

第1篇 訴訟関係者

第2章 当事者

第1 当事者の意義

【論点】 当事者の確定基準

思うに、だれが当事者であるかは、**人的裁判籍**（4条）、**当事者能力・訴訟能力の有無**（28条以下）等の訴訟要件の判断等の基準となるので、**【当初から必要】** 訴えの提起後直ちに（判断される必要があり）、かつ、（その基準は）**明確な**ものでなければならない。

この点、訴え提起直後においては、その資料としては訴状しかなく、かつ訴状の記載が最も明確であるといえる。

そこで、**訴状の当事者欄の記載や請求の趣旨・原因など一切の訴状の表示を合理的に解釈して当事者を確定すべきものと解する（実質的表示説）。**

【論点】 氏名冒用訴訟

例えば、①甲が乙と称して丙に対して訴えを提起したり、あるいは②丙が被告を乙として訴えを提起したところ、第三者甲が訴訟代理人を介して勝手に応訴したような、いわゆる氏名冒用訴訟の場合、冒用者と被冒用者いずれを当事者とすべきであろうか。

この点、当事者の確定は、訴訟開始の段階から明確に判断されるべきであるが、具体的に妥当な結論を導くために、訴状の当事者欄の記載や請求の趣旨・原因など一切の訴状の表示を合理的に解釈して当事者を確定すべきものと解する（実質的表示説）。

そこで、本問の例によれば、訴状の記載から**乙（被冒用者）が当事者**となる。

まず、**判決前に氏名冒用の事実が判明**すれば、**原告冒用の場合**（①）、**被冒用者の意思に基づかず勝手に訴えを提起している点で無権代理人による起訴と同視**できるので、冒用者は訴訟から排除され、被冒用者の**追認（34条2項）**なき限り、**訴えは却下**される。**【適法な訴訟係属という訴訟要件を欠くため】**

これに対して、**被告冒用の場合**（②）には、裁判所は**甲を手続から排除**して、**乙に訴訟を続けさせることになる。**

また、**裁判所がこれを看過して判決**した場合は、被冒用者が当事者として判決の名宛人となるから、その効力は**被冒用者に及ぶ**（115条1項1号）。しかし、**代理権欠缺の場合に準じて上訴又は再審**でその取消しを求め得る（**312条2項4号、338条1項3号**）。この考えは、現に被冒用者名義の判決が存在する以上、その効力を排除するためには上訴・再審による方が**法的安定性**に資するという理由に基づいている。

+

補足

<判決前に氏名冒用の事実が判明+被告冒用の場合>

～乙に訴訟を続けさせるために、**新期日を指定し(155条類推)**、同時にあらためて**訴状を被告である被冒用者に送達し(138条1項)**、**冒用者に訴訟費用を償還させる(69条2項類推)**。

cf. 155条は弁論能力がない場合の条文であるから直接適用できないが、このままでは手続の適切な進行が期待できないという点では同じであるから、訴訟の円滑かつ迅速な進行と健全な運用を図るという同条の趣旨は妥当する。よって、類推適用できる。

cf. 69条2項は無権代理人の場合の規定であるため、自ら被告として行動した本件には直接適用できない。しかし、不必要な費用を生じさせた者に一種の制裁を課す必要がある点では同じであるから、類推適用できる。

また、乙が**追認(34条2項)**しない限り、冒用者による訴訟行為は**無権代理行為として無効**となるから、**冒用者による訴訟行為の効力は乙に及ばない**。訴訟を一からやり直すことになる。（⇔後述の死者名義訴訟の場合と異なる。）

【論点】 死者を被告とする訴え

原告が訴えを提起した当時、被告が既に死亡していた場合、訴訟上いかなる取扱いをすべきであろうか。

この点、**表示説**によれば、**死者が当事者**となり、**当事者が実在しない訴訟として訴えは却下**され、また、これを看過して本案判決がなされても**無効な判決**となるのが**原則**である。

しかし、**相続人が訴訟に関与している場合**にまで、これを不適法としてこれまで積み重ねてきた訴訟追行の結果をすべ

て無駄にすることは、訴訟経済に反するばかりでなく、当事者にとっても不公平である。

思うに、訴訟係属後に当事者が死亡した場合には、相続人がその地位を当然承継するとされる（124条1項1号参照）。

そこで、原告が裁判所に訴状を発送した後受領前に相手方が死亡したときのように、訴訟成立の準備段階に入った後に死亡した場合、当然承継(124条1項3項参照)の趣旨を類推適用して、相続人による訴訟の承継を認めるのが妥当であると考える。

また、訴え提起前に死亡していた場合であっても、相続人が訴状を受領して死者の名で応訴しているときは、当事者を死者から相続人に変更（任意的当事者変更）でき、相続人は、信義則（2条）上、従前の訴訟追行の結果が自己に及ぶことを否定できないと解する。【判決の後判明】さらに、この場合、当事者を変更しないままに判決が確定しても、信義則上、相続人は当事者と同視され、判決の効力を受けるものと解する。

出題 44-1

備考

+

補足 氏名冒用訴訟と死者名義訴訟の比較の視点

	引き継ぐ者の手続保障の要請	相手方の便宜・訴訟経済の確保の要請
氏名冒用訴訟	<u>被冒用者の手続保障を充足する必要性が高い。</u>	通常、冒用者と相手方は <u>通謀</u> しているため、 <u>相手方の便宜を図る必要性は低い。</u>
死者名義訴訟	<u>相続人の手続保障を充足する必要性は低い。</u> ∴ <u>自ら応訴</u> していたから。	<u>相手方は相続人の応訴により死亡の事実を知らないのが通常</u> であり、 <u>相手方の便宜及び訴訟経済の確保の要請が高い。</u>

《旧試》

『甲は、A土地の所有者乙を被告と表示して、所有権移転登記を求める訴えを提起した。なお、この訴訟には、訴訟代理人はいないものとする。

1 甲と通じた丙は、乙と称して訴状等を受領して、第1回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実をすべて自白した。
(1) 丙が自白した後、第1回口頭弁論期日において、出頭したのは乙ではなく、丙であることが判明した。この場合、裁判所は、どのような措置を採るべきか。

(2) 第1回口頭弁論期日において弁論が終結し、乙に対する請求認容の判決が言い渡されて、控訴期間が経過した。その後、甲は、A土地について所有権移転登記を経由した。この場合、乙は、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。』

甲は乙を被告として表示して訴えを提起したのですから、原告甲・被告乙とする訴訟手続が開始されることになります（当事者確定問題における表示説）。そうだとすれば、本件訴状を受領すべき被告は乙であるところ、丙が乙と称して受領しているため、適法な訴訟係属は発生しておらず、裁判所が審理できる状態にはなっていません。

小問(1)では、第1回口頭弁論期日において、出頭して自白をした人物が当事者である乙ではなく、丙であることが判明したわけですから、訴訟継続が不適法であることが裁判所に確知されました。この場合、このまま審理及び手続を進行させることはできませんので、裁判所は、丙を排除して、あらためて乙に対する訴状の送達からやり直すことになります。

小問(2)は、訴訟係属が不適法のまま弁論終結・判決、控訴期間の経過にまで至っています。実体的には不当な訴訟関与がなされたとしても、控訴期間の経過によって、判決は形式的に確定します。つまり、当該手続内で取り消されることはなくなったことを意味します。乙としては、自らを被告とするあずかり知らぬ判決が確定し、しかも、それによってA土地の登記名義を失っているわけですから、実体的には不当な不利益を受けていることにはなりません。しかし訴訟手続的には敗訴判決が確定している以上、これを全く無視することはできません。これを自由に認めたのでは、訴訟制度を否定することに連なるからです。このため、乙の救済手段は、この判決が存在することを前提にしたものにならざるを得ません。この確定判決が存在することに着目すると、その取消しを求める再審の訴え(民訴法338条項3号類推)を提起することが考えられます。また、乙は、訴状のみならず判決の送達も受けていないと考えられるため、不服申立ての機会が与えられていなかったこととなります。とすれば、この判決の存在を前提に、控訴という訴訟行為の追完(民訴法97条1項)を主張して、控訴を提起することも考えられます。なお、控訴を提起したときは、再審の訴えを選択することはできません(民訴法338条1項ただし書)。

『2 乙が訴状等を受領したが、甲と通じた丙が、「口頭弁論期日には出頭しなくてもよい」と乙をだました上、自ら乙と称して、第1回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実をすべて自白した。同期日の後、乙は死亡したが、裁判所が乙の死亡を知らなかったため、乙に対する請求認容の判決が言い渡されて、控訴期間が徒過した。この場合、乙の相続人丁は、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。』

被告とされる乙が訴状を受領していますので、適法に訴訟係属が生じています。問題文では、丙が出頭した期日後に乙は死亡したとあるのみですので、弁論終結前の死亡なのか弁論終結後の死亡なのかが判然としません。

<弁論終結前に乙が死亡していたとき>

訴訟手続は中断します(民訴法 124 条 1 項 1 号)。これを看過して手続を進行させ、裁判所が言い渡した判決は違法の瑕疵を帯びます。しかし、その違法は判決を当然に無効ならしめるものではなく、やはり形式的に控訴期間が経過することによって、確定すると解されます(前記検討 3 参照)。そうだとすれば、ここでも乙の相続人は、判決の存在を前提に、受継手続とともに上訴の追完(民訴法 97 条 1 項)を主張して控訴を提起するか、確定判決の存在を前提に、再審の訴え(民訴法 338 条 1 項 3 号類推)を提起するとの救済手段をとることが考えられます。

*なお、丙の欺罔によって乙が期日に出頭して自白した場合には、民訴法 338 条 1 項 5 号の再審事由を主張することができますが、本件では丙の欺罔によって乙は出頭しなかったというのですから、同号を理由とする再審の訴えを提起することはできません。

<弁論終結後に乙が死亡していたとき>

判決の言渡しは可能とされています(民訴法 132 条 1 項)。したがって、判決そのものには違法の瑕疵は存在しません。この場合、判決言渡し・送達まで、を行った時点で中断し、控訴期間は進行しない(民訴法 132 条 2 項)と解することも可能ですが、やはり明確性を害するのではないかと与えます(前記検討 3 参照)。そうすると、弁論終結前に乙が死亡した場合と規律において異なることとなります。

《旧試》

『甲の名で乙に対して売掛代金支払請求の訴えが提起された。次の各場合において、訴訟にどのような影響を生ずるか。』

1 訴えの提起前すでに甲が死亡していた場合

当事者の実在は訴訟要件とされる。*定義を織り交ぜて書くとよい

よって、仮に死者である甲が当事者であれば、本件訴訟は訴訟要件を欠き、却下されることになるのが原則である。

そこで、本件訴訟の当事者が誰か。当事者確定の判断基準が問題となる。

思うに、基準の明確性の観点から、当事者欄の記載や請求の趣旨・原因など、訴状の表示を合理的に解釈して判断すべきであると解する。

本件では、訴状に表示された甲と乙が当事者である。

したがって、原則として本件訴えは却下される。



この瑕疵が発覚した時期に応じて、裁判所がとるべき措置が異なります。

<訴状送達(訴訟係属)前に裁判所に発覚>

裁判長は、「当事者」(民訴法 133 条 2 項 1 号)の記載を欠くものとして、補正命令(民訴法 137 条 1 項)を発して補正を命じます。具体的には、甲の相続人が住所・氏名とともに、相続開始事実及び自らの相続資格を明らかにするほか、本件は金銭請求ですから、相続分に応じて当然に分割されますので、これに応じた金額に請求の趣旨を補正する必要があります。命令に定められた期間内に補正がなされなかったときには、裁判長は、命令で訴状を却下しなければなりません(民訴法 137 条 2 項)。

