

【論文発表前】予備試験スタンダード論文答練ガイダンス

「勝負どころ」が
「見える」読み方と「伝わる」書き方

ガイダンスレジュメ

辰巳専任講師・弁護士

古海 健一 先生

辰巳法律研究所

【MEMO】

講師作成レジюме

辰巳専任講師 弁護士

古海 健一講師

1 はじめに

司法試験予備試験論文式試験（ひいては、司法試験論文式試験）に短期間で合格するためには、

- ① 試験委員の先生方が本当に聞きたいこと、すなわち「勝負どころ」をつかみ
- ② 試験委員の先生方に自分の能力を余すところなく伝えることが必要。

そのためには、

- ① 問題文を「勝負どころ」が「見える」読み方で読み、
- ② 「勝負どころ」が「伝わる」書き方で答案作成することが必要。

2 ①「勝負どころ」が「見える」読み方

(1) 「勝負どころ」とは何か

- ・ 事案を正確に把握していることを前提に、当事者間の争いに含まれる法的問題を明らかにした上で、適正な法律知識を使って、その法的問題に合理的な解決を示すこと。
- ・ 他の受験生との関係で合否の分かれ目となる、個々の「勝負どころ」とは異なる。

(2) 「勝負どころ」が「見える」読み方

（「勝負どころ」を読み取るにはどうすればよいか）

ア 形式的

- ・ 問題文を正確に読み、事案を適正に把握する。
 - 重要な行為の主体、日時、内容等に注意し（ex. マーカーを引く等）、時系列表、登場人物相関図等を作りながら読み進める。
- ・ 当事者で争いになっている事実（生の事実）を把握する。
 - 当事者の言い分に注意し（ex. マーカーを引く等）ながら読み進める。

イ 実質的

- ・ 当事者間の争いに含まれる法的問題を見抜く。
 - どの法律の何条が問題になっているのかを見抜く。
- ・ 事案解決に必要な法律知識があることが前提。
 - 上記条文の解釈や判例を理解し、使いこなせる。
- ・ その法律知識を使って、法的問題を解き、当事者間の争いを裁定し、事案の適切な解決方法を検討する。
 - 実際に使いこなして、合理的で説得的な結論を導く。

3 ②「伝わる」答案

(1) 「伝わる」答案とはどのような答案か

- ・個別の条文適用や条文解釈だけでは、伝わらない。
- ・答案の初めから終わりまで、答案の全体で、当事者間で争いになっている事実を明らかにすることができること、その争いに含まれる法的問題を適切な法律知識を使って解くことができること、当事者間の争いを裁定し、合理性のある結論を導くことができることを示して、はじめて伝わる。

(2) 「伝わる」答案を書くにはどうすればよいか

ア 形式的

- ・試験委員の先生方が読みやすい答案を作成する。
→読みやすい文字、適切なナンバリング・タイトル付け等
- ・法曹界の常識に従い、答案を作成する。
→条文適用の際は、法的三段論法を用いる。条文解釈に争いがあれば、問題提起、規範定立、あてはめを行う。

イ 実質的

- ・当事者間で争いになっている事実を明らかにする。
→問題提起や規範定立の中で反対利益に言及する。
- ・その争いに含まれる法的問題を適切な法律知識を使って解く。
→事前準備がものをいう。普段の勉強の賜物。
当事者間の争いを裁定し、合理性のある結論を示す。
→人生経験の豊富さ、人間性が反映されるところ。
合理的な結論を導ける受験生は法曹に向いている。
他方、不合理な結論しか導くことのできない受験生は法曹には向いていない。

4 具体的検討～平成27年度予備試験論文式試験問題（民事訴訟法）を例に～

5 最後に

司法試験合格後を見据えて、法律の勉強を一生懸命がんばって下さい。

以上

〔平成27年予備試験民事訴訟法〕〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、1：1)

1 次の記事を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい(なお、解答に当たっては、
2 遅延損害金について考慮する必要はない。)

