

予備試験スタンダード短答オープン&短答完璧講座（商訴行政）ガイダンス

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

辰巳法律研究所

【目 次】

1	民法（債権法）改正関連の短答本試験過去問	1
---	----------------------------	---

出典：辰巳『2020年対策 短答過去問パーフェクト民法①②』

2	民事訴訟法の争点証拠整理手続レジュメ	17
---	--------------------------	----

出典：短答完璧講座テキスト『短答合格FILE 民事訴訟法』

1 民法（債権法）改正関連の短答本試験過去問

民法
No.41

H28-2 (配点：2)

月	日
月	日

錯誤に関する次のアからオまでの各記述のうち、条文・判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(改)

- ア. 法律行為に重要な錯誤が生じ、その錯誤により意思表示をした場合であっても、その意思表示の時から20年が経過しても、表意者は、錯誤による意思表示の取消しをすることができる。(改)
- イ. 相手方の詐欺により法律行為に重要な錯誤が生じ、その錯誤により意思表示をした場合であっても、表意者は、錯誤による意思表示の取消しを主張することができる。(改)
- ウ. Aを売主、Bを買主とする売買契約に基づく商品の売買代金をCが立替払する旨の契約がBC間で締結され、BのCに対する立替金償還債務をDが連帯保証した場合において、Dが、CD間の連帯保証契約締結当時、実際にはAB間の売買契約が存在しないことを知らなかったときは、Dは、CD間の連帯保証契約について錯誤による取消しを主張することができる。(改)
- エ. 他にも連帯保証人となる者がいるとの債務者の説明を信じて連帯保証人となった者は、特にその旨が表示され連帯保証契約の内容とされていたとしても、連帯保証契約について錯誤による取消しを主張することができない。(改)
- オ. Aの所有する甲土地の売買契約が、Bを売主、Cを買主として成立した場合において、Cは、BC間の売買契約締結当時、甲土地がBの所有するものでなければ売買をしない旨の意思表示をしたとしても、BC間の売買契約について錯誤による取消しを主張することができない。(改)

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

29改正

No41	錯 誤	正答率
H28-2	正 解 3	68%

ア 誤っている

95条1項。意思表示は、次に掲げる錯誤（①意思表示に対応する意思を欠く錯誤②表意者が法律行為の基礎とした事情についての認識が真実に反する錯誤）に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。取消権は、行為の時から20年を経過したときは、時効によって消滅するとされる（126条後段）。よって、意思表示の時から20年が経過しても、表意者は、錯誤による意思表示の取消しを主張することができるとしている点で、本記述は誤っている。佐久間1 P.149～163, 231。

イ 正しい

詐欺（96条）と錯誤（95条）の双方の要件が満たされる場合、当事者はいずれの主張でも選択できるとされている。なぜならば、錯誤も詐欺も、ともに表意者保護の制度に他ならないことから、表意者にいずれか一方の主張を強いるべきではなく、競合的な主張を許すべきであるからである。よって、本記述の場合、表意者は錯誤による意思表示の取消しを主張することができる。したがって、本記述は正しい。佐久間1 P.165。

ウ 正しい

最判平14.7.11は、本記述と同様の事案において、錯誤による無効の主張を認めている。その理由として、判例は、「保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である。そして、主債務が、商品を購入する者がその代金の立替払を依頼しその立替金を分割して支払う立替払契約上の債務である場合には、商品の売買契約の成立が立替払契約の前提となるから、商品売買契約の成否は、原則として、保証契約の重要な内容である」ということを挙げている。平成29年民法・債権法改正において、錯誤の効果が無効から取消しに改正されたが、上記判例の理解は妥当すると考えられる。したがって、本記述は正しい。佐久間1 P.160。

エ 誤っている

95条1項。意思表示は、次に掲げる錯誤（①意思表示に対応する意思を欠く錯誤、②表意者が法律行為の基礎とした事情についての認識が真実に反する錯誤）に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。平成29年民法・債権法改正により、重要な錯誤の要件がより明確なものに改められた。しかし、従来の判例の理解は改正法下においても妥当する。そして、判例は、他に連帯保証人がある旨を誤信した結果、連帯保証契約を締結したという事案において、他に保証人があることは要素の錯誤ではないとしている（最判昭32.12.19）。その理由として、判例は、「保証契約は、保証人と債権者との間にする契約であって、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は保証契約をなす由縁にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない」ということを挙げている。しかし、本記述は、動機の錯誤の場合（95条1項2号）といえ、その動機が表示され、契約の重要な内容になっているといえる場合には錯誤取消しを主張することができる（95条1

項・2項)。そして、本記述では、特に他にも連帯保証人となる者がいる旨が表示され連帯保証契約の内容とされている。そうなれば、判例の事案とは異なり、保証契約をする際に保証人がいるという事実が契約の重要な内容となっており、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」といえる。よって、本記述の下では、連帯保証契約について錯誤による取消しを主張することができる。したがって、本記述は誤っている。佐久間1P.149～163。

オ 誤っている

95条1項。意思表示は、次に掲げる錯誤（①意思表示に対応する意思を欠く錯誤②表意者が法律行為の基礎とした事情についての認識が真実に反する錯誤）に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。本記述では、Cは、B C間の甲土地の売買契約締結当時、甲土地がBの所有するものでなければ売買をしない旨の意思表示をしている。そうすると、甲土地がBの所有するものであるという事実は、B C間の売買契約において重要な事実であり、それが契約内容になっていたものといえる。すなわち、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」に当たる。よって、CはB C間の売買契約について錯誤による取消しをすることができる。したがって、本記述は誤っている。佐久間1P.149～163。