また、これを看過して本案判決がなされても無効な判決となるのが原則である。

<訴状送達(訴訟係属)後に発覚>

原則適法な訴訟係属が生じていない状態でありながら、その発覚に至るまでの間、本来は訴訟主体ではない人物が当事者として訴訟行為を行っていることとなります。裁判所は、この者の関与を将来に向かつて排斥するとともに、過去に行われた訴訟行為を無効として排除して訴状送達からやり直すことを検討します。このため、やはり補正を命じた上で補正されないとき、又は補正不能で、あるときには、判決で訴えを却下することとなります(民訴法 140 条)。この場合、いったんは被告に訴状を送達して訴訟手続を開始している以上、訴状却下命令によるのは相当ではないと解されます。

例外 ↓ もっとも、

既に相当程度手続が進行してしまっている場合であって、訴状には原告甲と表示されていても、それが実質的には甲の相続人をいうものと理解することが合理的に可能な場合については、訴訟係属が適法に発生しているものと理解し、いわば当初の訴状記載が誤記に類するものであったとみて扱うことも許されます(表示の訂正)。それまで応訴して訴訟活動を展開してきた被告乙の利益にも適う処理といえます

↓ やや極端なケースではありますが、

甲が訴訟代理人を選任した後に死亡し、訴訟代理人がこれを知らずに訴状を提出して、その送達がなされて訴訟手続が開始された場合

厳密には適法な訴訟係属が生じていないわけですが、その訴訟代理人の訴訟活動は当初の原告の意思に由来するとともにその相続人のためになされたものとみて、訴訟を維持するのが訴訟経済や相手方との公平の観点から相当と判断されることが多いと思われます。このような場合には、訴訟係属後の死亡を想定する当然承継(民訴法 124 条 1 項 1 号、2 項)を類推適用して、従前の手続を無にしないようにすることが考えられます。

* 訴状提出後送達前に被告乙が死亡した場合において、被告の相続人丙らが訴訟追行した事案について、「第一、二審を通じてみずから進んで訴訟行為をした丙らが、いまさら本件訴訟の当事者(被告)が死者である乙であったとしてみずからの訴訟行為の無効を主張することは、信義則のうえから許されないものと解するのが相当である」とした判例は表示説による解釈運用を前提にした上で、信義則を用いて従前の訴訟の結果を維持しようとするものです(当事者の確定基準における行動説や規範分類説が導く結果と同一です)。やはりここでも相手方との公平や訴訟経済という実質的な視点が伏在していると考えられます。

2 訴えの提起後口頭弁論終結前に甲が死亡した場合

「訴え提起後」という表現には、①訴状提出後その送達前と②被告への訴状送達(訴訟係属発生)後という 2 つの態様が含まれます。もっとも、①は設問 1 について検討したところと同旨ですし、設問 3 とのつながりを与えると、設問 2 の中心は②にあるといえます。

訴訟係属中に当事者が死亡したときは、訴訟手続は中断します(民訴法 124 条 1 項 1 号)。対立当事者の一方が欠けることによって対論を維持することができないこととなりますので、新たに当事者となるべき者に手続関与の機会を保障するために、訴訟手続の進行を停止させる趣旨です。

訴訟手続の中断中は、当事者も裁判所も有効に訴訟行為をすることはできません。仮にこれを看過して訴訟行為を行ってしまったときは、中断事由解消後に再び直す必要があります。ただし、責問権の放棄・喪失の対象事項であるときには、これによって瑕疵が治癒されると解されています。

訴訟手続の中断を解消するためには、受継手続を経る必要があります。相続人又は相手方からの受継申立て(民訴法 126 条)、あるいは裁判所の続行命令(民訴法 129 条)によって中断を解消して、手続が再開されます

↓ もっとも、

以上のところは、訴訟代理人がない場合の規律であって、訴訟代理人によって訴訟追行されているときは、当事者が死亡しても現実には訴訟追行者が存在しますので、訴訟手続は中断しません(民訴法 124 条 2 項)。審級代理の考え方により、判決言渡しまで訴訟手続は進行することになります。この場合、訴訟代理人は、当事者が変動することにより、実体上は新たな当事者である相続人の訴訟代理人として訴訟手続を進めることになります。そこで、法律形式的にも当事者死亡の事実を裁判上明らかにし、当事者を相続人とし、請求の趣旨を相続分に応じた形にあらためることによって、判決書上も相続人と相続分に応じた請求形式に反映させるのが相当です。

↓ これに対し、

当事者死亡の事実が裁判上明らかにならないまま審理を遂げて弁論終結・判決に至ったときは、旧当事者の名のみで行われた訴訟追行の結果は、法的には相続人の代理人として行われたものですから、旧当事者を表示した判決は、相続人に対する判決として理解されます。この場合、死亡した旧当事者を表示している判決書の表示を更正(民訴法 257 条)することが可能です。

3 口頭弁論終結後判決言渡前に甲が死亡した場合

口頭弁論終結後に死亡した場合にあつては、判決の言渡しは可能とされています(民訴法 132 条 1 項)。その判決の確定によって訴訟係属が失われます

この場合、判決はいつ確定するのでしょうか。

あくまで訴訟係属中における当事者の死亡であるため、訴訟手続の中断・受継が生じるとの理解を基本に据えるならば、判決言渡しを可能とする上記規定は例外的に判決言渡しのみを可能とする趣旨であるにとどまり、上訴との関係を考えると、甲の相続人が受継(中断解消)するまでは、訴訟手続が中断していると解することができます。つまり、判決書の送達がなされても受継手続がとられるまでは上訴期間は進行せず(民訴法 132 条 2 項)、判決は確定しないと解することになります。このように解するならば、相続人が控訴する機会を十分に保障することが可能であるといえます。

しかし、原告甲の死亡事実を被告が確知できる保障はありませんから、被告から受継申立てをすることは實際上困難です。甲の相続人による受継がいつまでもなされない不確定状態がいつまでも続いた上、確定したと信じていた事件の期日呼出状が突如として控訴審から届くのは不意打ち以外の何者でもありません。裁判所としても、上訴期間が経過しているのに判決が確定したのかどうかが決まらず、浮動的状态におかれてしまうのは法的安定性を害し不当であると考えられます。

したがって、死者名義のままの判決書の送達があった場合であっても、上訴期間の経過によって判決は形式的に確定すると考えるのが相当です。

そうすると、132 条 1 項は、このような事態を想定して判決の言渡しを可能としているものと理解することができます。

甲の相続人については、訴訟行為(上訴)の追完(民訴法 97 条 1 項)が可能な限度で保

護することで足りるというべきでしょう。この場合、受継申立てとともに控訴を提起することになります。

【論点】 訴状における当事者の表示の訂正と当事者変更

Aは振出人「甲株式会社代表取締役乙」という約束手形の所持人で、支払を求め甲株式会社に対して訴えを提起しようとしたところ、肩書地に甲会社の登記がないので、被告を「甲会社こと乙」として訴えを提起した。ところが、第一審係属中に甲会社が別の場所に実在することが判明したような場合、甲会社を当事者と確定して表示の訂正ができるか。

この点、甲乙間に特定人としての同一性があれば、その訂正は単なる表示の訂正であり、訴訟中いつでもなすことができ、訂正までになされた訴訟進行の効果は当然すべて甲に及ぶ。これに対し、同一性がないときは、任意的当事者変更として取り扱うべきで、原則として第一審でのみ許され、従前の訴訟進行の効果は、必ずしも甲に引き継がれない。

そして、甲乙間に同一性があるか否かは、当事者の確定の問題ではなく、確定された当事者(乙)と甲とが同一であるかどうかの問題であるから、(表示説にあっても、)訴状の記載のみならずその他の徴表をも資料として判断すべきである。

本問においては、当事者欄の「甲会社こと乙」という表示と、「肩書地に甲会社の登記がない」のでやむを得ず上述のように表示した事情が訴状の記載全体から判明すれば、手続保障上も問題はないことから、当初から甲会社が被告であったと確定して表示の訂正を認め得る。

【論点】 任意的当事者変更の意義

任意的当事者変更とは、訴訟係属後に、原告が最初の被告以外の者にその訴えを向けかえ、あるいは最初の原告以外の者が原告に代わって訴訟を進行することをいう。

ある請求について当事者とすべき者を誤ったり、その一部を脱落した場合に、従前の手続を維持していくことは、原告にとって便宜【印紙代がうく、時効中断】であり、訴訟経済にもなっている。任意的当事者変更はこうした合目的的要請から実務上認められた制度である。

ただ、任意的当事者変更は明文で認められた制度ではなく、その要件・効果は明確ではない。また、従来の訴訟行為を無駄にしたくないという要請と新たに当事者となった者の手続保障の要請とを調和させる必要がある。

+

前提

実体法上の紛争の主体たる地位の変更(権利関係の変動)

→なし：任意的当事者変更

→あり：訴訟承継

当事者の同一性

→なし：任意的当事者変更(人間違い)

→あり：表示の訂正(書き間違い)

(cf. 表示の訂正はいつでもすることができ、従前の訴訟状態はそのまま効力を維持する。)

【論点】 任意的当事者変更の性質

任意的当事者変更の要件・効果につきいかに解すべきか、その性質と関連して問題となる。

(1) そもそも、任意的当事者変更自体は**明文のない制度**であるし、紛争主体たる地位の承継関係さえない**新当事者の手続保障**を考慮する必要がある。

そこで、**明文に依拠し**、また**新当事者の手続保障**に配慮するという見地から、任意的当事者変更の性質を**新訴の提起と旧訴の取下げの複合行為**と考える。

(2) よって、**新訴の提起の面から共同訴訟の要件(38条)**の具備が、旧訴の取下げの面から**訴えの取下げの要件(261条)**の具備が必要とされ、**新当事者の手続保障(審級の利益の保障)の見地から第一審に限定**されると考える。

(3)ア 効果としては、旧訴が遡及的に消滅するため(262条1項)、**新当事者は従前の訴訟追行の結果に拘束されないのが原則**である。

イ もっとも、(原告の便宜を図る等)**任意的当事者変更を認める意義**から、**時効中断の効果や出訴期間の遵守の効力を受け継ぐことを認めてよい**と考える。(＋印紙も改めて貼る必要なし)

また、新当事者側から従前の訴訟資料について**一括して又は個別的に追認**し、自らの訴訟資料とすることができ、**このような援用を相手方当事者は拒否し得ない**。

さらに、**旧当事者の訴訟追行が新当事者のそれと同視し得るときは**、新当事者は従前の訴訟追行の結果が自己に及ぶことを**拒否できない**と解する。(→この場合は、控訴審でも任意的当事者変更することができる。∵新当事者の審級の利益を害しないから。)

第2 当事者能力

【論点】当事者能力 (29条)

当事者能力とは、民事訴訟の当事者となることのできる**一般的**資格をいう。

そして、権利能力を有する者はすべて当事者能力を有するとされる (28条)。

ところで、民事訴訟法は自然人・法人のほか、権利能力を認められない法人格なき社団・財団で代表者等の定めがあるものにも当事者能力を認めている (29条)。

民法上は、法律関係の明確化、監督・取締りの見地から法律が認めたものだけに法人格を与えているが、**現実には権利能力のない団体も社会活動を営んでおり**、その団体との間に紛争が生じた場合には、**素直にその団体を訴訟当事者として紛争解決することが実際の**であり、**手続も簡便で効果的**である。