3

4 【事例】

5 弁護士Aは、交通事故の被害者Xから法律相談を受け、次のような事実関係を聴き取り、加害
6 者Yに対する損害賠償請求訴訟事件を受任することになった。

7 1. 事故の概要

8 Xが運転する普通自動二輪車が直進中、信号機のない前方交差点左側から右折のために同交
9 差点に進入してきたY運転の普通乗用自動車避けられず、同車と接触し、転倒した。Yには、
10 交差点に進入する際の安全確認を怠った過失があったが、他方、Xにも前方注視を怠った過失
11 があった。

12 2. Xが主張する損害の内容

13 人的損害による損害額合計1000万円

14 (内訳)

15 (1) 財産的損害 治療費・休業損害等の額の合計700万円

16 (2) 精神的損害 傷害慰謝料 300万円

17

18 【設問1】

19 本件交通事故によるXの人的損害には、財産的損害と精神的損害があるが、これらの損害を
20 まとめて不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した場合について、訴訟物は一つであ
21 るとするのが、判例(最高裁判所昭和48年4月5日第一小法廷判決・民集27巻3号419
22 頁)の立場である。判例の考え方の理論的な理由を説明した上、そのように考えることによる
23 利点について、上記の事例に即して説明しなさい。

24

25 【設問2】

26 弁護士Aは、本件の事故態様等から、過失相殺によって損害額から少なくとも3割は減額さ
27 れると考え、損害総額1000万円のうち、一部請求であることを明示して3割減額した70
28 0万円の損害賠償を求める訴えを提起することにした。本件において、弁護士Aがこのような
29 選択をした理由について説明しなさい。

【MEMO】

平成27年論文式試験・民事訴訟法再現答案①

Memo

P.1 第1 設問1について

2 1 理論的な理由

3 訴訟物とは訴訟において原告が主張する実体法上の権利のこと
4 をいう。財産的損害は709条、精神的損害は710条を根拠と
5 するから両者は異なる請求権であり訴訟物を異にするとも思える。
6 しかしどちらも不法行為に基づく損害賠償請求権であり710条
7 は財産的損害以外についても賠償責任があることを注意的に示し
8 たに過ぎないこと、どちらの損害も交通事故という同一の事実上
9 の原因に基づき生じていることを根拠に訴訟物は1つであるとし
10 ていると考えられる。

11 また私的自治の訴訟法的反映の観点から現行法上処分権主義が
12 採られており、訴訟物の設定については原告の合理的意思が尊重
13 される。そして後述するように、判例の考え方をとると原告側に
14 利点がある。よって判例の考え方は処分権主義の観点からも妥当
15 であり、それも理論的根拠となっていると考えられる。

16 2 判例の考え方による利点

17 上記事例において原告が過失相殺後は財産的損害が600万円、
18 精神的損害が100万円となると主張したとする。これに対し裁
19 判所が過失相殺等により財産的損害は550万円、精神的損害は
20 150万円と認定した場合を想定する。

21 このとき訴訟物を2つと捉える場合には精神的損害につき原告
22 の主張する100万円を超える認定はできず、認容額は650万
P.2 円となってしまう。

2 一方判例の考え方によれば個々の損害自体は訴訟物とならない
3 ので、個々の損害について裁判所の認定額が上回っても問題ない。
4 このため上記の場合に裁判所は心証どおりの認定ができ、認容額
5 も原告の主張する総損害額とおなじ700万円となる。

6 このように判例の考え方は個々の損害額について原告と裁判所
7 との間にずれが生じた場合に認容額が下がることを防げるという
8 利点がある。

9 第2 設問2について

10 1 一部請求とした理由

11 印紙代を節約するためである。仮により多く認容されそうだと
12 わかれば後で増額することもできるのではじめは一部請求とする
13 方が無駄な印紙代を払わずにすむ。

