意思を示すと考えられるところ、かかる意思を確認することなく、X のあずかり知らぬところで勝手にノートパソコンを開き、その中のメールを保存することは、X のプライバシー権という人格権を著しく侵害する反社会的行為である。

以上より、本件メールは、人格権を侵害し反社会的な方法で収集されたものであるから、違法収集証拠として証拠能力が認められない。

設問 2

1 控訴裁判所は、304 条より、不服申し立ての限度においてのみ第一審判決の取消し及び変更ができ、不服申し立ての限度を超える不利な判決をすることができない（不利益変更禁止の原則）。

これは、控訴審における処分権主義の現れであるから、前審の判決の効力を基準として判断し、原則判決理由中の判断は問題とならない。

2 (ア)について

第 1 審では、請求認容判決がされているから、第 1 審判決からは甲債権の存在の判断に既判力が生じることとなる。そして、X は、乙債権について弁済の事実が認められることを求めて控訴している。これに対し、控訴裁判所で (ア) の事実を認めて判決を下すと、甲債権の不存在を認定することとなり、控訴審判決の既判力は甲債権の不存在の

判断について生じることとなる。これは、第 1 審の請求認容判決により甲債権の存在について既判力ある判断を得ることができたはずである X の立場を不利益とする判決であり、不服申し立ての限度を超える。

したがって、控訴裁判所は、心証通りに甲債権の弁済による消滅を認め、第 1 審判決取消し（305 条）、及び、請求棄却判決をすることは、304 条より許されない。そこで、控訴裁判所は、第 1 審判決を維持し、X の控訴を棄却するほかない（302 条 1 項）。

3 (イ) について

相殺の抗弁については、104 条 2 項により、自働債権の相殺対当額の不存在の判断について既判力が生じるから、不利益変更禁止原則の適用がある。そして、104 条 2 項の趣旨は、相殺は請求債権となんら関係のない反対債権を持ち出すものであることから、反対債権の存否の争いとして訴訟が蒸し返されることを防止することにあるところ、訴訟外で相殺がされたことによる事実抗弁についても、かかる蒸し返しの危険は生じるため、104 条 2 項の趣旨が妥当し、自働債権の相殺対等額の不存在の判断について既判力が生じると解すべきである。

そこで、第 1 審では、200 万円の乙債権を受働債権、200 万円の丙債権を自働債権とする訴訟外での相殺の再抗弁が提出され、その再抗弁が認められているから、第 1 審判決が確定すると乙債権の不存在、丙債権の不存在の判断につき既判力が生じることとなる。これに対し、控訴裁判所で (イ) の事実を認めて判決を下すと、丙債権の存在が認められない結果上記の相殺の再抗弁が認められないこととなる。そこで、乙債権の弁済による消滅がされていないことを前提に、乙債権を自働債権とする相殺の抗弁が許容され、甲債権の不存在、乙債権の不存在の判断につき既判力が生じることとなる請求棄却判決がされることとなる。もっとも、もともと X は第 1 審で甲債権の存在の判断につき既判力ある判決を得るはずであったから、甲債権の不存在の判断につき既判力が生じる判決がされるという点で、かかる控訴審判決は X の不服申し立ての限度を超える判決といえる。

したがって、控訴裁判所は、心証通りに丙債権の不存在を認め、乙債権を自働債権とする相殺の抗弁を認めることで、第 1 審判決取消し（305 条）、及び、請求棄却判決をすることは、304 条より許されない。そこで、控訴裁判所は、第 1 審判決を維持し、X の控訴を棄却するほかない（302 条 1 項）。

4 (ウ) について

控訴裁判所で (ウ) の事実を認めて判決を下すと、乙債権の弁済による消滅が認められる結果、丙債権を自働債権とする相殺の再抗弁は判断されないこととなる。この場合、控訴審判決により丙債権の存在の判断に既判力が及ぶこととなるとも思われる。上記 104 条 2 項の趣旨を踏まえると、相殺の抗弁につき裁判所の判断がされた場合に、自働債権の相殺対当額の不存在の判断に既判力菓子乗じることとすれば、紛争蒸し返しに十分であるから、相殺の再抗弁が判断されていない以上、請求債権となんら関係がない丙

債権の存在の判断に既判力を生じさせる必要はない。したがって、心証通りの控訴審判決がされると、甲債権の存在の判断、乙債権の不存在の判断についてのみ既判力が生じることとなる。これを第1審判決と比べると、丙債権の不存在の判断に既判力が生じなくなり、Xは丙債権につき後訴で請求可能となるのであるから、Xの不服申し立ての限度を超える不利益な判決とならない。