以上により、正しい記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

民法
No.83

H30-6

(配点：2)

月	日
月	日

消滅時効の完成猶予及び更新に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(改)

ア. 判決により確定した不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間は10年である。

イ. 訴訟上相殺の主張がされ、受働債権につき債務の承認がされたものと認められる場合において、その後相殺の主張が撤回されたときは、承認による時効更新の効力は失われる。(改)

ウ. 一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えの提起があった場合、裁判上の請求による時効の完成猶予及び更新の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ、残部に及ばない。(改)

エ. 不動産の仮差押えによる時効の完成猶予の効力は、仮差押えの被保全債権について本案の勝訴判決が確定した時に消滅する。(改)

オ. 目的物の引渡請求訴訟において留置権の抗弁を主張したときは、その被担保債権について裁判上の請求による時効の完成猶予及び更新の効力を生ずる。(改)

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ エ 4. ウ オ 5. エ オ

29改正

No83	消滅時効の完成猶予及び更新	正答率
H30-6	正 解	60%
	2	

ア 正しい

169条1項。平成29年民法・債権法改正により、債権の消滅時効期間については166条（①債権者が権利を行使することができることを知った時から5年，②権利を行使することができる時から10年）によって一括して処理されることになった。それにより、短期の消滅時効を定めていた改正前民法170条～174条，商事消滅時効を定めた改正前商法522条が削除されることになった。もっとも，改正前民法174条の2は，169条として維持されている。つまり，確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利については，短期消滅時効にかかるものであっても時効期間は10年となる（169条1項）。724条1号は，不法行為に基づく損害賠償請求権につき，3年間の短期消滅時効を定めるが，本記述においては，判決により確定した請求権に関するものであり，その時効期間は10年となる。したがって，本記述は正しい。

イ 誤っている

最判昭35.12.23は，「訴訟上相殺の主張がなされ受働債権について，時効中断〔注：平成29年改正により，更新〕事由としての承認が存すると認められる場合において，その相殺の主張が撤回されても，既に生じた承認の効力は失われるものではない」としている。判例の結論に賛成する学説は，その理由として，承認は観念の通知である以上，相殺の主張を撤回しても，観念の通知である承認による中断〔注：改正により，更新〕効は維持されるということを挙げている。

ウ 正しい

最判昭34.2.20は，「債権の一部についてのみ判決を求める旨明示した訴の提起があつた場合，訴提起による消滅時効中断〔注：改正により，完成猶予及び更新〕の効力は，その一部の範囲においてのみ生じ」としている。その理由として，判例は，「1個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合，原告が裁判所に対し主文において判断すべきことを求めているのは債権の一部の存否であつて全部の存否でないことが明らかであるから，訴訟物となるのは右債権の一部であつて全部ではない」ということを挙げている。よって，本記述においては，裁判上の請求による時効の完成猶予及び更新の効力は，その一部の範囲においてのみ生じ，残部に及ばない。なお，最判平25.6.6は，「明示的一部請求の訴えが提起された場合，債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど，残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り，当該訴えの提起は，残部について，裁判上の催告として消滅時効の中断〔注：改正により，催告は完成猶予〕の効力を生ずるというべきであり，債権者は，当該訴えに係る訴訟の終了後6箇月以内に民法153条所定の措置を講ずることにより，残部について消滅時効を確定的に中断することができる〔注：平成29年民法・債権法改正により，改正前民法153条は変更されて，催告はその時から6か月の完成猶予の効力を生じることになった（150条1項）。他方，裁判上の催告については147条1項1号の「裁判上の請求」に含まれるとしたうえで，同条柱書かつこ書により処理されることになると考えられる。〕」としている。他方，改正法下では，債権の一部について訴えが提起された場合の時効の完成猶予及び更新の問題については，明文されておらず，今後の解釈に委ねられることになるが，判例法理が変更されるものではないため，上記平成25年判決からすれ

ば、裁判上の催告として147条1項による処理に任せることになるのが自然なように思われる。

エ 誤っている

最判平10.11.24は、「仮差押えによる時効中断〔注：改正により、完成猶予〕の効力は、仮差押えの執行保全の効力が存続する間は継続する」としている。その理由として、判例は、「民法147条〔注：改正により、149条1号〕が仮差押えを時効中断〔注：改正により、完成猶予〕事由としているのは、それにより債権者が、権利の行使をしたといえるからであるところ、仮差押えの執行保全の効力が存続する間は仮差押債権者による権利の行使が継続するものと解すべきだからであり、このように解したとしても、債務者は、本案の起訴命令や事情変更による仮差押命令の取消しを求めることができるのであって、債務者にとって酷な結果になるともいえない」ということを挙げている。また、同判例は、「民法147条〔注：改正により、149条1号と147条1項1号〕が、仮差押えと裁判上の請求を別個の時効中断事由と規定しているところからすれば、仮差押えの被保全債権につき本案の勝訴判決が確定したとしても、仮差押えによる時効中断の効力がこれに吸収されて消滅するものとは解し得ない」としている。よって、本記述においては、仮差押えによる時効完成猶予の効力（149条1号）は、仮差押えの保全の効力が存続する間は継続し、差押えの被保全債権につき本案の勝訴判決が確定しても消滅しない。

オ 誤っている

最大判昭38.10.30は、「訴訟上の留置権の抗弁は、これを撤回しない限り、当該訴訟の係属中継続して目的物の引渡を拒否する効力を有するものであり、従つて、該訴訟が被担保債権の債務者を相手方とするものである場合においては、右抗弁における被担保債権についての権利主張も継続してなされているものといひ得べく、時効中断〔注：改正により、完成猶予及び更新。以下同じ。〕の効力も訴訟係属中存続するものと解すべきである。そして、当該訴訟の終結後6ヶ月内に他の強力な中断事由に訴えれば、時効中断の効力は維持されるものと解する。然らば、本件留置権の主張は裁判上の請求としての時効中断の効力は有しないが、訴訟係属中継続して時効中断の効力を有するものである」としている。よって、本記述においては、留置権の抗弁によって被担保債権についての裁判上の催告（147条1項柱書かつこ書）の効果が生ずるにとどまる。