14 また、一部請求としても過失相殺は一部請求額からではなく、
15 損害額からなされるので不都合はない（外側説）。これは処分権
16 主義が根拠である。私的自治の訴訟法的反映を根拠とする処分権
17 主義の趣旨は原告の合理的意思の尊重と被告への不意打ちの防止
18 にある。原告は過失相殺により認容額が減ることを見越して一部
19 請求をするのであるから過失相殺は一部請求額からではなく、損
20 害額からするのが原告の合理的意思に合致する。そして訴訟では
21 損害額が争われるのだから被告への不意打ちにもならない。この
22 ため外側説が妥当である。

P.3 このようにより一部請求としても不都合は生じず、印紙代を節約で
2 きるためAは一部請求を選択したと考えられる。

3 2 一部請求であることを「明示」した理由

4 私的自治の訴訟法的反映を根拠とする処分権主義の趣旨は原告

5 の合理的意思の尊重と被告への不意打ちの防止にある。一部請求
6 であることが明示されれば、被告は残債務の不存在確認を反訴で
7 提起することにより争うこともできる。これにより被告の防御上
8 の不利益、不意打ちを避けることができる。

9 そのため明示することは処分権主義に適合する。これがAが明
10 示した理由であると考えられる。

11 以 上

平成27年論文式試験・民事訴訟法再現答案②

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 判例の考え方の理論的な理由

3 (1) 判例は、不法行為に基づく損害賠償請求の訴えが提起された場合、財
4 産的損害（民法709条）・精神的損害（民法710条）の両請求につ
5 き、訴訟物は1つであるとの考え方を採る。

6 (2) たしかに、両請求は、実体法上の根拠条文が異なるため、実体法上の
7 請求権単複異同により訴訟物を特定する旧訴訟物理論によれば、訴訟物
8 は2個とも思える。

9 しかし、民法710条は、不法行為制度の趣旨たる被害者救済の観点
10 から、民法709条と一体化して柔軟に運用するために設けられた補充
11 的規定と解される。実務上も、そのように運用されているとみられる。

12 また、同一事故による同一人の身体侵害の場合、これによる財産的損
13 害・精神的損害を1個の法益侵害によるものと構成しうするため、両請求
14 は実質的に1個の不法行為に基づく損害賠償請求権と解され、旧訴訟物
15 理論とも整合する。

16 (3) 以上の理論的な理由から、判例は両請求につき訴訟物を1つとする考
17 え方を採っていると解する。

18 2 利点

19 (1) 事例上のXの訴えは、不法行為に基づく損害賠償請求の訴えであり、
20 その中で財産的損害700万円・精神的損害300万円の両請求をする
21 というものである。また、X・Y各々の運転する自動車接触・転倒とい
22 う同一事故による、同一人Xの身体侵害の場合である。

P.2 この場合、判例のように考えることは、両請求を各々別個の訴訟物と
2 して個別に請求・定立しなければならないという、Xの二重請求ないし
3 二重提訴の負担を防止しうる利点がある。これにより、紛争の一回的解
4 決、及び、二重敗訴による印紙代や訴訟費用の二重負担（61条・64
5 条参照）の危険防止を図りえ、被害者救済にも資する。

6 (2) また、被告の二重応訴の負担を防止しうるといふ、利点もある。

7 (3) さらに、訴訟経済に資するという利点もある。

8 (4) よって、判例のように考えることには、(1)(2)の両当事者の利益（利
9 益）及び訴訟経済による制度の効率的運営（公益）という利点がある。

10 第2、設問2

11 1(1) まず、弁護士Aの選択した、明示の一部請求は許されるか。その許否
12 が明文なく問題となる。

13 (2) この点、私的自治の原則を訴訟上に反映させた処分権主義（246条
14 参照）の下、原告には、自ら申立事項（133条2項2号）を設定して、
15 訴訟物を特定する機能かつ責任がある。そうであれば、申立事項を一部
16 と設定した原告意思を尊重すべきである。また、損害額の予測困難な民
17 法709条等の請求において、原告の一部敗訴による訴訟費用の負担
18 （64条）を防止すべき観点からも、一部請求を認める必要がある。

