

2022年度 早稲田大学大学院法務研究科  
法学既修者試験 論述試験  
民事訴訟法  
( 出題の趣旨 )

---

**【出題の趣旨】**

基準時前の事由の主張を既判力で遮断する意味や基準時後に相殺権を行使することの可否についての問題の所在や通説・判例の考え方が具体的事例に即してきちんと理解できているか、また、それが答案において適切に論述できているかを問う問題である。

**【採点講評】**

事例では、相殺権の行使が既判力の遮断効の対象になるか否かを議論する前提として、前訴の既判力が後訴に作用するのかをまず明らかにする必要があるが、既判力の一般的説明はあるものの、その点の説明がないものも多かった。また、口頭弁論終結前に相殺権を行使していたとの主張は、基準時前の事由として遮断されるが、メモの発見が基準時後であることから前訴における主張の期待可能性がなく、既判力が作用しないといった答案も多かった。前訴既判力による遮断効は、当該攻撃防御方法の知・不知等に左右されないというのが通説的理解であり、学説上は期待可能性を重視する説のあることは確かであるが、本問の場合、期待可能性がないとするのは安易であろう。さらに、基準時後の形成権の行使が認められる理由として、相殺は請求権に付着した瑕疵ではなく、別個独立した権利の行使である点に加え、相殺は前訴での行使が期待できないからとするものも多かった。前者は一般に指摘される点であるが、後者は理由として適切かやや疑問がある。

例年指摘される点でもあるが、民事訴訟法の学修に当たっては、いわゆる「論点」を機械的に当てはめ、キーワード的な単語（手続保障、訴訟経済等々）を多用するのではなく、基本原理やルールを正確に理解し、それを具体的事案で的確に使いこなせるようになるように心がけていただきたい。

以上