以上により、正しい記述はアとウであり、したがって、正解は肢2となる。

以上全体につき、佐久間1P.415～430。一問一答P.44～48。

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

民法
No.225

H22-17

(配点：2)

月	日
月	日

損害賠償に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. 弁済期の定めのない金銭消費貸借契約から発生した貸金債権は、貸主が相当の期間を定めずに催告をしても、相当の期間を経過した時から遅滞に陥る。
2. 善意の不当利得者の返還債務は、債務者が履行の請求を受けた日が経過した時から遅滞に陥る。
3. 不法行為と相当因果関係に立つ損害である弁護士費用の損害賠償請求権は、弁護士費用を支出した日が経過した時から遅滞に陥る。
4. 受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができる。
5. 不動産の売買契約において、その財産権移転義務が売主の責めに帰すべき事由により履行不能となった場合には、買主は、契約を解除することなく填補賠償を請求することができる。

29改正

No225	損害賠償	正答率
H22-17	正 解	69%
	3	

1 正しい

大判昭5.1.29。本記述では、弁済期の定めのない金銭消費貸借による債務について、貸主は相当の期間を定めて催告すべきであるところ（591条1項）、相当の期間を定めずに催告した場合における借主の履行遅滞の時期が問題となる。期限の定めのない債務の場合、債権者はいつでも請求しうるのが原則であり、「履行の請求を受けた時」すなわち催告のあった時から遅滞が生じる（412条3項）のが原則である。ただし、例外として、消費貸借による債務について履行期の定めがないときは、貸主は相当の期間を定めて催告すべきとされる（591条1項）。もっとも、貸主が相当の期間を定めずに催告をした事案において、判例は、貸主が返還の催告において相当の期間を定めずに催告をしても、相当な期間を経過したときは、借主は履行遅滞の責任を負うとしている。その理由として、判例は、同条項が「当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる。」と定めているのは、借主をして返還の準備を行わせるため相当の猶予期間を与える趣旨に他ならないため、返還の準備に必要な相当な期間を経過した後においては、借主は返還を拒否する理由はないということを挙げている。したがって、本記述は正しい。内田II P.252。

2 正しい

大判大10.5.27。本記述では、善意の不当利得者の返還債務の履行遅滞の時期が問題となる。善意の不当利得者の返還債務（703条）のような法律の規定によって生じる債務は、原則として、期限の定めのない債務として成立する。そして、判例は、期限の定めのない債務について、履行の請求を受けた日を経過して初めて遅滞の責任に陥るとしている（大判大10.5.27）。その理由として、判例は、債務者が履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う（412条3項）としている趣旨が、債務者をして履行の請求を受けた日に履行をすることをもって足りることとし、履行をしないでその日を経過した場合において初めて遅滞の責任を負うという点にあるからということを挙げている。よって、善意の不当利得者の返還債務は、債務者が履行の請求を受けた日を経過した時から遅滞に陥る。したがって、本記述は正しい。

3 誤っている

大判明43.10.20，最判昭37.9.4，最判昭58.9.6。本記述では、不法行為と相当因果関係に立つ損害である弁護士費用の損害賠償の履行遅滞の時期が問題となる。まず、不法行為による損害賠償債務について、判例は、催告を待たないで不法行為時から当然に遅滞責任が生じるとしている（大判明43.10.20，最判昭37.9.4）。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、不法行為制度の沿革と公平の観念から催告不要とされるということを挙げている。そして、判例は、不法行為と相当因果関係に立つ損害である弁護士費用の損害賠償請求権についても、当該不法行為の時に発生し、かつ、遅滞に陥るものとしている（最判昭58.9.6）。その理由として、判例は、「弁護士費用に関する前記損害は、被害者が当該不法行為に基づくその余の費目の損害の賠償を求めるについて弁護士に訴訟の追行を委任し、かつ、相手方に対して勝訴した場合に限って、弁護士費用の全部又は一部が損害と認められるという性質のものであるが、その余の費目の損害と同一の不法行為による身体傷害など同一利益の侵害に基づいて生じたものである場合には一個

の損害賠償債務の一部を構成するものというべき」ということを挙げている。したがって、本記述は、不法行為が発生した時から遅滞に陥るものとすべきところ、弁護士費用を支出した日が経過した時から遅滞に陥るとしている点で、誤っている。

4 正しい

650 条 3 項は、「受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができる。」と規定している。この趣旨は、委任は委任者の事務を処理するものであり、そこから生じた損害を、受任者に負担させるのは妥当でないという点にある。したがって、本記述は正しい。なお、同条項の責任は、委任者の無過失責任である。内田 II P.294。

5 正しい

平成 29 年民法・債権法改正により、履行不能となった場合に解除することなく填補賠償請求ができることが明文化された（415 条 2 項 1 号）。したがって、本記述は正しいこととなる。潮見（債総）P.131。

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

民法
No.319

H21-26

(配点：2)

月	日
月	日

契約の解除に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。(改)