19 もっとも、一部との明示を不要とすると、原告の恣意的分断により、
20 後訴（残部請求）なしとの被告の信頼が害され被告の二重応訴の負担を
21 生じうるため、これを防止する必要もある。

22 したがって、明示の一部請求に限り、許され訴訟物も原告設定の一部
P.3 となると解する。

2 (3) そうすると、Aの明示の一部請求も許され、この点でのAの選択は適
3 切である。

4 2(1) もっとも、Yが過失相殺（民法722条2項）を主張しなければ、裁

5 判所が職権で過失相殺することは、当事者の主張しない事実を判決の基
6 礎にしえないとする弁論主義の第1テーゼに反し、できないのではない
7 か。できなければ、過失相殺による3割の減額はなく、当該減額を予め
8 なした一部請求の選択は適切でないため、弁論主義の対象及び上記可否
9 が問題となる。

10 (2) この点、当事者意思の尊重、不意打ち防止という弁論主義の趣旨から、
11 当事者の訴訟の勝敗に直結する主要事実さえ、弁論主義対象とすれば足
12 りる。

13 そして過失（相殺）は規範的評価にすぎないため、その成立を根拠づ
14 ける具体的事実（評価根拠事実）こそ、当事者間の攻防の中心となり、
15 証拠のより直接証明しうる主要事実と解される。

16 他方、過失相殺自体は、公平という公益を趣旨とするため、上記私益
17 を趣旨とする弁論主義の要請は劣後し、当事者主張を要しない（権利抗
18 弁でない）。

19 したがって、当事者が過失の評価根拠事実さえ主張していれば、過失
20 相殺を主張しなくとも、裁判所は職権で過失相殺できる（弁論主義の第
21 1テーゼに反しない）と解する。

22 (3) 本件では、Yが法の素人であっても、自己の責任否定ないし減殺する
P.4 ために、Xの前方注視義務違反という過失の評価根拠事実を主張してく
2 る可能性は高い。そうであれば、Yが過失相殺を主張しなくとも、裁判
3 所は職権で過失相殺できる。

4 したがって、過失相殺による減額は必至であり、この点でのAの選択
5 も適切である。

6 3(1) そうだとしても、一部700万円を基準に過失相殺されれば、請求額
7 は490万円しか認容されず、全部請求しなかったAの選択は不適切で
8 はないか。過失相殺の基準額は、全部一部のいずれかが問題となる。

9 (2) たしかに、一部を訴訟物とする以上、一部を基準とすべきとも思える。

10 しかし、たとえ法の専門家たる弁護士による請求であっても、交通事
11 故において裁判所が過失相殺するのか、するとしていくら減額してく
12 るのかを予測することは、困難といえる。そうであれば、前述の処分権主
13 義の下、明示の一部請求をする原告・弁護士としては、仮に過失相殺・
14 減額されても少なくともこれだけは認容されたいとの意思とみるのが合
15 理的であり、それが紛争の一回的解決、一部敗訴による死傷費用の負担
16 （64条）防止にも資する。

17 したがって、全部を基準額とすべきと解する。

18 (3) よって、全部1000万円を基準額として、Xの過失3割を減額し、
19 それでもなお残額300万円が請求額700万円以上となるため、全部
20 認容判決が下されることとなる（64条の負担なし）。すなわち、Aの
21 選択は適切である。

22 4 以上が、Aの選択の理由である。

以 上

平成27年論文式試験・民事訴訟法再現答案③

Memo

P.1 第1 設問1

1 判例の考え方の理論的な理由

(1) 訴訟物とは、当事者が裁判所に申し立てる請求を基礎付ける具体的な権利義務のことをいう。そうすると、訴訟物については、実体法上の権利義務が基準になると考える。