そこで、民事訴訟法は、**民法とは別個の政策的見地から**、法人でない団体にも当事者能力を認めたのである。

当事者として確定された者が訴訟の主体として判決の名宛人となるにふさわしい資格のある者が

一般的に訴訟の主体となり得るか

当事者能力

↓○

当該事件(当該訴訟物)につき本案判決を求め得る当事者か

当事者適格

補足

- ・権利能力を有する者はすべて当事者能力を有するとされる(28条)。

→死者は権利能力がなく、したがって、当事者能力もない。

→胎児も原則として権利能力がない以上、当事者能力を有しないのが原則である。

しかし、相続、遺贈、不法行為に基づく損害賠償請求ではすでに生まれたものとみなされるから(民法 721条、886条、965条)、この関係の訴訟では当事者能力を有する。

cf. このように通説は、胎児につき「一定の訴訟物との関係でのみ」当事者能力を肯定しており、当事者能力が**訴訟物のいかににかかわらない一般的資格だ**という命題は、**例外を含んでいる**。

- ・29条の趣旨について

団体を訴訟当事者として紛争解決することが**実際の(便利)**である。

→ さもないと、**相手方は、団体の構成員全員を探索して訴訟を捏起しなければならず、一部の者を欠いていることが後から判明すると(理解によっては)訴訟係属や判決効を否定される恐れもある**。**団体の構成員の方も、団体として活動してきた以上、団体として訴訟する方が便利**であろう。

【論点】補足 要件・効果

<要件>

「社団」

①団体としての組織を備え、②多数決の原則が行われ、③構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、④その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確立していること

「代表者又は管理人の定めがある」

cf. 上記要件が定立される理由

まず、**構成員の結合があまりにも弱い団体であれば、敗訴になりそうになると団体が消失してしまい(構成員がほとんど脱退する)相手方の保護を欠くことになることから(相手方は勝訴しても、判決を実行することができないのみならず、訴訟費用の回収さえできないことになりかねない)**、**当事者とは、構成員が多少変動しても、ある程度継続して存在する主体である必要**がある。⇒③要件が出てくる

また一方、**構成員の個性が強く構成員の意向を反映させて運営されている集合体では、集合体を当事者として代表者に訴訟を進行させることは、構成員の意向が訴訟に十分に反映されなくなる危険があり、集合体を当事者とするのはこの集合体の性格上適切ではない(このような集合体には、固有の必要的共同訴訟の規律がふさわしい)**。とすると、**恒常的な基盤**があり、**構成員からも独立した団体**が、当事者能力を与えられるに適することになる。⇒要件②④が出てくる

そこで、「法人でない社団」にあたるというためには、①団体としての組織を備え(内部組織性)、②多数決の原則が行われ(内部組織性)、③構成員の変更にかかわらず団体そのものが存続し(対内的独立性)、④その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定している(内部組織性)必要があると考える。
+「代表者又は管理人の定めがある」(＝代表者又は管理人が実際に活動していること：対外的独立性)。

当てはめ

①と②④の要件の当てはめは重なり合ってくるだろう。すなわち、②と④の認定をすれば、①は充足することになる(私見)。

cf. なお、④の要件と関連して、財産的独立性が必須の要件となるかが問題となる。(高橋宏志「重点講義民事訴訟法上」155頁参照)

この点について、金銭給付判決の実効性を確保するために、金銭給付訴訟の被告となる場合に限り、当事者能力の必須の要件となるとする見解がある(当事者適格ないし訴えの利益の通説的理解では、被告の財産の有無・強制執行可能性は問題とされない(給付請求権があるかどうか給付訴訟の関心事である)。しかし、そのことを踏まえた上で、通常の場合の被告の無資力は偶然的な事情によるが、財産のない権利能力なき社団は、金銭給付判決を出しても実効性がないことがあらかじめ判明しているのだから同列に論ずべきでなく、当事者能力を否定すべきだとする。)

しかし、税金との関係等で金銭給付判決を必要とするだけであり、強制執行は考えていない原告もいるのが現実である。とすると、金銭給付訴訟の被告の財産的独立性は、当事者能力の不可欠の要件とまではせず、当事者能力判断の諸要素の一つと位置づけるのが妥当である。つまり、団体固有の財産が現実に存在する否かを問題とする必要はなく、財産の「管理の方法」が定まっていればよいと考えるのである。このように考えるのが、自然人を被告とする場合との不均衡を生ぜしめることもなく妥当である。(ただ、通常、団体固有の財産は団体の活動の経済的基礎であり、経済的基礎が強固であるほど団体としての性格が明確になるから、権利能力なき社団であるか否かの判断にあたり、固有財産の有無が重要な資料となることは多いであろう。)

<効果>

- ・**社団財団自体が判決の名宛人となり、判決の効力を受ける(115条1項1号)**
- ・団体は実体法上構成員に帰属する権利義務について**訴訟担当者として当事者となる**と解されるので、115条1項2号により、**判決の効力が構成員に拡張されると解される**。

当事者適格の問題→判決効を構成員全員に拡張できるかの問題にかかわる。

当事者能力が29条によって、認められたとしても、そのことによって当然に、当該団体に一定の権利をめぐる訴訟についての当事者適格が認められるわけではない。そして、当事者適格の一般論からすると、構成員が権利義務の帰属主体であるから、構成員が当事者適格を有することになる。

しかし、構成員が多数にのぼる場合、その全員が当事者となって訴訟をするのは不便であり、訴え提起自体が困難又は不可能になることもある(固有必要的共同訴訟)。また、仮に訴え提起自体ができたとしても、訴訟に関連する文書を全員に送達したり、そのうちの一人が死亡すると訴訟手続が中断するため、訴訟経済的にも望ましくない。一方で、各構成員に当事者適格が認められるとすると、ある構成員との間で得た判決の効力は他の構成員には及ばないため、団体側が原告の場合、相手方は構成員全員に勝たなければならないという事態が生じる。これは明らかに不公平である。

そこで、団体に当事者適格を認め、かつ、判決効を構成員全員に拡張することが望まれる。

↓

1 団体固有の当事者適格について

団体固有の当事者適格が認められるためには、当事者能力のほか、当該団体に権利能力も認められ、かつ当該権利が当該団体に帰属するといえなければならない(：当事者適格は、訴訟の結果に最も強い利害関心を有する者、すなわち訴訟物たる権利関係について法的利益の帰属者に認められるから)。

しかし、判例は、当該事件の範囲であつても団体の権利能力を認めず、しかも、一貫して権利義務は構成員全員に総有的に帰属すると解している。

← 民法上の権利能力と訴訟法上の当事者能力がずれるという問題がある。そこで、当該事件の範囲では団体に実体法上の権利能力も認められないかが論じられている。

この点について、民法29条は、権利能力なき社団につき、自己に権利が帰属しているとの主張を可能とする趣旨であって、個々の具体的事件を通じて実質的に権利能力を認めるものであり、実体法を修正するものとする見解がある(学説の大勢)。→団体固有の当事者適格を認める余地あり。

しかし、同条の規定は、訴訟上の当事者能力について定めたものであり、実体的な効力についてなら定めていないため、実体法の修正までする規定とは読めない。したがって、同条は、権利能力なき団体の代表者が構成員から信託的に委ねられた財産管理権限に基づいて、実体法上、団体の名で訴訟を提起することができる場合(任意的訴訟担当)に備え、訴訟上の当事者能力を認めた規定であると考えられる。→第三者の訴訟担当の方向へ。

とすると、協定等を根拠に(債権的請求権)団体固有の当事者適格を基礎づけるか、もしくは紛争管理権を持ち出すしかない…(細かいので省略)

2 任意的訴訟担当について

このように当該権利が構成員全員に帰属するとの前提から出発すると、団体は、自己に帰属しない権利に基づき当事者適格を基礎づけるしかない(第三者の訴訟担当)(判例)。具体的には、団体が任意的訴訟担当者となり、代表者が訴訟追行をすることになる。

(1) 明文なき任意的訴訟担当の問題

ア 規範(論パ69)

イ 当てはめ

規約等によって包括的管理権を有し、権利主体と同程度以上に権利関係について知識を有する程度までその権利関係に関与しているといえるので、弁護士代理の原則および訴訟信託禁止の原則の趣旨を潜脱するおそれはない。また、合理的必要性が認められることは前述のとおりである。

ウ よって、明文はないが、権利主体からの授権があれば、任意的訴訟担当が認められる。そして、授権をした構成員は被担当者として判決効の拡張を受けることになる(115条1項2号)。

(2) もっとも、規約等により包括的に構成員全員の授権があったとみて、当然に構成員全員に判決効を拡張することは構成員の手續保障の観点から妥当ではない。なぜなら、このような包括的授権で足りるとすると、構成員の知らない間に訴訟提起がなされ、構成員が訴訟に参加する機会を奪うおそれ等があるからである。そこで、個別の訴訟提起ごとに授権を要すると考える。

(3) そうだとしても、個別の授権の際に構成員全員の合意がなければならないとすると、訴訟提起自体が非常に困難となり妥当でない。そこで、個別の授権については規約等において必要とされる総会の議決等の手續による授権(多数決)で足りると考える。

この場合、議決に反対した者も被担当者となり判決効が拡張されることになるが、当該団体に属している以上、組織原理に基づき当該議決に拘束されると解すべきである。また、このように解しても、反対した者は判決効が拡張される以上、固有の当事者適格を有する場合には(ex. 近隣住民等共同訴訟参加(52条))を、固有の原告適格を有しない場合であっても(ex. 原告反対市民同盟の構成員等)共同訴訟的補助参加をすることができるため、一定の手續保障は図られているといえる。

【論点】 民法上の組合の当事者能力 (肯定説)

実体法上権利能力が認められていない民法上の組合に当事者能力が認められるか、民法上の組合に29条が適用されるかが問題となる。

この点、社団と組合は社会的実体として明確に区別することが可能であるとして、29条の「社団」に民法上の組合は含まれないとする見解もある(否定説)。

しかし、両者の限界は必ずしも明確でなく、社団か組合かを常に峻別できるか疑問であるし、相手の団体がどちらに当たるか一々調査しなければならないとすると、29条の便益を実質的に殺ぐ結果となる。また、組合の当事者能力を認めず、組合員全員を当事者とするのは、訴訟手續の簡易迅速性を損なうおそれがあり妥当でない。

思うに、29条は現実に社会的に活動している団体については、紛争が生じた場合にも、それを直接当事者として扱った方が簡明であるため、独立した財産を有し、代表者の定めのある団体に当事者能力を付与したものである。

そして、民法上の組合も、現実に社会的活動を営んでいる以上上記趣旨は妥当する、独立の財産を有しているといえる(民法676条1項、同677条参照)。

したがって、民法上の組合も代表者の定めがあり、かつ、法 29 条の「社団」に当たる場合には、当事者能力を認めてよいと考える（判例に結論同旨）。

補足 社団と組合の区別

社団：構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続することが「社団」の要件であり、構成員の個性は弱いといえるため、構成員の意向を強く反映させて運営している集合体ではない。

組合：契約による結合にすぎず、構成員の個性が強いため、構成員の意向を反映させて運営されている集合体である。（→このような場合に集合体を当事者として代表者に訴訟を進行させることは、構成員の意向が訴訟に十分に反映されなくなる危険があり、この集合体の性格上適切ではない（このような集合体には、固有の必要共同訴訟の規律がふさわしい）。）

補足

以上のことを説明するために、29 条の「社団」は実体法上の社団ではなく、訴訟法上の社団だと表現してもよい。

民法上の組合の代表者（業務執行組員）に任意的訴訟担当が認められたので、少なくとも組合が原告側の場合は 29 条を利用する必要性は大幅に減少したといえる。（⇒組合が被告側の場合、相手方原告は任意的訴訟担当の要件を主張立証する必要があることから、相手方原告としては 29 条の当事者能力の方を選択することを好むこともあるであろう。）

【論点】当事者能力の欠缺を看過してなされた判決の効力（有効説）

当事者能力の存在は、訴訟要件の一つであるから、裁判所は**職権で調査**し、欠缺があれば訴えを却下する。

そして、当事者能力の欠缺を看過して本案判決がなされた場合、判決確定前であれば、控訴又は上告によって取り消すことができる（281 条、312 条 3 項、318 条 1 項）。ただし、再審事由には当たらないから（338 条 1 項参照）、判決確定後は再審によっても取り消すことはできない。