1. 建物の建築請負契約において、仕事の目的物である建物に種類または品質に関する契約不適合があり、そのために契約した目的を達することができないときは、注文者は、そのことを理由として契約の解除をすることができる。(改)
2. 委任契約が受任者の利益のためにも締結された場合において、委任者は、やむを得ない事由がないときでも、契約を解除することができる。(改)
3. 組合契約の解除の効力は、将来に向かってのみ生ずる。
4. 履行遅滞による契約の解除をするに先立ち、期間を定めて履行の催告をしたが、その期間が不相当に短かった場合であっても、催告時と解除時の間に相当な期間が経過していれば、解除は有効である。
5. 動産の売買契約が締結され、売買代金の一部が支払われた後で、当該売買契約が売主の債務不履行を理由に解除された場合、売主は、買主の損害を賠償する義務を負うが、受領した売買代金の一部を返還するに当たっては、その受領の時から利息を付す必要はない。

29改正

No319	契約の解除	正答率
H21-26	正 解	85%
	5	

1 正しい

仕事の目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しない場合には、注文者は、541 条以下の要件をみたすことにより、請負契約を解除することができる（559 条、564 条）。そして、契約不適合により契約した目的を達することができない場合には、請負契約の解除が認められる（542 条1項5号）。平成 29 年民法・債権法改正により、請負の担保責任は、売買における売主の契約不適合責任に関する一般規定（562 条以下）が準用されることになった（559 条）。これに伴い、改正前民法 635 条は削除された。潮見（債各）Ⅰ P.250～251。

2 正しい

委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる（任意解除権、651 条1項）。もっとも、委任者が受任者の利益（専ら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除したときは、解除をすることについてやむを得ない事由がない限り、委任者は、相手方の損害を賠償しなければならない（同条2項柱書、同項2号）。民法は、やむを得ない事由がないときでも任意解除権を行使することができることとし、受任者の利益をも目的とする委任の任意解除による受任者の不利益は損害賠償で補填する（やむを得ない事由があれば損害賠償も否定する）という規律を採用しているといえる。中田 P.533～536。潮見（債各）Ⅰ P.268～270。

3 正しい

684 条。組合契約の解除には賃貸借の解除の効力の規定である 620 条が準用されている（684 条）。620 条は「解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる」としている。684 条の趣旨は、解散請求が一方的に組合契約の効力を失わせるものであること、及び、組合が継続的法律関係であるばかりではなく団体性をも有することから、解除の遡及効を認めるべきではないので、当然のことを注意的に規定した点にある。内田Ⅱ P.315。

4 正しい

最判昭 44.4.15。判例は、「債務不履行を理由とする契約解除の前提としての催告に定められた期間が相当でない場合であっても、債務者が催告の時から相当の期間を経過してもなお債務を履行しないときには、債権者は契約を解除することができるものと解すべきである。」としている。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、この場合に解除できないとすると、債権者が催告するにあたって相当な期間の算定で苦労しなければならないことを挙げている。内田Ⅱ P.90。

5 誤っている

545 条2項。解除によって金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。内田Ⅱ P.95。

民法
No.340

共通問題 H23-25

(配点：2)

月	日
月	日

不動産の売買契約における売主の担保責任に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(改)

- ア. 売買の目的物に欠陥があった場合、買主が欠陥があることを知らずに目的物を買った以上、種類・品質に関する契約不適合といえる。(改)
- イ. 売買の目的物の種類・品質に契約不適合があった場合、債権者が追完の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる追完がされる見込みがないことが明らかであるときは、買主は、契約を解除することができる。(改)
- ウ. 売買の目的物の種類・品質に不適合があり、買主がそのことを理由に契約を解除することができる場合、買主は、契約を解除するとともに、売主に対して損害賠償を請求することもできる。(改)
- エ. 買主が売主に対して、目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由として損害賠償を請求する場合、買主は売買契約が成立した時から1年以内にこれをしなければならない。(改)
- オ. 中古の建物について競売が行われた場合、その建物の買受人は、その建物の元の所有者に対し、その建物に種類・品質に関する契約不適合があることを理由として損害賠償を請求することができる。(改)

1. ア エ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ オ 5. ウ エ

29改正

No.340	売主の担保責任	正答率
共通H23-25	正 解	93%
	3	

ア 誤っている

物の種類・品質における契約適合性の判断は、目的物に関する欠陥などを当事者がどの程度まで契約に織り込んでいたのかという観点から行われるものである。買主が欠陥を知っていたかどうかという主観的事実もこの判断に際し、重要な考慮要素となり得るが、買主が善意・無過失であれば、種類・品質に関する契約不適合であるとまではいえない。したがって、買主が欠陥があることを知らずに目的物を買った以上、種類・品質に関する契約不適合といえるわけではない。潮見（債各）ⅠP.93～94。

イ 正しい

目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする解除は、債務不履行を理由とする解除であり、541条以下で処理される。債務者が追完をせず、債権者が追完の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる追完がされる見込みがないことが明らかであるときは、無催告解除が可能である（542条1項5号）。なお、平成29年改正前民法下では契約目的達成不能の場合に解除が限定されていたが（改正前民法570条本文、566条1項前段）、改正法の下では、契約目的達成不能とは言えない場合でも、相当の期間を定めて追完の催告をして、相当期間の経過をまって解除することもできる（541条）。潮見（債各）ⅠP.101～102。

ウ 正しい

売買の目的物が種類・品質に関して契約の内容に適合しない場合、買主は、541条以下に基づき解除をすることができる（564条）。解除権の行使は損害賠償の請求を妨げない（545条4項）。中田P.319。

エ 誤っている

566条本文は「売主が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引き渡した場合において、買主がその不適合を知った時から1年以内にその旨を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由として……損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。」と規定している。この期間制限の起算点は、売買契約の成立時ではなく、買主がその不適合を知った時である。また、この時点から1年以内に請求しなければならないわけではなく、通知で足りる。潮見（債各）ⅠP.105。