(2) 実体法上、不法行為に基づく損害賠償請求権は、民法709条により発生する。

ア そこで、709条の文言を素直に解釈すると、一つの権利侵害行為から生じた損害について一つの損害賠償責任が生じると考えるべきである。

イ そして、710条は、権利侵害行為により「財産以外の損害」についても709条の「損害」に含まれると定めている。

ウ よって、財産的損害と精神的損害にかかわらず、一つの権利侵害行為から生じた損害に含まれ、その損害について一つの709条責任が生じることになる。

(3) したがって、実体法上、一つの権利侵害行為から生じた損害については、損害の種類を区別せず、一つの損害賠償責任が発生することに対応して、訴訟物も財産的損害と精神的損害に分断されず、一つであることになる。

2 そのように考えることによる利点

(1) まず、被害者の救済の観点で現実的妥当性を確保できる事に利点がある。

ア 本件において、仮に、裁判の心証が、財産的損害500万円、精神的損害500万円であったとする。訴訟物が一つであるとするならば、裁判所は心証通り計1000万円の損害賠償責任を認める判決を下せる。なぜならば、損害の種類はあくまで間接事実には過ぎないので、当事者の主張に拘束されることはなく、心証通りの認定ができるからである。

イ これに対し、同様の仮定の下、訴訟物が損害の種類に応じて二つであるとする、裁判所は、財産的損害500万円、精神的損害300万円の判決を下すことになる。なぜならば、裁判所の審判対象は訴訟物の範囲に限定されるからである(処分権主義、246条)。

そうすると、被害者は1000万円の損害を被っているにもかかわらず800万円の限度でしか救済されない事になる。

(2) また、訴訟の一回的解決の観点でも利点がある。

仮に訴訟物が分断されるとすると、原告は明示の一部請求により、後訴を提起して損害の回復を図る事態が考えられる。これは、被告の応訴の煩や訴訟経済の点で、望ましくない。

P.2 第2 設問2

1 弁護士Aがこのような選択をした理由は、①紛争の一回的解決と②印紙代の節約であると考えられる。

その理由の前提として、一部請求における訴訟物の範囲、及び過失相殺の基準が、明文なく問題となる。

P.3 (1) まず、実体法上、債権の分割行使が許容されることから、訴訟法上も当然に一部請求が可能であると考えられる。

(2)ア もっとも、一部請求である事の明示がない場合、相手方に対し不意打ちが生じるおそれがある。そこで訴訟物は債権全

5 額であると考える。

6 イ これに対し、一部請求である事の明示がある場合、相手方
7 に不意打ちのおそれはなく、また原告の意思にもかかない、処
8 分権主義の趣旨に反しないので、訴訟物は当該一部請求の範
9 囲に限定されると考える。

10 (3)ア 裁判の審判対象は訴訟物に限定される(246条)のが原
11 則である事から、過失相殺の基準も訴訟物であると考えるべ
12 きとも思える。

13 イ しかし、そのように解すると、既判力が及ばない(114
14 条1項)残額部分について、原告の後訴請求が不可避となり、
15 紛争の一回的解決の要請に反する。また、本件のように、原
16 告は過失相殺がなされることを予期した上で明示的一部請求
17 をしており、債権全額を基準にするのが原告の合理的意思に
18 かなう。

19 裁判所は明示的一部請求の場合であっても、債権全体につ
20 いて審理を加えるのが通常であることから、債権全体を基準
21 として過失相殺するのが妥当である。(外側説)

22 (4) 以上により、弁護士Aは損害総額1000万円から少なくと
P.4 も3割過失相殺されると予測している以上、明示的一部請求に
2 により、認められる可能性のない請求額について印紙代が発生す
3 ることを避けると共に、一度の訴訟で原告の満足が得られるこ
4 とになる。

5 2 また、仮に、Aの予期に反して過失相殺が1割しか認められな
6 かったような場合、明示的一部請求をしていれば、訴訟物が分断
7 され残額部分については既判力が及ばないので、後訴で請求する
8 ことが可能になるという利点が存在する。