（それでは、例えば、ある団体が、定款の根本規則を欠いていた等の理由で当事者能力が認められないにもかかわらず、これを看過したまま本案判決がなされた場合、この判決は内容上の効力を有するであろうか、当事者能力の欠缺を看過してなされた確定判決の効力が問題となる。

この点については争いがあるが、当事者としての実体が存在しない場合とは異なり、上記のような場合には、団体として存在し、団体自ら手続に関与している。）

したがって、法的安定のためこのような判決も有効とし、当該事件に限っては当事者能力があるものとして取り扱うべきであると解する。

前述の例であれば、定款の根本規則を欠いていたこと等を看過してなされた判決が確定すれば、その判決により、当該事件限りでその団体に当事者能力が付与され、両当事者は判決の無効を主張してその執行を排除することはできない。

第3 訴訟能力

【論点】 訴訟能力

訴訟能力とは、訴訟当事者が自ら**単独で有効**に訴訟行為をなし、又は受けるために必要な能力をいう。

訴訟手続は、取引行為よりも**複雑**であり、判決が確定すると原則として**争う余地もなくなる**ことから、その進行が拙劣であれば、**重大な不利益**を受けるおそれがある。そこで、自己の利益を十分に主張し防御することのできない当事者を**保護**するため、訴訟能力という一定の水準を設けたのである。

そして、訴訟能力は、別段の定めのある場合を除き、**民法その他の法令に従い (28条)**、原則として行為能力を基準に決せられる。

すなわち、未成年者・成年被後見人、及び被保佐人・被補助人は訴訟能力を欠くとされる。このうち、**未成年者・成年被後見人は絶対的訴訟無能力者**と呼ばれ、自ら訴訟行為をすること、又はそれを受けることができない。これに対して、**被保佐人・被補助人は制限的訴訟能力者**と呼ばれ、自ら訴訟行為をし、又は受けることができるが、原則として、訴訟行為をするには**保佐人・補助人の同意**を必要とする(民法13条1項4号、同17条1項)。応訴は同意不要。

+

補足 訴訟能力

訴訟能力が必要とされるのは、訴訟内の行為に限られない。訴訟代理権の授与(弁護士への訴訟委任)、管轄の合意、訴えの取下げ契約の締結などのような訴訟外の行為をするにも訴訟能力が必要である。これらの行為も訴訟手続全体に影響し、手続安定のための訴訟能力の規律を必要とするからである。

違反した行為は、取消し得る行為ではなく無効である！違反した行為を有効だが取消しうるとしておくと、一応有効だから手続を進めざるを得ずその上に別の行為が積み重ねられるが、それが後になって取消しにより覆滅させられることになる**と手続の安定に反する**ので、初めから無効としたのである。(一応有効だが後から取消されるかも知れないという浮動的な状態を訴訟法は嫌う。)

↓こういう趣旨であるから…

訴訟能力の欠缺を見逃して有効だと思っていた行為が、後に法律的にも有効になる**追認は許される(34条2項)**。追認では、手続覆滅がないからである。

したがって、追認するときは、過去の行為を一括して**追認**すべきであり、一部を追認し他は追認しないという選り好みは許されない。

【論点】 訴訟能力の欠缺が手続に及ぼす影響①

訴訟能力の欠缺は、訴訟手続にいかなる影響を与えることになるであろうか。

まず、訴訟能力は個々の訴訟行為の有効要件であり、訴訟能力を欠く者が行った訴訟行為は当然に無効とされる。民法のように制限行為能力者の行為は取り消されるまでは有効とすると**手続の安定を害する**からである。

もっとも、**訴訟成立過程(訴え提起・訴状受領時)において既に訴訟能力が欠缺している場合**は、補正(34条1項)されない限り、訴訟係属自体が不適法であり訴えは却下される。この意味で、訴訟成立過程における訴訟能力の存在は訴訟要件である。^{*1}

では、訴訟能力を欠く者が関与して成立した訴訟において、**訴訟能力を欠く者が敗訴し、この者から控訴があった場合**、控訴裁判所はどのような取扱いをなすべきであろうか。

(思うに、当事者本人が訴えを提起し、又は訴状送達を受けている以上、その者の訴訟能力の有無は、訴訟追行を全体として観察し、結局、その訴訟の終局判決で解決されるべき問題であるから、控訴提起行為だけをとりえて無効とすべきではない。仮に、)訴訟能力の欠缺を理由に**控訴のみを却下すれば、第一審が確定**してしまうことになり、**本来訴訟能力を欠く者を保護しようとした規定が、逆に訴訟能力を欠く者を害することになり不当**である。

したがって、**控訴自体は適法**と扱うべきであると解する。

そして、控訴審裁判所は、第一審が訴訟能力の欠缺を看過しているときは、控訴を認容して**第一審判決を取り消した上(305条)**、**補正を命じ、補正されない場合、自ら訴えを却下^{*2}**すべきである。第一審が既に訴訟能力の欠缺ありとして訴えを却下しているときは、控訴を理由なしとして棄却すべきである(302条1項)。

補足

*¹確かに、訴訟能力は個々の訴訟行為の有効要件であるが、訴訟無能力者が訴えを提起した場合、適法な訴訟係属という訴訟要件を欠くことになる。そこで、裁判所は訴えを不適法であるとして却下すべきである。

もっとも、訴訟無能力者の訴訟行為でも追認(34条2項)の余地があることから、直ちにこれを排斥するのは妥当でない。そこで、裁判所は直ちに訴えを却下するべきではなく、まず期間を定めて補正を命じ(34条1項前段)、その期間内に補正がされない場合に初めて訴えを却下すべきである。

*²控訴審裁判所は、第一審判決を取り消して(305条)事件を第一審に差し戻し、第一審は補正を命じ、補正されない場合には訴えを却下すべきである。

⇒ どちらの説でも、補正がなければ訴え却下となる結論に変わりはない。違いは、控訴審裁判所と第一審裁判所のどちらが補正すべきであるかという点である。

第一審は訴訟能力を欠く者が行ったのであって実質的には審理はなかったのであるから、第一審から審理をし直すべきであろう。論パ21の説では、差し戻さずに事実審である控訴審が本案判決をするのだとなると、訴訟能力を欠く者の審級の利益を害する。他方で、控訴審で補正させた上で第一審に差し戻すのだとすると、上記レジュメの説と同じになる。ただし、論パ21の説では訴訟能力を欠く者が側が控訴審で「補正」をし、それまでの行為をすべて追認していることになるのであるから、第一審判決に瑕疵はなく、それを取り消して差し戻すことの説明が苦しくなる。

【論点】 訴訟能力の欠缺が手続に及ぼす影響②

このように訴訟成立過程(訴え提起・訴状受領時)において訴訟能力を欠く者であっても、結果として適法に上訴できるから、その者に対する判決の送達によって上訴期間も進行し、その徒過によって判決は確定するが、再審による救済が認められる(338条1項3号)。*¹

次に、訴訟成立過程に訴訟能力の欠缺はないが、その後の訴訟上の行為において欠缺を生じていた場合はどうだろうか。この場合、訴訟要件の不備になるわけではないが、訴訟能力は個々の訴訟行為の有効要件でもあるから、その後の訴訟行為の個別的無効を生じることになる。

よって、訴訟能力を欠く本人に判決が送達されても、上訴期間は進行せず、判決も確定しない。【送達も無効】

また、訴訟中に当事者が訴訟能力を喪失すれば、法定代理人が受継するまで訴訟は中断し、逆に当事者が訴訟能力を取得又は回復すると、法定代理権も消滅し(ただし36条)、訴訟手続は本人が受継するまで中断する(124条1項3号、ただし58条1項、124条2項)。

補足

*¹338条1項3号：法定代理権の欠缺には、法定代理人により代理されなかった場合も含まれると解されるから。

第5 代理人

【論点】 法人の代表者と表見法理

法人を相手方として訴えを提起する場合、代表者は原則として登記簿を基準に確定される。しかし、登記簿上、会社の代表者とされている者が必ずしも真実の代表者とは限らない。そこで、登記簿上代表者であるが、真の代表者でない者に対して、又はその者が訴訟行為をなした場合、登記を信頼した相手方を保護するために、実体法上の表見法理の規定（民法109条、会社法354条等）を類推適用して、登記簿上の代表者の訴訟行為を有効とできないかが問題となる。

この点、相手方と裁判所の犠牲の下に、訴訟をやり直して、不実の登記につき故意又は過失ある法人を保護することは公平に反するとして、これを肯定する見解もある。

しかし、実体法上の表見法理の規定は、取引の安全を図るために設けられた規定であり、手続の安定を重視すべき訴訟行為には適用すべきではない。取引の相手方保護を図った規定である商法24条本文・会社法13条本文が訴訟行為を除外しているのも、このことの現れと解される。また、法人が真正の代表者によって裁判を受ける権利を侵すべきではない*¹。

したがって、実体法上の表見法理の規定は、訴訟行為には類推適用されないものと解する（判例に結論同旨）。

以後の手続：① 補正命令（法137条1項） ② 特別代理人の選任（35条） ③ 追認（34条2項） +37条

前提 法人の代表と表見法理

自己の怠慢・不注意によって真の登記をしなかった、または改めなかった法人と、登記しか差し当たり頼るものがない相手方の立場の衡量の問題

法人が訴訟係属を知っていた場合（真の代表者が知っていた場合）には、その法人を保護する必要はない。真の代表者の方が訴訟に出て行って訂正を求めることができ、かつ、そうすべきだからである。

したがって、訴状その他が法人の主たる事務所に送達されている場合には、真の代表者が知っているとしてよく法人を保護する必要はない。

そこで、問題は、法人の偽りの代表者個人に送達がなされることによって真の代表者が訴訟係属を知らなかった場合という比較的稀な場合で考えることになる（最判昭和45年12月15日民集24巻13号2072頁は、こういう場合であった）。

*法人にとっての裁判を受ける権利：法人の背後には多くの人間がいるのであるから、真の代表者によって訴訟を進行される法人背後者の利益を重視すべきであるという発想がある。

↓少なくとも以下を付け加える方が良い・・・

また、多数者の利害を担っている法人が真正の代表者によって裁判を受ける権利を侵害すべきではない。

cf. 不適用説は、訴訟のやり直しをさせられる相手方の保護としては、余計な支出を余儀なくされた第一の訴訟の訴訟費用・弁護士報酬を法人に負担させることでバランスをとれば足りる、と論ずることになる。

《旧試》

『甲は、株式会社乙の商業登記簿上の代表者丙を乙の代表者として、乙に対し、売買代金の支払を求める訴えを提起した。丙は、乙の代表者としてこの訴訟の訴状の送達を受け、口頭弁論期日に出頭して、甲の請求を争った。丙は、訴訟の審理がかなり進んだ段階で、自分は乙の代表取締役役に選任されたことはなく、乙の真実の代表取締役役は丁である旨を口頭弁論期日において陳述した。

この場合における訴訟法上の問題点及び裁判所が採るべき措置について論ぜよ。』

1. 訴訟法上の問題点

法人の代表者には法定代理人の規定が準用されるとする37条によって、法定代理人の権限は実体法の規定により定められるとする28条が準用される結果、代表取締役役には一切の裁判上の行為をなす権限が認められる（会社法349条4項）。

とすれば、丙がかかる代表権を有する場合には、丙のなした訴訟行為は有効となる。しかし、本問で「自分は乙の代表取締役役に選定されたことはな」という丙の陳述が事実である場合は、個々の訴訟行為の有効要件である代表権を欠くので、丙のなした訴訟行為は無効となるのが原則である。