したがって、(ウ)の事実を認めて判決を下すことは304条に反しない。控訴審裁判所は、第1審判決を取り消して(305条)、乙債権の弁済の消滅により相殺の抗弁が認められないことを理由とする請求認容判決を下せばよい。

設問3

第1 課題1について

- 1 既判力は当事者間に及ぶのが原則である(115条1項1号)。そこで、XY間の訴訟における確定判決の既判力は、当事者でないZには及ばない。また、ZはXY間の訴訟に補助参加しているものの、補助参加による参加的効力(46条)は、以下の通り、敗訴者間で生じる効力であるから、XとZ間にはなにも参加的効力は生じない。
- 2 では、Zに、当事者間に既判力が生じたことが、当事者の一方と実体法上の依存関係にある第三者に有利または不利な影響を及ぼす力、すなわち反射効が生じないか。ZはYの保証人であるから、被担保債権である甲債権の存在の有無によって、Zの保証人としての責任が認められるかが左右されるという点で、Zは、Yと実体法上の依存関係にあるといえる。そこで、反射効が認められるのであれば、XY間の訴訟の確定判決により生じた甲債権の存在の判断についての既判力が反射的にZに影響することにより、Zは、Xに対して、甲債権の存在を前提として主張しなければならず、甲債権の不存在を主張することが認められないこととなる。

もともと、このような反射効を認めることは妥当でない。処分権主義・弁論主義のもとでは、類型的に既判力の拡張と同視できる効果を発生させることができるのは、明文ある場合に限るべきであるし、安易に拡張を認めることは、手続保障の観点からも問題があるからである。本件でも、Zは、補助参加人としてXY間の訴訟に参加しているものの、Zによる甲債権についての免除の事実の主張立証は当事者であるYに排除されており、当事者として十分な手続保障がされていないことから、Zに、既判力類似の効力であり訴訟活動における自由を奪う反射効を安易に認めるべきではない。

したがって、反借を認めることはできない。

- 3 以上より、XZ間の訴訟手続において、前訴確定判決による拘束力は作用しない。

第2 課題2について

- 1 46条の趣旨は、補助参加人に判決効が及ぶ根拠は、補助参加したにもかかわらず、被参加人が敗訴した場合に、公平上その責任を分担する点にある。また、46条は「効力」が発生しない様々な除外事由を定めており、既判力とは異なるものであることを前提としている。したがって、補助参加人に及ぶ効果は、既判力とは異なる特別の効力である

参加的効力であり、敗訴者間で及ぶものである。また、補助参加人は理由中の判断について争うことが通常であるから、参加的効力が及ぶのは、判決主文の判断および判決理由中の判断である。

そこで、前訴でZがYの補助参加人としてYに補助参加し、Yの敗訴判決がされたことから、Z Y間で参加的効力が及び、後訴で、Zは、Yに対し、前訴の判決主文の判断である甲債権の存在の判断につき反する主張ができなくなるとも思える。

- 2 もっとも、参加的効力は効力が及ぶ敗訴者間で援用して初めて効力が生ずるところ、前訴で補助参加人であったZが、被参加人であるYに対して、参加的効力を援用することは許されるか。

この点、参加的効力の根拠は、実際に訴訟追行した以上、補助参加人も被参加人と共に敗訴の責任を負担するのが衡平であるという点に求められるのである。そこで、被参加人も、補助参加によって、補助参加人の協力を得て訴訟追行をすることが可能になり、自己に有利に訴訟を進められる可能性があった以上、被参加人と敗訴責任を分担することが46条の趣旨に合致する。本件でも、Zは、Yからの要請を受けて補助参加をしており、甲債権についてXによる免除の事実の主張と立証の申出、及び、丙債権についてのZによる弁済の事実の主張という、YとZの勝訴につながりうる訴訟活動を行っている。かかる点を踏まえると、敗訴したYに参加的効力を及ぼすべきであるから、補助参加人であるZに援用を認めるべきである。

よって、ZによるYに対する参加的効力の援用は認められる。

- 3 以上より、ZのYに対する訴えに係る訴訟手続において、前訴確定判決の参加的効力が作用し、Yは、求償債務を否定するために甲債権の不存在を主張することはできなくなる。

以上

設問 1

(a)