オ 誤っている

競売で取得したものに物の種類・品質に関する不適合があっても、買受人は担保責任を追及できない（568条4項）。その趣旨は、競売は債務者の意思に基づかずに行われること、また買受人が物の性状を知り得る立場にあり自らの危険において買受けをすべきことを根拠に競売の安定を図るという点にある。潮見（債各）ⅠP.107～108。

以上により、正しい記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

2 民事訴訟法の争点証拠整理手続レジュメ

2 争点証拠整理手続

(1) 準備的口頭弁論 (164条)

第164条 (準備的口頭弁論の開始) 《新司プレ-56》

裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認めるときは、この款に定めるところにより、準備的口頭弁論を行うことができる。

第165条 (証明すべき事実の確認等)

- 1 裁判所は、準備的口頭弁論を終了するに当たり、その後の証拠調べにより証明すべき事実を当事者との間で確認するものとする。
- 2 裁判長は、相当と認めるときは、準備的口頭弁論を終了するに当たり、当事者に準備的口頭弁論における争点及び証拠の整理の結果を要約した書面を提出させることができる。

第166条 (当事者の不出頭等による終了)

当事者が期日に不出頭せず、又は第162条の規定により定められた期間内に準備書面の提出若しくは証拠の申出をしないときは、裁判所は、準備的口頭弁論を終了することができる。

第167条 (準備的口頭弁論終了後の攻撃防御方法の提出) 《予備24-38》

準備的口頭弁論の終了後に攻撃又は防御の方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、準備的口頭弁論の終了前にこれを提出することができなかった理由を説明しなければならない。

【趣旨】

「準備的口頭弁論」とは、口頭弁論を2段階に区切り、まず争点及び証拠の整理を弁論期日において行う手続をいう。

準備的口頭弁論も口頭弁論であるから、口頭主義、公開主義、といった口頭弁論の諸原則が要請される点、及び、文書以外の証拠調べも可能な点に特徴がある。

【ポイント】

① 手続

裁判所の裁量により手続が開始される (164条)。口頭弁論であることに変わりはないから、証拠調べについてもすべての証拠調べが可能である。手続は決定で終了する。その際、制度の実効性を確保すべく、当事者との間で証明すべき事実を確認する (165条1項) とともに、「相当と認めるときは」結果を要約した書面を提出させることができる (165条2項)。

② 効果

準備的口頭弁論終了後に新たな攻撃防御方法を提出した場合は、相手方の求めがあれば、準備的口頭弁論終了前に提出できなかった理由を説明しなければならない (167条)。制度の実効性を確保すべく、当事者間で争点を確認するところまで煮詰めながらこれを反故にする者に対し信義則に基づきソフトなサンクションを加えるものである。

適切な説明ができないと当該攻撃防御方法は時機に後れた攻撃防御方法として却下されたり (157条)、自由心証の枠内で不利益な心証形成の材料として扱われたりする場合がある (247条)。

《過去問チェック》

- 準備的口頭弁論期日では、争点及び証拠の整理に必要であれば、その限度で、書証や人証の取調べをすることができる。(新司ブレー64)
 - ☞正しい。準備的口頭弁論の目的は、争点整理だが、その法律上の性質は口頭弁論であるから、証拠調べについて制限はない。
- 準備的口頭弁論においては、いわゆる電話会議システムの方法を利用することはできない。(新司18-59)
 - ☞正しい。弁論準備手続(170条3項)・書面による準備手続(176条3項)と異なり、準備的口頭弁論においては、電話会議システムの方法を認める規定はない。
- 準備的口頭弁論の期日は、当事者の一方だけ呼び出して行うことができる。(新司20-61)
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は、口頭弁論の一種であるから、口頭弁論の原則や手続の規定が適用される。そして、期日の呼び出しを一方当事者にのみすることは、当事者平等の原則に反し許されない。
- 準備的口頭弁論は、受命裁判官に命じて行わせることができない。(新司20-61)
 - ☞正しい。準備的口頭弁論は、口頭弁論の一種であるから、受訴裁判所が主宰することになっており、また受命裁判官に行わせることができるとする規定もない。なお、弁論準備手続の場合、受命裁判官に弁論準備手続を行わせることができる(171条1項)。
- 準備的口頭弁論の期日を傍聴するためには、裁判所の許可が必要である。(新司20-61)
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は、口頭弁論の一種であるから、公開法廷において実施される手続であり、傍聴に裁判所の許可は不要である。なお、弁論準備手続は、原則として非公開であるが、相当と認める者には傍聴を許すことができ、当事者が申し出た者については手続きに支障がない限り傍聴を認めなければならない(169条2項)。
- 準備的口頭弁論の期日においては、文書の証拠調べをすることができない。(新司20-61)
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は、口頭弁論の一種であるから、争点及び証拠の整理に必要な限りで、証拠調べを行うことができる。
- 当事者は、準備的口頭弁論終了後の最初の口頭弁論期日において、準備的口頭弁論の結果を陳述しなければならない。(新司20-61)
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は、口頭弁論の一種であるから、獲得・収集された訴訟資料は当然に訴訟資料となり、後の口頭弁論に連携・接続するための特別の手続を要しない。なお、弁論準備手続の場合、その終了後、最初の口頭弁論期日において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない(173条)。
- 当事者は、口頭弁論において、準備的口頭弁論の結果を陳述しなければならない。(予備27-40)
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は口頭弁論であるから、他の争点整理手続における場合とは異なり、準備的口頭弁論において収集獲得された資料は、特段の手続を要せず当然に訴訟資料となる。
- 準備的口頭弁論において、裁判所は、争点及び証拠の整理のため必要があると認めるときは、当事者本人の尋問を行うことができる。(予備29-37)
 - ☞正しい。164条。