↓

甲としては商業登記簿謄本の記載に依拠せざるを得ないという一般論のみならず、本問では、株式会社乙については、審理がかなり進行するまで放置していた、にもかかわらず、丙の上記陳述を認めると、法人を訴訟の相手方当事者とした甲に酷である。

そこで、民法 109 条、会社法 354 条、同 908 条 2 項等の表見法理を類推適用して、訴訟行為を有効とすることはできないか。

裁判所が関与する公的手続であるので、取引安全のための表見法理を訴訟行為に類推適用すべきではない。この理は、取引安全を図るための規定である会社法 13 条、商法 24 条が訴訟行為を除外していることから明らかであるよって、表見法理を類推適用することはできないと考える。

したがって、本問で丙の陳述が真実である場合は、前述の原則どおり、丙のなした訴訟行為は無効となる。

もっとも、乙が追認した場合には、丙の訴訟行為はさかのぼって有効となる（法 37 条・34 条 2 項）。

2. 裁判所の採るべき措置について

(1) この点、*訴訟成立過程における代表権の存在は訴訟要件（適法な訴状受領行為の存在は訴訟要件）である。そして、この訴訟要件は職権調査事項であるから、裁判所は当事者からの主張がなくとも職権で丙が代表取締役であるか否かについて調査しなければならない。

(2) そして、この調査の結果、丙が代表取締役であることが判明した場合、甲の訴え提起は有効となり、裁判所はそのまま本案審理をすべきことになる。

これに対して、調査の結果、丙が代表取締役でないことが判明した場合、代表権の存在は個々の訴訟行為の有効要件であるから、訴えの提起は不適法となる。

そこで、訴訟要件を欠くので、裁判所は甲の訴えを却下すべきである。ただし、裁判所は直ちに訴えを却下するのではなく、甲に対して訴状の補正を命じ(138 条 2 項・137 条 1 項)、甲が補正に応じて丁を代表者として訴状に記載した場合には (37 条、133 条 2 項 1 号)、丁に対して訴状を送達し(138 条 1 項)、そのまま本案審理をすべきことになる。

【論点】 訴訟委任による訴訟代理人（新堂・上田）

訴訟委任による訴訟代理人とは、特定の事件について訴訟追行を委任され、そのための包括的な代理権を授与された代理人をいう。

民事訴訟法は、本人自ら訴訟することを認める（本人訴訟の原則）。ただし、①訴訟運営の円滑化を図り、②当事者の利益が害されるのを防止するため、訴訟委任による訴訟代理人は、原則として法律の専門家たる弁護士でなければならないとする（弁護士代理の原則 54 条 1 項本文、弁護士法 72 条）。

それでは、非弁護士が既になし、あるいは非弁護士に対してなされた訴訟行為の効力はどうなるであろうか。

この点、弁護士資格は代理人としての弁論能力の制限にすぎず、非弁護士が訴訟代理人となし、又はその者に対してなされた訴訟行為も有効とする見解もある。

しかし、弁護士資格がある者によって代理されるべき当事者本人の利益は保護されるべきであり、弁護士資格は代理権の発生・存続の要件と解すべきである。

したがって、非弁護士によってなされた訴訟行為は無効である。【相手方が善意なら有効とすべき】

そして、弁護士資格は訴訟代理権の発生・存続の要件であるから、無権代理人の行為の追認が認められる（法 59 条、34 条 2 項）のと同様、本人の追認により有効となると解する。

第2篇 第一審手続
第1章 訴えの提起
第1 訴えと請求

【論点】 境界確定の訴え

この点、境界確定の訴えの法的性質を所有権確認訴訟ととらえる見解がある。

確かに、当事者は、実質的には所有権の範囲の確認まで期待していることが多い。

しかし、境界は課税の基準等の公法上の単位であり、当事者の任意処分可能性を前提とする民事訴訟法(処分権主義、弁論主義)に服させるのは、妥当でない。

また、当事者の期待する所有権の範囲の争いに関しては、境界確定の訴えを先行提起しておいて、所有権確認の訴えを追加提起(追加的変更)したり、境界確定訴訟のまま、所有権確認を内容とする和解を成立させ境界確定の訴えを取り下げるなどの方法を採用することが考えられる。

したがって、境界確定の訴えの法的性質は、形式的形成訴訟であると解する。

【論点】 境界確定の訴えの訴訟手続

●訴訟要件

<客観的側面>

①境界設定の利益があること(隣接する土地の境界が不明であること)

②両地が隣接すること

<主観的側面(当事者適格)>

隣接地の所有者とされている者

∴境界に関する紛争の解決につき最も私的利害関係の強い者



・所有以外の者、例えば、地上権者、抵当権者などの他物権者や賃借権者が当事者適格を有するか否か
⇒補助参加人になり得るにすぎない

・隣接する土地の一方又は双方が共有に属する場合

⇒固有必要的共同訴訟

●申立て

請求の趣旨として、単に隣接地間の境界を定める判決を求めれば足り、特定の境界線の存在を掲げる必要はないし、判決主文においても土地相互の境界を表示すれば足り、当該土地の所有者を表示する必要はない。

●判決

裁判所は、判決に際しては当事者の主張に拘束されませんし、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴法246条違反にはならない。

したがってまた、控訴審での不利益変更禁止原則の適用もありません。

裁判所は、証拠等により特定の境界線を認定できない場合でも請求を棄却することは許されませんので、両所有者の占有の現況に従いあるいは争いある地域を平分するなど、具体的事案に応じ常識上最も妥当な境界線を合目的な判断によって確定すべきであるとされます。

形成要件(形成原因)の認定という要素がない以上、境界確定判決には既判力はなく、境界線を形成する効力が認められるにとどまります。

●当事者による任意処分の可否

当事者間で境界につき合意が成立しても、公法上の境界自体についての処分権がない以上、その合意のみによってその内容どおりの境界を確定することは許されません。すなわち、請求の認諾、和解を認めることもできません(この場合には、所有権確認の趣旨で裁判上の和解を成立させ、境界確定の訴えについての取下げとこれに対する同意条項を挿入して事件を終局させることとなります。この訴訟では訴訟物を観念することができませんので、この和解における互譲はすべて訴訟物外の権利関係を対象とすることとなります)

また、境界線の所在位置について自白が成立しても、法適則の要素のない非訟事件である以上、主要事実を観念することができませんので、その自白は裁判所を拘束するものではありません(もっとも、当該事実の立証の必要は免れること

にはなりません)。

●境界確定資料

境界確定訴訟の本質を非訟事件として捉え、請求棄却判決の余地がないと解する以上、証明責任分配の適用もありません。裁判所は、証拠によって客観的に存在する境界線の所在を探求し、これを認識したときはその境界線を確認的に確定し、証拠上これを認識できないときは、土地台帳附属地図(公図)の記載内容、土地の占有状態、隣接両地の公簿面積と実測面積との比較、地形、道路位置、境界標識、検証の結果等を総合考慮して妥当な境界線を形成的に確定することとなります。

●土地所有権との関係

境界確定訴訟の対象が公法上の境界であると考え、取得時効の完成によって境界が移動することはあり得ないと解されます。

また、境界確定を求める中間確認の訴えは、係争土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟の先決関係に立たない以上、不適法であるとされます。この場合、訴えの追加的変更によって、両請求を単純併合として審理することになります。

↓

当事者が係争地の全部又は一部を時効取得した場合、どのように当事者適格の有無を考えるべきか。

思うに、一方当事者が境界の全部に接続する部分を時効取得したとしても、境界に争いがある隣接土地の所有者同士であるという関係に変わらない。一方で、一方当事者が土地の全部を時効取得した場合には、もはや隣接土地の所有者同士であるという関係は存在しない。

したがって、一方当事者が土地の一部を取得したに止まる場合には当事者適格が失われないが、全部取得した場合には当事者適格が失われると解する。

↓

境界確定の訴えの提起によって係争地の所有権についての取得時効は中断するとしています。

∴境界確定の訴え提起には所有権範囲の確定に関する明確な権利行使意思の表明があると理解される。

【論点】 請求の特定の必要性

請求は、訴訟における審判の対象であり、訴訟の主題をなすものであるから、訴訟手続の初めから明確に特定されなければならない(133条2項2号)。※要件事実における請求ではないことに注意(これが欠けていたら主張自体失当で棄却)

↓

- ① 審判の範囲・対象の特定をする点
- ② 被告に防御の範囲を明示し、不意打ちを防止する点
(+訴訟上の諸制度における重要な基準を明確にする点)

→ 「丙に返済期」で覚える！*

↓ 特定の基準

- ・ 実体法上の権利・法律関係の特定
- ・ 求める審判の種類・形式の特定
- ・ 範囲の特定

*請求の併合(136条、7条、9条)、二重起訴の禁止(142条)、訴えの変更(143条)、再訴の禁止(262条2項)、既判力の客観的範囲(114条1項)などの問題を判定するに当たっては、訴訟物が一定の基準的機能を果たすが、かかる訴訟物の同一性を判定するためにも、訴訟物の特定が必要となる。

【論点】 金額を定めない金銭支払請求の可否 【範囲の特定の問題】

原告が、訴状に請求額を明示しないで訴えを提起した場合、このような訴えは許されるか。不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においても、通常金銭支払請求と同様、請求の趣旨において具体的金額を明示する必要があるか、248条からは明示することが不要とも思われるので問題となる。

この点、不法行為に基づく損害賠償請求においては、賠償額は裁判官の裁量によって決まる部分があるので(248条参照)、原告が請求に当たって一定額を明示することは困難であるとして、請求額の明示は必要ではないとする見解もある。

【不要説→「裁判所が相当と認める額」の支払を求める旨の記載で足りることになる。】

しかし、原告の要求の最大限が示されないと、被告は、防御の方法・程度を決定することができず、被告の手續保障を害するほか、事物管轄や印紙額の基礎となる訴額の算定が不可能となるなどの問題も生ずる。また、原告に一定額の明示を要求しても、審理の経過に応じて請求を拡張すること【訴えの変更】によって、その不利益は緩和することが可能であるし、そのような訴訟指揮を裁判所に期待することもできる。**248条は、あくまでも請求額の明示があることを前提に、原告の立証の困難性を救い、証明度を低減させる規定にすぎないと解する。**

したがって、金額を明示しない金銭の支払請求は、請求の特定を欠き不適法であると考えられる。

【論点】 抽象的不作為請求の適否 【範囲の特定の問題】

Xは「原告の住居内に環境基準以上の騒音を到達させてはならない」という判決を求める訴えを提起している。

本問Xの騒音差止請求は、いわゆる抽象的不作為請求であり、いかなる方法で騒音を差し止めるのかという具体的な救済方法が「請求の趣旨」(法133条2項、規則53条1項)の中に示されていない。そこで、Xの訴えは、請求が特定されておらず許されないのではないかが問題となる。

(1) 確かに、審判対象の明確化及び被告の不意打ち防止の観点から、「請求の趣旨」の中で具体的な救済方法を特定し、執行により実現されるべき被告の義務を明らかにしなければならないのが原則である。

しかし、本問のような公害訴訟においては、支配領域の関係上、具体的作為・不作為の手段を特定する知識・能力は被告側にあるのが通常である。それにもかかわらず、常に具体的な救済方法の特定を被害者たる原告側に要求しては公平の理念に反する。

そこで、①手段を特定する知識・能力が被告側にある場合であって、②禁止される結果が特定されることによって具体的作為・不作為義務の範囲が合理的に限定される場合には、特定の要請を緩やかに解し、抽象的不作為請求も特定されていると解すべきである。

(2) 当てはめ

【論点】 訴訟物論争 (旧訴訟物理論)

前提 概念の整理(民事訴訟法講義案改訂版 60 頁参照)