証拠能力が否定される法的根拠は、弁論主義。

証拠能力を判断する基準は、当事者の合理的意思に反し、当事者にとって不意打ちになるときは、証拠能力が否定される。

(b)

Y が勝手に証拠を提出したら X の合理的意思に反する。

Y が勝手に証拠を提出したら X にとって不意打ち。

よって、証拠能力否定。

設問 2

(ア)

甲債権が消滅するということ判断は、不利益変更禁止の原則に反する。

そのため、原判決を取り消さず、控訴棄却にとどめる。

(イ)

乙債権が存在するということ判断は、不利益変更禁止の原則に反する。

そのため、原判決を取り消さず、控訴棄却にとどめる。

(ウ)

乙債権が弁済により消滅したということ判断は、不利益変更禁止の原則に反しない。

そのため、原判決を取り消す、控訴を認容する。

設問 3

課題 1

XY 間に既判力が生じる。

Z には参加効力が生じる。

課題 2

この問題はわからなかった。

第一 設問2

1. 裁判所は、(ア)ないし(ウ)それぞれの場合に、その心証に従った判決をすることができるか。その判決が民事訴訟法（以下法令名省略）304条に反しないかが問題になる。
2. 304条は処分権主義（246条参照）の現れであるところ、処分権主義とは、私的自治の訴訟法的反映として、訴訟の開始・判決によらない終了、審判対象の設定・範囲の変更を当事者の権能とする建前をいう。この趣旨及び機能は、当事者の合理的意思の尊重及び当事者の予測しない不意打ち判決の防止にある。そして、控訴は原判決より自己に有利な判決を求めて申し立てるものであるから、原判決よりも不利益な判決は「不服申立ての限度」を超えるものとして304条に反し、許されない。

そして、「不利益」か否かは、裁判所の心証に従った判決がされた場合にそこから生じる既判力と原判決が確定したとすればそこから生じる既判力を比較して判断する。

3. 以下、検討する。

- (1) 原判決は、甲債権・乙債権・丙債権のいずれの存在も認めたとうえで、Xの相殺の再抗弁を認め、Xの請求を認容するものである。そのため、原判決が確定したとすれば、「主文に包含するもの」（114条1項）として、甲債権が存在する旨の判断に既判力が生じる。

また、相殺についての理由中の判断にも既判力は生じる（114条2項）ところ、同項は訴訟上の相殺と訴訟外の相殺とを区別しておらず、訴訟外の相殺に関しても既判力は生じる。そのため、原判決が確定したとすれば、乙債権及び丙債権が存在しない旨の判断にも既判力が生じる。

- (2) (ア)は、甲債権の発生を認めつつ弁済の抗弁を容れてXの請求を棄却するものである。そのため、この判決が確定すれば、甲債権が存在しない旨の判断に既判力が生じる。他方で、弁済の抗弁が認められた以上、予備的抗弁たる相殺の抗弁は審理されず、Xによる相殺の再抗弁についても審理されない。そのため、乙債権と丙債権の存否については既判力が生じない。

これを原判決と比較すると、(ア)では甲債権の不存在が確定される分、Xに不利益である。原判決では丙債権の不存在が確定されていたのに対して、(ア)の判決によればその不存在は確定されないためXに有利であるが、乙債権の不存在が確定しなくなることも考慮すると、Xに不利益であるといえる。

したがって、このような判決をすることは304条に反し、控訴裁判所としては控訴棄却判決（302条1項）にとどめるべきである。

- (3) (イ)は、Xによる再抗弁をいずれも容れず、Yによる相殺の抗弁を容れてXの請求を棄却するものである。この判決から、甲債権が存在しない旨の判断に既判力が生じる。そして、乙債権は相殺により消滅し、丙債権はその発生が認められないと判断されていることから、乙債権と丙債権が存在しない旨の判断にも既判力が生じる。

これを原判決と比較すると、乙債権と丙債権の不存在が確定される点は異ならず、甲

債権の不存在が確定される点で(イ)がXに不利益である。

したがって、このような判決をすることは304条に反し、控訴裁判所としては(ア)と同様に控訴棄却にとどめるべきである。

- (4)(ウ)は、Xによる弁済の再抗弁を容れつつYによる抗弁をいずれも容れず、Xの請求を認容するものである。この判決から、甲債権が存在する旨の判断に既判力が生じる。そして、乙債権は弁済により消滅していると判断されているから、乙債権が存在しない旨の判断にも既判力が生じる。他方で、弁済の再抗弁が容れられている以上、予備的再抗弁たる相殺の再抗弁については審理されず、丙債権の存否について既判力は生じない。