(2) 弁論準備手続 (168条)

第168条 (弁論準備手続の開始) 《新司21-63, 24-62》

裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付することができる。

第169条 (弁論準備手続の期日) 《新司18-59, 21-63, 24-62》

- 1 弁論準備手続は、当事者双方が立ち会うことができる期日において行う。
- 2 裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。ただし、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、その傍聴を許さなければならない。

第170条 (弁論準備手続における訴訟行為等) 《新司プレー64, 18-59, 21-63・67, 24-62》

- 1 裁判所は、当事者に準備書面を提出させることができる。
- 2 裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判及び文書（第231条に規定する物件を含む。）の証拠調べをすることができる。
- 3 裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話を行うことができる方法によって、弁論準備手続の期日における手続を行うことができる。ただし、当事者の一方がその期日に出頭した場合に限る。
- 4 前項の期日に出頭しないで同項の手続に関与した当事者は、その期日に出頭したものとみなす。
- 5 第148条から第151条まで、第152条第1項、第153条から第159条まで、第162条、第165条及び第166条の規定は、弁論準備手続について準用する。

第171条 (受命裁判官による弁論準備手続) 《新司22-61》

- 1 裁判所は、受命裁判官に弁論準備手続を行わせることができる。
- 2 弁論準備手続を受命裁判官が行う場合には、前2条の規定による裁判所及び裁判長の職務（前条第2項に規定する裁判を除く。）は、その裁判官が行う。ただし、同条第5項において準用する第150条の規定による異議についての裁判及び同項において準用する第157条の2の規定による却下についての裁判は、受訴裁判所がする。
- 3 弁論準備手続を行う受命裁判官は、第186条の規定による調査の嘱託、鑑定嘱託、文書（第231条に規定する物件を含む。）を提出してする書証の申出及び文書（第229条第2項及び第231条に規定する物件を含む。）の送付の嘱託についての裁判をすることができる。

第172条 (弁論準備手続に付する裁判の取消し)

裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、弁論準備手続に付する裁判を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない。

第173条 (弁論準備手続の結果の陳述) 《新司24-61》

当事者は、口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない。

第174条 (弁論準備手続終結後の攻撃防御方法の提出) 《新司18-68, 21-63, 予備24-38》

第167条の規定は、弁論準備手続の終結後に攻撃又は防御の方法を提出した当事者について準用する。

【趣旨】

「弁論準備手続」とは、口頭弁論期日外で、専ら争点や証拠の整理を目的とする受訴裁判所又は受命裁判官が行う手続のことである。

従来行われていた弁論兼和解手続から和解手続を分離して旧法の問題点（失権効等）を解消し、利用しやすい争点・証拠整理手続とする趣旨で設けられたものである。

【ポイント】

① 手続

裁判所の裁量により手続が開始されるが、その際、裁判所は「当事者の意見」を聴く必要がある（168条）。その趣旨は、争点整理の選択については当事者の意思を反映してその協力を得ることにより、争点整理の実効性を確保することにある。

口頭弁論手続ではないので、原則は非公開である（169条2項）。もっとも、当事者の手続保障を充足すべく当事者の立会権が認められている（169条1項）。また、制度の実効性を確保すべく文書、準文書の証拠調べが認められている（170条2項）。更に裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、電話会議の方法によって弁論準備手続を行うことができる（170条3項）。

手続終結にあたり当事者との間で証明すべき事実を確認するとともに、相当と認めるときは結果を要約した書面を提出させることができることは準備的口頭弁論の場合と同様である（170条5項、165条）。弁論準備手続後の口頭弁論において、当事者は弁論準備手続の結果を陳述しなければならない（173条）。これは、口頭主義・公開主義・直接主義の要請を充足させ、後の口頭弁論期日での証拠調べへと成果を活かすためのものである。

② 効果

手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出について説明義務が課されることは、準備的口頭弁論の場合と同様である（174条、167条）。

《過去問チェック》

- 弁論準備手続の結果は、その後の口頭弁論において陳述されなければならないが、準備的口頭弁論の結果は、陳述される必要がない。（新司22-61）
 - ☞正しい。本記述前段について、173条。本記述後段について、準備的口頭弁論は、直接主義が妥当する口頭弁論の一種であり、そこに顕出された資料は当然に訴訟資料となるため、弁論準備手続とは異なり手続の結果を改めて口頭弁論に上程する必要はないとされている。
- 準備的口頭弁論の期日においても、弁論準備手続の期日においても、両当事者を呼び出して立会の機会を与えなければならない。（新司22-61）
 - ☞正しい。本記述前段について、準備的口頭弁論は双方審尋主義が妥当する口頭弁論の一種であるため、当事者の対席が原則となる。本記述後段について、169条1項。
- 準備的口頭弁論の期日においても、弁論準備手続の期日においても、検証物の証拠調べをすることができる。（新司22-61）
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は口頭弁論の一種であるため、口頭弁論で行うことのできる訴訟行為は争点整理目的に関するものであればすべて可能であり、準備的口頭弁論期日では、他の争点整理手続と異なり、文書以外の証拠調べも可能である。そこで、検証物の証拠調べをすることができる。これに対して、弁論準備手続では文書（準文書を含む）以外の証拠調べはできない（170条2項）。
- 準備的口頭弁論の期日においても、弁論準備手続の期日においても、釈明処分として当事者本人の出頭を命ずることができる。（新司22-61）
 - ☞正しい。151条1項1号、170条5項。
- 弁論準備手続を行う受裁判判官は、文書の証拠調べをすることができない。（新司26-63）
 - ☞誤り。170条2項、171条1項、2項かつこ書。
- 最初の弁論準備手続の期日に当事者の一方が欠席した場合には、その当事者があらかじめ提出した準備書面に記載した事項を陳述したものとみなすことができる。（新司26-64、予備26-37）
 - ☞正しい。170条5項、158条。
- 裁判所は、争点及び証拠の整理を行う必要があると認める場合において、事件を弁論準備手続に付するときは、当事者の同意を得なければならない。（新司26-65、予備26-38）
 - ☞誤り。168条。事件を弁論準備手続に付する場合は、当事者の意見を聴取することが要件となるが、当事者の同意まで要するものではない。
- 弁論準備手続の期日において、証人尋問の採否を決定することができる。（新司26-66）