訴訟物

特定の実体法上の権利又は法律関係

+

請求(狭義の訴訟上の請求)

の存否についての原告の被告に対する主張

+

請求(広義の訴訟上の請求)

及び裁判所に対する審判要求

+

訴え

の法律上の当否について裁判所に対し審判の開始を求める原告の申立て

訴訟物論争

(1) この点について、紛争の一回的解決の必要性を重視し、給付訴訟の訴訟物は、相手方から一定の給付を求めうる法律上の地位(受給権)であるとする見解がある(新訴訟物理論)(cf. 形成訴訟：裁判による一定の形成を求めうる法的地位が訴訟物となる。)

しかし、**基準としての明確性及び実体法との調和**の観点(+審判対象についての実質的な手続保障を図る必要性)から、**実体法上の個別的・具体的な権利又は法律関係そのものが訴訟物**となると解するのが相当である。

cf. 確認の訴えは、実体法上の権利関係の観念的判定を通じて紛争を解決する目的を有するものであるから、新訴訟物理論によっても実体法上の個々の権利が訴訟物となる。そのため、確認訴訟においては新旧訴訟物理論によって差異はなく、論ずる実益がない。

↓旧訴訟物理論を貫徹した場合どうなるかを明示

(2) もっとも、紛争の1回の解決の要請も全く無視するわけにはいかない。

・ex1. 709条・710条の場合

そもそも、同一の不法行為に基づく財産的損害と精神的損害は、発生原因および被侵害利益が共通しているといえる。そこで、旧訴訟物理論に立ちつつも、同一の不法行為に基づく財産的損害と精神的損害は1個の訴訟物として捉えるべきであると考ええる。

・ex2. 賃貸借契約終了に基づく明渡請求

そもそも、賃貸借契約終了に基づく返還請求権は契約の効果として発生する**賃借物返還義務(民法 616条、597条1項)に基礎を置くものであり、終了原因自体の効果として発生するものではない**というべきである。そこで、**各個の終了原因は(賃貸借契約終了に基づく返還請求権という1個の訴訟物を現実化させる契機としての)攻撃防御方法にすぎない**と解する。

したがって、終了原因のいかんにかかわらず、訴訟物は常に1個であると考ええる。

第2 処分権主義

【論点】 処分権主義

処分権主義とは、当事者に訴訟の開始、審判対象の特定やその範囲の限定、さらに判決によらずに終了させる権能を認める建前をいう（246条参照）。

↓趣旨

処分権主義が認められるのは、訴訟の対象となる私法上の権利・法律関係については、実体法上、私的自治の原則が妥当し、当事者の自由な意思による処分が認められているので、そのような権利・法律関係をめぐる紛争解決も当事者の意思による処分にゆだねるべきであることに基づくのであり（私的自治の訴訟法的反映）、処分権主義は民事訴訟の本質的な原則である。

↓機能

この処分権主義は、①紛争処理方式の選択の自由を保障し、②争訟の対象の自主的形成を認めて、③不意打ちを防止する機能（手続保障機能）を有する。

↓限界

公益に関するもの

【論点】 246条違反の行為

裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決することができない(246条)。この申し立てない事項とは、申し立てた事項の範囲を超えた場合を含む。したがって、原告が訴求した以上の請求を裁判所が認めた場合、判決は違法なものとなる。*

これは、審理の方式に関しても同様であり、例えば、確認の訴えを提起に対して訴えの利益が認められない場合、訴えの変更がないまま給付判決を下すことはできない。

本規定違反により下された判決は、当然に無効とはならず、控訴・上告によって取り消されうるに止まる(312条3項)。ただし、控訴審で訴えの変更が行われ、申立がない部分につき新たに申立がなされれば、瑕疵は治癒される。

*申立事項は、求める審判の種類・形式・範囲が訴訟上の請求において指示されることによって明らかにされます。したがって、申立事項の範囲内かどうかは、訴訟物の同一性、求める審判の種類・形式(給付・確認・形成)の別、その範囲内かどうかによって検討され、質的にも量的にもこれを超えることは許されません。質的に同一であって、単に量的範囲内にあるときは、一部認容として許容されることとなります。これに対し質的量的の内かどうかは問題になるときは、民訴法246条の趣旨に照らし、原告の合理的な意思、被告の防御の利益の観点から慎重な検討を必要とします。

【論点】 一部認容判決

1. 申し立てた範囲以下での一部認容判決は、246条との関係で違法な判決とはならないのか。

思うに、246条は処分権主義の現われたる条文である。

そして、かかる処分権主義の趣旨は原告の意思の尊重にあり、また、処分権主義の機能は被告の不意打ち防止にある。

そこで、①原告の意思に合致し、②被告の不意打ちとならないのであれば、一部認容判決は246条に反しないと解する。

そして、原告は棄却判決よりは一部認容を求めるはずだし、被告にとっても、全面敗訴の場合がありうることからしても、不意打ちとなるわけではない。

したがって、一部認容判決が許容される場合はありうると解する。

具体的には、量的一部認容判決、引換給付判決、現在給付の訴えに対して将来給付を命じる判決等は一部認容判決として許容される。

2. では、建物収去土地明渡請求に対して、建物退去土地明渡の判決をすることはできるか。前者は被告に建物所有権があることを前提とし、後者は原告に建物所有権があることを前提としており、訴訟物の同一性を欠くのではないか。

思うに、建物収去か建物退去かは、結局は土地明渡の手段の相違にすぎず、訴訟物は土地明渡請求であるから、訴訟物の同一性を欠くことにはならない。

また、原告は土地の明渡を究極には欲しておりその意思にも反しないし、被告にとっても不意打ちにはならないから、処分権主義の観点からも問題がない。

以上から、上記のような判決は適法である。

3. 300万円の立退料を原告が申し立てているところ、500万円の立退料の支払いをすることを条件に建物の明渡を認める判決は適法か。処分権主義との関係で問題となる。

思うに、原告の意思としては、立退料を増額してもなお、建物の明渡を求めるのが通常である。また、正当事由に基づく建物の明渡請求訴訟においては、正当事由の存否が主要な争点であるところ、立退料は正当事由の補完材料であるから被告も十分争う機会があり、被告に対する不意打ちにもならない。

以上から、上記のような判決は処分権主義に反するものではない。

《旧試》

『甲は、乙に対し、乙所有の絵画を代金額 500 万円で買い受けたとして、売買契約に基づき、その引渡しを求める訴えを提起した。次の各場合について答えよ。』

1 甲の乙に対する訴訟の係属中に、乙は、甲に対し、この絵画の売買代金額は 1000 万円であるとして、その支払を求める訴えを提起した。

(2) 裁判所は、この二つの訴訟を併合し、その審理の結果、この絵画の売買代金額は 700 万円であると認定した。裁判所は、甲の請求について「乙は甲に対し、700 万円の支払を受けるのと引換えに、絵画を引き渡せ。」との判決をすることができるか。一方、乙の請求について「甲は乙に対し、絵画の引渡しを受けるのと引換えに、700 万円を支払え。」との判決をすることができるか。』

民法 533 条は権利抗弁⇒乙による権利行使が必要。*他に留置権も権利抗弁

cf 過失相殺(民法 418 条、同 722 条)は権利抗弁ではない(ただし、弁論主義が妥当)∴規定のされ方「できる」⇔「裁判所は」

(1) 甲の請求に対する判決について 乙に「700 万円の支払を受けるのと引換え」での絵画の引渡しを命じ

ることは、甲の申立てを超え、246 条に反しないか。一部認容判決の可否が問題となる。

ア 思うに、246 条の趣旨は、①原告の意思を尊重し、②被告の不意打ちを防止する点にある。そこで、一部認容判決も、①原告の意思に反せず、かつ②被告の不意打ちにならない場合には、246 条に反せず許されると解する。

イ 本問についてみると、甲に引換給付を命じる点については、**双務契約に基づく絵画引渡しというも債務の履行を求め**るために自らの債務を履行することを条件とされることは、甲にとっては意外とはいえない。乙としても自ら提出した同時履行の抗弁権が容れられたにすぎないから、乙にとっても不意打ちとはいえない**裁判所**としても**関連紛争を一挙に解決**することができる。

したがって、本問判決は 246 条に反せず、裁判所は甲の請求について本問判決をすることができる。

(2) **乙の請求に対する判決**について

甲に「絵画の引渡しを受けるのと引換えに、700 万円」の支払を命じることは乙の申立てを超え、246 条に反しないか。

「700 万円」という金額については、請求金額が 1000 万円から 700 万円に減額されているところは量的**一部認容**として理解され、申立事項の範囲内ですし、甲にとっても不意打ちとはいえません

ただし、**権利抗弁⇒甲による権利行使の主張が必要。**

したがって、本問判決は 246 条に反せず、裁判所は乙の請求について本問判決をすることができる。

【論点】 債務不存在確認の訴え

1. 訴訟物の特定

債務不存在確認訴訟が給付訴訟の裏返しであることから、債務の一部不存在確認訴訟の訴訟物は債務の不存在部分(消滅債務額)であると解するのが相当である。そうすると、本件のように訴状に債務の上限を明示しない場合、請求の特定がされておらず適法な訴えとはならないのではないかが問題となる。

しかし、原則としては請求の趣旨・原因から、例外的に債務者が上限を特定することが困難な場合には、被告の答弁書やその他の当事者双方の準備書面・証拠関係等から、上限を判断できる場合には、請求は特定されていると考える。なぜなら、請求の特定が要求される趣旨は、審判の範囲・対象の特定し、不意打ちを防止する点にあるところ、上記場合にはこの特定の趣旨が満たされているといえるからである。

cf. 例外的に上限を特定することが困難な場合の具体例

- ・不法行為に基づく損害賠償債権
- ・契約債権であっても、そもそも債権総額について争いがあり、債権者が提訴前に債権額を主張しない場合

2. 一部認容判決の問題

(前述のように、) 債務の上限を明示しないです債務不存在確認訴訟も許されると解されるが、では、債務の一部不存在確認請求において、裁判所が原告主張の額を超える額を残債務として認定した場合、裁判所は請求棄却判決をなすべきか、それとも、債務の上限が示されている場合のように一部認容判決をなすべきかが問題となる。

この点、原告の意思としては、上限をあえて示さず訴えを提起している以上、自認する債務の存否のみを確定してもらい、全部認容でなければむしろ棄却判決を得て、残債務の数額については別訴で争うものとみるのが妥当であるとして、請求棄却判決をなすべきとする見解もある。

☆原告の意思をどう理解するかで対立している！

この点、～反対説～。

しかし、請求棄却とするのでは、当事者間に何の解決基準も示さない結果、かえって数額をめぐる紛争を誘発することになりかねず、これが原告の合理的意思に合致するとは考えられない。むしろ原告としては、現在の債務残額の確認を受け、紛争を解決したいと期待していると解するのが妥当である。(また、訴訟経済や訴訟費用(61条)の点からも妥当でない。)

そこで、一部認容判決の要件を満たす場合には、かかる判決をなすべきであると考ええる。

↓

もっとも、本問において一部認容判決をすることは、申立て事項と判決事項の一致を要求する246条に反するのではないか、同条違反の判断基準が問題となる。

そもそも、同条の趣旨は、原告の意思の尊重にあり、その機能は、被告の不意打ち防止にある。とすれば、一部認容判決をすることが、①原告の意思に合致し、②被告にとって不意打ちとならない場合には、246条には違反しないと解するのが相当である。

本問でこれを見ると、～残債務額を確認し紛争を解決することが原告の意思に合致するといえる。また、被告は、～争う機会を与えられていたのであるから、～被告への不意打ちにもならない。