これを原判決と比較すると、甲債権と乙債権についての既判力については異ならず、丙債権の不存在が確定しない点で(ウ)がXに有利である。

したがって、このような判決をすることは304条に反せず、許される。そのため、原判決を取消し(305条)、Xの請求を認容する判決をすべきである。

第二 設問3

1. 課題1について

- (1)XY間訴訟において、Xの請求は認容されている。そのため、XY間においては甲債権が存在する旨の判断に既判力が生じている(114条1項)。もっとも、Zは補助参加人に過ぎず、「当事者」(115条1項1号)にあたらず、同項2号ないし4号の者にも該当しない。そのため、ZX間において既判力は生じず、したがってその作用もしない。
- (2)また、反射効の作用が考えられる。反射効とは、訴訟当事者に対し実体法上の依存関係を有する者に対し及ぶ既判力同様の効力をいう。

Zは、XのYに対する甲債権につき保証人の地位を有しており、主債務が存在しなければ付従性により自らの保証債務も存在しないという点で、主債務者Yに実体法上依存する地位にある。そのため、反射効がXZ間に生じるとも思える。

しかし、反射効については明文の根拠を欠く。このような反射効を認めると手続的な不安定が生じることから、反射効については判例と同様にその発生を否定すべきであると考えられる。

- (3)したがって、XZ間訴訟において前訴確定判決による拘束力は作用しない。

2. 課題2について

- (1)後訴におけるYの主張は、前訴確定判決の参加的効力(46条柱書)により排斥されないか。
- (2)参加的効力とは、敗訴責任分担の観点から、敗訴当事者とその補助参加人との間に生ずる既判力とは異なる効力をいう。基本的には、被参加人の側から参加的効力の発生を企図して訴訟告知(53条1項)をすることが多いものの、上記の敗訴責任分担という趣旨は参加人からの援用の場合にも妥当し、このような援用を否定すると却って敗訴当事者側の公平を害する。そのため、参加人であるZが参加的効力を援用することは許される。

(3) 参加効力は既判力とは異なる効力であるから、訴訟物の存否に関する主文の判断に限られず、理由中の判断にも生じ得る。もっとも、あらゆる理由中の判断に生じるのは妥当ではないから、主文の判断を導くのに必要な主要事実、すなわち法律効果の発生に直接必要な要件に該当する具体的事実の存否の判断に限られる。

前訴において X の Y に対する請求が認容され、Y らは敗訴していることから、前訴訴訟物である甲債権が存在する旨の判断に参加効力が生じる。そして、後訴における甲債権が存在しない旨の主張は、この効力の内容と矛盾することから、Z の援用により参加効力が作用する。

(4) よって、Y の主張は、上記効力により排斥される。

第三 設問1

1. 民事訴訟法において、不当な方法で収集された証拠方法の証拠能力を否定する明文の規定はない。もっとも、「当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない」(2条)ことから、違法収集証拠については信義則違反を理由にその証拠能力が否定され得る。

もっとも、信義則は一般原則であり、その適用は慎重にされなければならない。また、信義則は一方の帰責性と他方の信頼を考慮要素とするものである。そのため、違法収集証拠は、犯罪によって得られたものと同視できる程度の重大な違法がある場合のみその証拠能力を否定されると考える。

2. 本文書は、Y が本件メールを X に無断で保存したことによって生じたものであり、この点について Y には当然帰責性がある。

もっとも、Y の上記行為は、本件紛争が顕在化した後に X が Y を自宅に呼び寄せたことに起因する。本件紛争が顕在化している以上、X には以後訴訟に発展することが予測可能であり、その場合に Y は相手方当事者になるのであって、Y に有利な証拠が収集されることも予測できた。そのため、本来 X は Y を自宅に呼び寄せず、別の場所で話し合いをすべきであった。また、そのような危険があるにもかかわらず、X は自宅に Y のみを残して一人でコンビニエンスストアに行った。更に、X は、プライベートで利用していたノートパソコンのアカウントのメールを閲覧可能な状態にしたまま X 宅を離れており、Y の上記行為を容易にした。これらに鑑みると、X にも重大な帰責性があり、保護に値するとはいえない。したがって、本文書には犯罪によって得られたものと同視できる程度の重大な違法があるとはいえず、信義則は適用されない。

よって、本文書は証拠能力を有する。

以上