9 以上

平成27年論文式試験・民事訴訟法再現答案④

Memo

P.1 第1. 設問1

2 1. 判例の考え方の理論的な理由

3 交通事故により財産的損害と精神的損害が生じた場合、たしか
4 に両者の損害の性質は異なる。しかし、両者いずれも同一の加害
5 行為により生じたことに変わりはなく、損害発生の原因は同一で
6 ある。このことから、いたずらに訴訟が複雑になるのを防止する
7 ため、判例は両者の損害をまとめて不法行為に基づく損害賠償請
8 求をした場合において、訴訟物は1つであると解していると考え
9 られる。

10 2. 判例のように考えることによる利点

11 (1) まず、仮に財産的損害が本件で200万円、精神的損害が8
12 00万円であると認められたとする。しかし、上記2つの損害
13 によりおのおの訴訟物は異なると解した場合、処分権主義（2
14 46条参照）の見地から財産的損害については200万円の一部認
15 容判決が出せるが、精神的損害については300万円の限
16 度でしか認容判決が出せず、その結果として裁判官は1000
17 万円の損害が発生したと心証形成したにも関わらず、おのおの
18 の損害額の算定を誤ったがために最大でも500万円の限度で
19 しか原告の請求は認められないことになり、被害者保護の見地
20 から妥当でない。

21 他方、判例のように解した場合、おのおのの損害額がいくら
22 であるかに関わらず、1000万円の範囲内では請求認容判決
P.2 が出せることになる。このようにより被害者保護により資する
2 という意味で、判例の考え方には利点があるといえる。

3 (2) 次に、慰謝料については、財産的損害が少なかった場合には
4 多めに認めることで、被害者の救済を図るという調整的機能が
5 あるといわれている。しかし各々の損害により訴訟物が異なると
6 解した場合、本件でいえば最大でも300万円の範囲でしか、
7 裁判所は慰謝料として支払いを命じることはできない。他方、
8 判例の考え方によれば2つの損害を合わせて1000万円の範
9 囲内であれば損害額を認めることができることから、より大き
10 な範囲でこの慰謝料を認めることができる。このように、慰謝
11 料の調整的機能を害さず、より被害者救済に厚くなるという意
12 味でも判例の考え方には利点がある。

13 (3) さらに、本件では被告から過失相殺の主張がされると考えら
14 れるが、各々の損害で訴訟物を異にすると解した場合、どちら
15 の損害額から過失相殺すべきか不明確である。他方、判例のよ
16 うに解せば、本件でいえば1000万円全額から過失相殺すべ
17 きであることが明確である。このように基準として明確である
18 という意味でも、判例の考え方には利点がある。

19 第2. 設問2

20 1. まず、本件の損害賠償請求で実際にいくら認容判決が出され
21 るかは訴訟を提起してみないことには分からない。それにも関わ
22 らず、初めから1000万円全額について訴訟を提起するとすれ

P.3 ば印紙代も高額になってしまう。よって、印紙代をおさえていく
2 らの額が認容されるかを試してみるという意味で、Aは本件のよ
3 うな選択をしたのだと考えられる。

4 2. 次に、本件でAは明示の一部請求訴訟をしているところ、被告

5 に対する不意打ち防止の観点からかかる訴訟では明示された一部
6 のみが独立した訴訟物となると解されている。そして、本件訴訟
7 で仮に被告から300万円の相殺の抗弁が提出され、それが認め
8 られた場合には、仮に1000万円全額について請求していたと
9 すれば700万円の存在と、300万円の不存在について既判力
10 (114条1項)が生じる。そうだとすれば、後訴においてもは
11 やこの300万円について争うことはできなくなる。

12 他方、本件のように明示の一部請求をした場合で、被告から同
13 様に300万円について相殺の抗弁が提出され、それが認められ
14 た場合、判例によれば債権の総額からこの額を差し引いた上で判
15 決が出されることになる。加えて、上記のように明示の一部請求
16 訴訟では明示された部分のみが訴訟物になると解されているから、
17 700万円の存在についてのみ既判力が生じることになる。そう
18 だとすれば、Aは残額300万円について再び後訴を提起して争
19 うことができることになる。

20 3. このように、残額について再び争える可能性を残すためにも、
21 Aは本件のような選択をしたのだと考えられる。

22 以 上