よって、一部認容判決をすることができる。

3. 既判力の範囲

債務不存在訴訟(前訴)における被告が、前訴原告の自認額について給付訴訟(後訴)を提起した場合、後诉被告(=前訴原告)は後訴原告(=前诉被告)に対して、自認額の不存在を主張することができるか。

- (1) そもそも、債務不存在確認訴訟が給付訴訟の裏返しであることから、債務の一部不存在確認訴訟の訴訟物は債務の不存在部分(消滅債務額)であると解するのが相当である。とすれば、申立事項に当たらない自認額について既判力が生じることを認めることはできない。よって、既判力によって後诉被告の主張を排斥することはできない。
- (2) しかし、後訴は前訴と同一の債務に関する争いであり、後诉被告の上記主張は前訴判決により解決された紛争を実質的に蒸し返すような主張である。それにもかかわらず、かかる主張を認めると、紛争解決の実効性を確保することができない。

そこで、自認額については(いわば先行認諾であり)、信義則(2条)上、その不存在を主張することはできないと考える。

《旧試》

『甲は、乙からの 300 万円の借入金債務の残額が 130 万円であると主張し、乙に対して、右借入金債務は 130 万円を超えては存在しないことの確認を求める訴えを提起した。裁判所が審理の結果、次の判決を言い渡したとして、その判決について論ぜよ。

- 1 甲の乙に対する債務の残額が 200 万円であると認め、「原告の請求を棄却する。」との判決。
- 2 甲の乙に対する債務の残額が 100 万円であると認め、「借入金債務は 100 万円を超えては存在しないことを確認する。」との判決。』

1 本件判決について論ずる前提として、本件訴訟において訴訟物が特定されているかが問題となる。*「246 条に反しないか。まずは、訴訟物は何かないしは特定されているか。」でも OK

思うに、債務不存在確認訴訟は、給付訴訟の裏返しである。

とすれば、本件訴訟における訴訟物は、上限 300 万円と自認額 130 万円との差額 **170 万円の債務の不存在**であると解する。

よって、300 万円という上限が**請求の趣旨(133 条 2 項 2 号)**の中で明示されている場合には、本問の訴訟物は特定されているといえる。また、**請求の趣旨で上限が明示されていない場合でも、請求の原因や一件記録から上限を判断できる場合には、**訴訟物は特定されていると解する。

2 小問 1 について

(1)裁判所は、原告の自認額を超える 200 万円の残債務の存在を認めている。そこで、「**借入金債務は 200 万円を超えては存在しないことを確認する。**」という一部認容判決をなすべきだったのではないか。一部認容判決が 246 条に反しないかが問題となる。

(2)思うに、246 条は処分権主義の現われたる条文である。そして、かかる処分権主義の趣旨は原告の意思の尊重にあり、また、処分権主義の機能は当事者に対する不意打ち防止にある。

そこで、①原告の意思に合致し、②当事者に対して不意打ちとならないのであれば、一部認容判決は 246 条に反しないと解する。

(3)本問でこれをみるに、**原告は紛争を解決したいと期待しているのが通常**であることから、一部認容判決は原告たる甲の意思に合致すると解する(①充足)。

また、170 万の不存在について、被告たる乙には**争う機会が与えられていた**ことから、一部認容判決は甲に対してはもとより、乙に対しても**不意打ちとならない**(②充足)。

よって、一部認容判決(=100 万円の不存在)をなしても、246 条には反しない。

したがって、請求を棄却した本問判決は妥当でない。

(4)以上に対し、原告があえて債務の上限を示していない場合には、原告は、全部認容でなければむしろ棄却判決を得て、残債務の数額については別訴で争うという意思であるとする見解がある。この見解からは、甲が債務の上限を示していない場合には、本問の請求棄却判決は妥当ということになる。

しかし、かく解しては訴訟経済に反するし、また、**原告は紛争を解決したいと期待しているのが通常**であることから、かかる見解には賛成できない。

*訴訟物は**既判力**。自認額は**信義則**。

⇒小問 1 : 100 万円不存在 + 70 万円存在が既判力。130 万円が信義則。

3 小問 2 について

前述のように、上限額 300 万円から自認額 30 万円との差額 **170 万円の債務の不存在**が訴訟物である。

よって、「債務の残額が 100 万円」であると認めた場合であっても、原告の申立事項の範囲において、「**130 万円を超えては債務は存在しない**」との判決を言い渡さなければならない(246 条)。

にもかかわらず、本件裁判所は、「100 万円を超えては残債務は存在しない」との判決を言い渡すことにより、**申立事項を超えた 200 万円の債務の不存在を判決において認めている**。

よって、本件判決は 246 条に反する。

したがって、本判決は上訴により取り消され得る(281 条 1 項本文、312 条 3 項、318 条)。

【論点】 一部請求の可否

数量的に可分な債権につき、原告が請求を一部に限定することは、**処分権主義の観点から許される**。

【論点】 一部請求における残部請求の可否

一部請求(前訴)が確定した後、残部を請求することは許されるか。

前訴において**一部であることの明示がなかった場合**には、残部請求を認めると全部請求とみて防御をした**被告に対する不意打ち**となる。

そこで、**明示があった場合に限り、明示された一部が独立した訴訟物となり、残額請求は、前訴の既判力(114条1項)に抵触しないと解する**

+

1 残部請求の可否

(1) 規範

(2) 当てはめ：一部であることを明示

2 しかし、本問においては、前訴の数量的一部請求が全部(又は一部)棄却されている。そして、このような数量的一部請求は債権の**特定の一部を請求するものではないから**、かかる請求の当否を判断するためには、**おのずから債権の全部について審理判断することが必要**になる。とすれば、数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、**後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない**。それにもかかわらず、かかる場合に残部請求することは**実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものである**。(このような場合にまで、原告の利益を優先し、被告に反訴提起を強要させたり重複審理の非効率・訴訟不経済という弊害を無視することが不当であることは明らかである。)そこで、前訴で全部又は一部棄却された場合には、原告が残部請求することは、**特段の事情がない限り、信義則に反し許されないと考える**。

本問では～特段の事情＝例外的に債権全部を審理していない場合、例えば不法行為に基づく損害賠償請求における後遺症損害を後訴で請求する場合や損害項目が異なる場合(介護費用など)、残部については審理されていない(cf. 後遺症損害について：一部請求時点で全部請求することが期待できない部分も含めて全体の債権を考えるのが判例だから、一部請求の問題となる。これに対して基準時の問題とする見解は、期待できない部分は除外して債権の全体を考えるから、この場合はそもそも一部請求と考えない。)

《旧試》

『甲は乙に対して訴えを提起し貸金 100 万円のうち 40 万円の弁済を受けたので残りの 60 万円の支払を求める、と主張した。乙は、甲の上記主張を全部認めた上、前記 40 万円のほかに更に 60 万円の弁済をしたので甲の請求には応じられない、と答弁した。その後、甲は、40 万円の弁済を受けたのは間違いであったとして、次のことをすることができるか。』

1. 請求を 100 万円全額に拡張すること。
2. 請求棄却の判決確定後、40 万円の支払を求める訴えを提起すること。』

*甲が事情として記載した**40 万円の弁済**について、これを乙が援用した(自白の成立)と理解することはできない。40 万円についてはそもそも訴訟物を構成していないことが甲によって明らかにされており、他方、乙から 60 万円の弁済の抗弁が提出されていることを考え併せると、本件の当初の段階ではこの 40 万円の弁済の事実、60 万円の請求を棄却する機能を持ちません。

1. 請求の拡張(設問 1)

訴え提起時点における全部であることを甲が明示した際、貸金 100 万円のうちの 60 万円であることは明らかにされていることから、明示的一部請求論における「**明示による告知機能**」は果たされているといえます。

かかる 60 万円の部分と追加しようとしている 40 万円の部分とは**訴訟物としては別個**であり、40 万円は、**当初の請求の訴訟物の枠外**にありますので、これを追加して請求金額を拡張するためには、**訴え変更手続(民訴法 143 条)を経る必要**があります。

訴えの変更の要件における軸は、「請求の基礎に変更がない」こと(民訴法 143 条 1 項本文)にあり、これは被告の防御利益の確保と訴訟資料の利用可能性を考慮する趣旨と考えられるところ、本件では、同一の貸金債権の発生原因事実に基づく訪求の追加・拡張ですから、この要件を充足することは問題がありません。また、債権の発生原因に関する審理は、請求金額が一部で、あるか全部であるかを問わないわけですので、訴訟手続の遅滞(同項ただし書)を招来す

るおそれもないと考えられます。以上のところから、甲は、訴えの追加的変更の手続をとることによって請求を拡張することができるかと解されます。

2. 敗訴判決確定後の請求(設問2)

明示の一部前求論の立場では、40万円については訴訟物を構成していなかったわけですので、40万円の支払を求める後訴を提起することは、60万円の支払を求めた前訴に対する判決の既判力には抵触しません。

しかし、1個の金銭債権の一部を明示して提起された訴えに対する審理は、特定の一部について切り離して行われるものではなく、請求する金額の基礎としての債権の発生原因事実の存否(つまり債権全額の発生の有無)と消滅原因事実の存否とを通じて、口頭弁論終結時における債権の現存額が明示の一部請求額に足りるときにこれを認容し、不足するときには一部棄却し全く足りないときには棄却することになるわけですから、当事者の主張立の範囲・程度も全額が請求されている場合と変わりありません。

このような審理を経てなされた前訴判決が原告敗訴であったときには、被告としては当該債権全部について紛争が解決されたとする期待を抱くのが通例であり、かかる期待は合理的なものとして保護されなければなりません。

このようなところから、『敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情のない限り、信義則に反して許されない』

乙としては、①同一原告の明示の一部請求に対する敗訴判決が確定していること、②本訴が同一債権の数量的一部を対象とする請求であること及び③前訴の審理経過に照らして紛争の終局を合理的に信頼したことを具体的に主張することによって、後訴を排斥することができることとなります。

c f. 一部請求後の残部請求否定論

100万円全額について審理の対象となることを理由に全額が訴訟物であるとして分断請求を認めない見解の下では、甲による40万円の先行自白と乙の援用によって裁判上の自白が成立すると解することになりますので、設問1については、前求の拡張の前提として自白の撤回の可否が問題となり、撤回可能な場合には、同一訴訟物における請求額の上限の変更として理解されることとなります。

設問2については、前訴確定判決の既判力によって遮断されると解することになります。

【論点】一部請求と時効中断の範囲

裁判上の請求がなされると時効中断の効果を生ずるが(147条)、一部請求がなされた場合、時効中断効は当該債権のどの範囲で生じるか。

思うに、時効中断効が生じるのは、権利関係が判決の既判力によって確定され、従来継続してきた事実状態が法的に否認されるからである(権利確定説)。そうであるなら、既判力は訴訟物について生じる(114条1項)以上、時効中断効が生じるのは訴訟物のみであると解すべきである。

一部であることの明示なき一部請求においては、訴訟物は債権全体であり、時効中断効も全体につき認められると解する。

【論点】一部請求における相殺の抗弁・過失相殺

事例：乙は本件訴訟で500万円の債権のうち、一部の300万円を請求している。これに対し、被告甲は300万円の原告乙に対して有する債権をもって、相殺の抗弁を提出している。

この場合、相殺の基準となる債権をどのように解するべきか。

確かに、明示の一部請求における訴訟物は明示された部分であると解されることから、当該訴訟において請求されている部分を基準として相殺すべきとも思える(内側説)

思うに、原告の合理的な意思としては、相殺(または過失相殺等)の減額処理がなされでもなお請求権は現存するとの趣旨で明示の一部請求をしているものと考えられる。にもかかわらず、請求されている部分を基準として相殺をしてしまうと、原告の意思に反し、一部請求を認める趣旨に反する。