- ☞正しい。170条2項。
- 裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話をすることができる方法によって弁論準備手続の期日における手続を行う場合には、当該期日において和解をすることができない。(新司26-66)
- ☞誤り。平成15年改正法において、旧規定が削除され、和解等の訴訟行為を電話会議の方法による弁論準備手続期日においても実施できるものとされた。
- 弁論準備手続で提出された資料は、当事者が口頭弁論において弁論準備手続の結果を陳述しなければ、これを訴訟資料とすることができない。(新司26-66)
- ☞正しい。173条。
- 弁論準備手続の終結後には、新たな攻撃又は防御の方法を提出することができない。(新司26-66)
- ☞誤り。174条、167条。
- 弁論準備手続期日において、証人の採否の決定及び証人尋問をすることができる。(予備27-40)
- ☞誤り。170条2項。裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判…をすることができる。証拠の申出に関する裁判には、証人・当事者本人尋問の採用決定も含まれる。しかし、弁論準備手続の証拠調べについては、「文書(第231条〔文書に準ずる物件〕に規定する物件を含む。)の証拠調べをすることができる」と規定されているのみで、人証の証拠調べができるとの規定はない。
- 裁判所は、弁論準備手続の期日を公開しなければならない。(予備27-40)
- ☞誤り。169条2項本文。裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。同項は、弁論準備手続が原則として非公開であることを前提としている。
- 裁判所は、弁論準備手続の期日に相当と認める者の傍聴を許すことができるが、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認められる場合であっても、その傍聴を許さなければならない。(予備29-37)
- ☞誤り。169条2項。裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。ただし、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、その傍聴を許さなければならない。
- 弁論準備手続を行う受命裁判官は、調査の嘱託、鑑定の嘱託、文書を提出してする書証の申出及び文書の送付の嘱託についての裁判をすることができる。(予備29-37)
- ☞正しい。171条3項。
- 裁判所は、当事者双方の申立てがある場合であっても、相当でないと認めるときは、弁論準備手続に付する裁判を取り消さないことができる。(予備29-37)
- ☞誤り。172条。裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、弁論準備手続に付する裁判を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない。

(3) 書面による準備手続 (175条)

第175条 (書面による準備手続の開始)

裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、事件を書面による準備手続(当事者の出頭なしに準備書面の提出等により争点及び証拠の整理をする手続をいう。以下同じ。)に付することができる。

第176条 (書面による準備手続の方法等) 《新司18-59》

- 1 書面による準備手続は、裁判長が行う。ただし、高等裁判所においては、受命裁判官にこれを行わせることができる。
- 2 裁判長又は高等裁判所における受命裁判官(次項において「裁判長等」という。)は、第162条に規定する期間を定めなければならない。
- 3 裁判長等は、必要があると認めるときは、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話をすることができる方法によって、争点及び証拠の整理に関する事項その他口頭弁論の準備のため必要な事項について、当事者双方と協議をすることができる。この場合においては、協議の結果を裁判所書記官に記録させることができる。
- 4 第149条(第2項を除く。)、第150条及び第165条第2項の規定は、書面による準備手続について準用する。

第177条（証明すべき事実の確認）《新司プレ－64》

裁判所は、書面による準備手続の終結後の口頭弁論の期日において、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認するものとする。

第178条（書面による準備手続終結後の攻撃防御方法の提出）《予備24－38》

書面による準備手続を終結した事件について、口頭弁論の期日において、第176条第4項において準用する第165条第2項の書面に記載した事項の陳述がされ、又は前条の規定による確認がされた後に攻撃又は防御の方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、その陳述又は確認前にこれを提出することができなかった理由を説明しなければならない。

【趣旨】

「書面による準備手続」とは、当事者の出頭なしに争点や証拠の整理をする手続である。

遠隔地に居住している者などが、わざわざ裁判所に出頭することなしに争点及び証拠の整理を可能ならしめようとするものである。

【ポイント】

① 手続

裁判所の裁量により手続が開始されるが、その際、裁判所は「当事者の意見」を聴く必要がある（175条）。当事者の意見聴取の趣旨は、当事者の意思を反映して当事者の協力を得ることにより争点整理の実効性を確保する点にある。

手続は裁判長が主宰する（176条1項）。制度の実効性を確保するには経験豊富な裁判官が主宰することが望ましいからである。裁判長等は準備書面を提出する期間を定め（176条2項）、これにより提出された書面を交換することにより争点や証拠の整理を行う。その際、裁判長等は、手続を補完し制度の実効性を確保すべく、「必要があると認めるとき」は電話会議システムを利用することができる（176条3項）。

手続終結にあたり結果の要約書面を提出させることができることは準備的口頭弁論の場合及び弁論準備手続の場合と同様である（176条4項、165条2項）。そして、裁判所は、手続終結後の口頭弁論期日において、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認することを要する（177条）。

② 効果

要約書面陳述後又は証明すべき事実確認後の新たな攻撃防御方法の提出については説明義務が課される（178条）。他の手続と同じく制度の実効性を確保するためである。

《過去問チェック》

- ☐ 裁判所は、事件を書面による弁論準備手続に付するに当たり、当事者の意見を聴かなければならない。（予備27－40）
 - ☞正しい。175条。
- ☐ 書面による準備手続においては、いわゆる電話会議システムを利用することができない。（予備27－40）
 - ☞誤り。176条3項。書面による準備手続においては、裁判長等が必要があると認めるときは、裁判所と当事者双方の三者間で通話することのできる電話会議システムを利用して協議をすることができる。
- ☐ 書面による準備手続において、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話をすることができる方法により、争点及び証拠の整理に関する事項その他口頭弁論の準備のため必要な事項について協議を行う場合には、裁判所は、当該協議の期日において、文書の証拠調べをすることができる。（予備29－37）
 - ☞誤り。電話会議システムにおいては争点整理に必要な事項を協議するにすぎず、証拠調べはその後の口頭弁論期日において行われるから、協議の期日においては文書の証拠調べは行われない。

(図表) 争点整理手続の比較

	準備的口頭弁論	弁論準備手続	書面による準備手続
意義	争点及び証拠の整理を目的とする口頭弁論	争点及び証拠の整理を行う準備手続	当事者の出頭なしに準備書面の提出等により争点及び証拠の整理を行う期日外における準備手続
開始要件	争点及び証拠の整理の必要性 (164条)	争点及び証拠の整理の必要性 + 当事者の意見聴取 (168条)	争点及び証拠の整理の必要性 + 当事者の遠隔地居住その他の相当性 + 当事者の意見聴取 (175条)
最初の期日前実施	可	当事者に異議なきとき (民事訴訟規則60条1項ただし書かつこ書)	可 (民事訴訟規則60条1項ただし書参照)
主宰者 ※	受訴裁判所	受訴裁判所・受命裁判官 (171条1項)	裁判長・高等裁判所では受命裁判官も可 (176条1項)
訴訟行為 ※	口頭弁論で行うことができることは、争点整理目的に関するものであれば、すべて可能	受訴裁判所：期日外裁判 (170条2項) 受命裁判官：調査囑託、鑑定囑託、書証の申出、送付囑託に関する裁判 準備書面提出 (170条1項)、文書の証拠調べ (170条2項, 171条2項)、釈明権行使等 (170条5項, 149条)、証拠の申出 (民事訴訟規則88条1項)	準備書面提出・書証の写しの提出等 (175条, 176条2項)、釈明権行使等 (176条4項)
手続公開	公開法廷	原則非公開、関係者に傍聴可能性肯定 (169条2項)	そもそも公開の対象となる期日を予定していない
電話会議 ※	利用不可	一方当事者の不出頭の場合に利用可 (170条3項, 4項)	利用可 (176条3項)

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

	準備的口頭弁論	弁論準備手続	書面による準備手続
手続離脱	① 終了決定 ア 争点整理の完了 イ 当事者の懈怠による終了 (166条) ② 職権による取消決定 (120条)	① 終結決定 ア 争点整理の完了 イ 当事者の懈怠による終了 (170条 5 項, 166条) ② 取消決定 ア 申立て又は職権による裁量的取消し (172条 本文) イ 当事者双方の申立てによる必要的取消し (172条 ただし書)	① 争点整理の完了による終結決定 ② 職権による取消決定 (120条)
争点整理手続終了の際の争点確認	①ア 口頭で争点確認 (165条 1 項) イ 相当と認めるときは調書に記載 (民事訴訟規則86条 1 項) ② 要約書面の提出 (165条 2 項, 民事訴訟規則86条 2 項)	同左 (170条 5 項, 民事訴訟規則90条・86条 2 項)	① 口頭での争点確認は予定されていない ② 要約書面の提出 (176条 4 項, 165条 2 項, 民事訴訟規則92条, 86条 2 項)
争点整理手続終了後の口頭弁論における手続	口頭弁論ゆえ, 弁論上程は不要	弁論準備手続の結果を陳述し, 証拠調べによって証明すべき事実を確認 (173条, 民事訴訟規則89条)	準備手続で整理した攻撃防御方法を提出し (準備書面の陳述等), 証拠調べによって証明すべき事実を確認 (177条), 必要的調書記載 (民事訴訟規則93条)
説明義務	手続終了後の攻撃防御方法 (167条, 民事訴訟規則87条)	同左 (174条・167条, 民事訴訟規則90条, 87条)	事実確認・要約書面陳述後の攻撃防御方法 (178条, 民事訴訟規則94条, 87条 2 項)

※ 進行協議期日について

裁判所は, 口頭弁論の期日外において, その審理を充実させることを目的として, 当事者双方が立ち会うことができる進行協議期日を指定することができる (民事訴訟規則95条 1 項)。そして, 裁判所は, 受命裁判官に進行協議期日における手続を行わせることができる (民事訴訟規則98条)。

また, 進行協議期日は, 争点等の整理を目的とするものではなく, 進行に関する協議を実施するためのものであるから新たな訴訟資料が提出されることは予定されていない。そのため, 事実上資料が提出されたとしても, 訴訟資料とはならない。

さらに, 電話会議システムを利用することができる (民事訴訟規則96条 1 項)。

辰 巳 法 律 研 究 所

東 京 本 校 : 〒169-0075 東京都新宿区高田馬場 4 - 3 - 6

TEL03-3360-3371 (代表) ☎ 0120-319059 (受講相談)

<http://www.tatsumi.co.jp/>

大 阪 本 校 : 〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400 (代表)