以上から、相殺は債権の総額を基準としてなすべきである。したがって、裁判所は200万円の請求認容判決をすべきである。

明示の一部請求における確定判決の既判力は残部について生じない以上、その反面として、相殺の抗弁についての既判力も、一部請求の枠外の部分に相当する自働債権の存否については及ばないことになる。そして、相殺の抗弁により

自働債権の存否について既判力が生ずるのは、請求の範囲に対して「相殺をもって対抗した額」に限られるから、当該債権の総額から自働債権の額を控除した結果、①残存額が一部請求の額を減額させるときは、当該自働債権による対抗額が存在したが、相殺によって消滅し、「現在、不存在であること」が既判力によって確定され、②残存額が一部請求の額を超えるときは対抗額がもともと不存在という意味で自働債権の不存在が既判力によって確定される。

【論点】一部請求における残部を相殺の抗弁に供することの可否

事例：別訴で債権の一部を明示して請求している(係属中)場合に、残部を相殺の抗弁に供した

(明示的一部請求肯定説を論じた上で)

そうすると、前訴の訴訟物は請求した部分に限られるから、残部を相殺の抗弁に供することはできる(114条2項)。

たしかに、重複が生ずることは避け難く、応訴を強いられる被告や裁判所に負担となる。また、債権の一部と残部とで異なる判決がされ、事実上の判断の抵触が生ずる可能性も否定できない。以上からすれば、二重起訴の禁止(142条)の趣旨が妥当と言わざるを得ない。

しかし、相殺の簡易決済機能・担保的機能をできる限り保護すべきである。

そこで、債権の分割行使をすることが権利の濫用にあたるなど特段の事情の存しない限り、許されると解する。

【論点】後発損害の賠償請求

事例：交通事故による損害賠償請求の前訴で勝訴した。のちに、同一事故の後遺症による後発損害が生じたため、その損害賠償請求を行った。

判例(一部請求論で処理する見解)

この点、後遺症損害を基準時後の新事由として、既判力(114条1項)の時的限界の問題として処理する見解もある。しかし、後遺症損害の性質上、原因は事故当時から存在しており、それを基準時後の新事由であるとするのには無理がある。

そもそも、予想し得ない後遺症損害の場合、原告がこれを主張・立証することは不可能であった以上、後遺症損害は前訴請求から除外されていたとみるのが当事者の合理的意思に合致する。そうである以上、厳密には明示されていなくても、明示的一部請求と同視できると解するのが相当である。

よって、予想し得ない後遺症損害についての後訴は、一部請求後の残部請求として訴訟物を異にするので、前訴の既判力には抵触せず認められることになる。

学説(時的限界で処理する見解)

判決基準時以後に生じた同一事故に基づく後遺症損害の賠償を求める後訴を提起することは、被害者救済及び損害の公平な分担の見地から認められるべきである。問題はその法律構成である。

この点について、判例は、一部請求で処理している。

しかし、原告は後遺症損害を前訴において認識していない以上、前訴で一部と明示していることはまずあり得ず(だからこそ後発後遺症である)、(これをなお明示の一部請求というには)フィクションを入れざるを得ない。これはあまりにも技巧的であり妥当でない。

そこで、後遺症損害を基準時後の新事由に準じるものとみて、既判力の時的限界の問題として処理するのが妥当であると考え。なぜなら、確かに、後遺症損害の性質上、原因は基準時前である事故当時から存在しており、それを基準時後の新事由であるとするには無理があるが(裁判所は、事故時に逸失利益を含めたすべての損害が一定の内容のものとして発生したと観念した上で、将来のことを予測して当該損害を確定している)のであるから、後遺症損害は単なる裁判所の予測違いであり、何ら新たな事情が生じたわけではない)、予想し得ない後遺症損害を、原告が主張立証することは不可能であった(主張立証しなかったからといって非難することはできない)という点では、基準時後に新事由が生じた場合と利益状況が同じであるといえるからである。

第3 訴訟要件

〈旧試〉

『訴訟要件についての職権調査と職権探知』

- 1 訴訟要件とは、本案の審理を続行して本案判決をするための要件をいう。
いかなる訴えを提起するかは原告の自由であり（処分権主義 246 条参照）、判決は原告の訴えに対して言い渡される。しかし、本案判決を言い渡すに値しない訴えにまで裁判所の審理を要求することは訴訟制度の効率的運営の要請に反する。また、被告に過大な応訴の負担を課すことになる。
そこで、本案判決を言い渡すに値する訴えを選別する要件として訴訟要件が必要とされる。
- 2 訴訟要件の職権調査について
 - (1) 職権調査とは、当事者の申立てをまたずに裁判所が職権で調査を開始することをいい、その対象となる事項を職権調査事項という。
 - (2) 訴訟要件は、主として公益的見地から設定され判決の正当性確保や訴訟機能維持といった公共的な役割と結合している。
そこで、訴訟要件は原則として職権調査事項である。例えば、管轄権（4 条以下）、当事者能力（28 条以下）、当事者適格、訴えの利益等は、職権調査事項である。
 - (3) ただし、訴訟要件の中には専ら被告の利益保護を理由に設けられた、公益性がきわめて希薄なものがある。
そこで、これらの訴訟要件は例外的に被告の申立てをまって初めて裁判所は調査を開始すればよいとされる（抗弁事項）。例えば、訴訟費用の担保の設定（75 条）、仲裁合意や不起訴の合意の存在等は抗弁事項である。
- 3 訴訟要件の職権探知について
 - (1) 職権探知とは、裁判の判断の基礎となる訴訟資料の収集を裁判所の職責ともする建前をいう。具体的には、①裁判所は、当事者の弁論に拘束されず、当事者の提出しない事実をも裁判の資料とすることができ、②当事者の自白は裁判所を拘束せず、③裁判所は当事者の申し出た証拠以外の証拠を、職権で取り調べることができる。
 - (2) 訴訟要件は、前述のとおり主として公益的見地から設定され、私人の自由な処分ができない公益に関する事項が多い。
そこで、訴訟資料の収集・提出を当事者の責任とする弁論主義を採用することは、事件の公益性との関係で許されない。
したがって、訴訟要件に関する訴訟資料の収集・提出は、原則として職権探知が採用されている。例えば、専属管轄（14 条）や当事者能力等は、職権探知が採用されている。
 - (3) これに対して、前述した抗弁事項は、専ら被告の利益保護するものであるから、当事者の意思を尊重する見地から弁論主義が妥当する。
また、職権調査事項とされる訴訟要件の中でも比較的公益性が弱いものについては、弁論主義が適用される。例えば、任意管轄は、主として当事者の便宜や公平を図る趣旨で設けられ、職権調査事項とはいえ公益性が弱く当事者が変更できる性質のものであるから弁論主義が妥当する。
更に、本案の審理には弁論主義が妥当することからこれと密接に関連する訴訟要件にも弁論主義が妥当する。例えば、当事者適格や訴えの利益といった訴訟要件には、弁論主義が妥当する。

【論点】 訴訟要件の調査と本案判決との関係

訴訟要件の存否よりも先に本案につき理由のないことが判明した場合、（訴訟要件の存否の判断を省略して、）直ちに請求棄却判決をすることができるか。

この点について、本案判決で棄却されることが明らかである場合には、それ以後、無益な訴訟の排除あるいは被告の利益の保護を主たる目的とする訴訟要件の存否を調査・審理することは無駄であることを理由に、直ちに請求棄却判決をすることができるとする見解がある。

しかし、調査・審理が無駄になるか否かは、第一審だけでなく上訴審をも含めた訴訟全体を通じて考えなければならない（←上訴されて本案についての判断が覆されることを想定すれば明らか）。

また、第三者に判決効が拡張される場合、その第三者の手続保障を確保する必要性もある。（or 当事者適格がある者に

よって訴訟進行されたからこそ第三者の手續保障が代替され判決効が拡張できるにもかかわらず、当事者適格の有無を確定することなく棄却判決を行うことは第三者の手續保障を害する危険が高く妥当でない。）

そもそも、訴訟要件の具備は本案判決の前提となるものである以上、裁判所は審理を継続し、訴訟要件の具備を確認した上で請求棄却判決をすべきであると考えるのが妥当である。

第4 訴権的利益

訴えの利益(総論部分)

訴えの利益の趣旨

本案判決をするに値する訴えを選別し無益な訴訟を排除することによって、訴訟制度の効率的運営を確保するとともに、被告を過大な応訴の負担から解放する点にある。

⇒「請求の内容から」正当な利益・必要性を検討し、本案判決をなすべき訴訟物を選別する機能



当事者適格の趣旨

本案判決をするに値する者を選別し無益な訴訟を排除することによって、訴訟制度の効率的運営を確保するとともに、当事者の手続保障など当事者の利益を図る点にある。

⇒「訴えの主体からみて」正当な利益・必要性を検討するものであり、特定の訴訟物についての争いを誰と誰との間で解決するのが必要かつ有効かを検討し、本案判決を受けるべき正当な当事者を選別する機能

【論点】 将来給付の訴え

現在の給付の訴えの場合、履行期が到来した給付請求権の主張であるから、原則として、それだけで訴えの利益が認められる。また、被告が履行を拒絶していない場合でも、確定判決を取得して強制執行するために必要である限り、訴えの利益は認められる。(補足：確定した給付判決を原告が既に有しているときは訴えの利益がないのが原則である。しかし、時効中断のために訴え提起以外に適当な方法がない場合や、判決原本が滅失して失効正本が得られない場合には例外的に訴えの利益が認められる。)

しかし、将来の給付の訴えの場合、履行期が口頭弁論終結時までに到来しない給付請求権をあらかじめ主張するものであるから、①将来給付を求める基礎となる資格(請求適格)ある請求権であり、かつ②「あらかじめその請求をする必要がある場合」(135条)にのみ訴えの利益が認められる。^{*1}

そして、②の判断は、給付義務の目的、性質、義務者の態度などを考慮してなされる。具体的には、扶養請求権のように履行遅滞による損害が極めて重大な結果をもたらす場合、定期行為のように給付請求権の性質上履行期に履行されないと意味がない場合、//毎月支払うというように反復的給付が約定されているが、既に履行期が到来した分につき債務不履行がある場合や、義務者が現時点で既に義務の存在を争っているなど、履行期が到来しても履行しない可能性が大きい場合である。

*1 代償請求

：本来の請求のための執行が不能なことを考慮して提起される損害賠償請求である。すなわち、本来の請求の将来の執行不能時点における給付請求権の存在を主張するもの(将来給付の訴え)である。

↓本来の給付の請求に加えて併合されて提起された場合(単純併合)

原告にとっては二重訴訟の負担を回避でき便宜であるし、既に本来の請求が被告によって争われていることから○。

【論点】 請求適格

事案：不法行為による損害が発生しており、かつその不法行為の継続が予想される場合において、過去の侵害による損害のみならず、将来の侵害による損害についてもその賠償を訴求する場合。

- (1) 本問請求のうち、過去の侵害による損害の賠償を訴求する部分については、現在の給付の訴えであり、訴えの利益が認められる。
- (2) 他方、将来の損害の賠償を訴求する部分については将来の給付の訴えである。そして、かかる紛争が生じている場合、相手方が現在の部分を争っていけば、「あらかじめその請求をする必要」は認められる。

しかし、請求権の原因たる事実さえいまだ発生していないため、そもそもそのような請求権が将来の給付の訴えの対象となるべき適格性（請求適格）を有しているといえるかが問題となる。

原告の請求権の原因となる事実すらいまだ発生していない＝法的にはまだ不法行為が発生していない。したがって、故意過失、損害の発生、因果関係といった構成要件要素の認定判断に関し、将来への予想の要素が入る。→一定型的に本案判決による処理になじまないのでは？

究極的には、将来生ずる不確定要素の立証・起訴責任を原告・被告のどちらに負担させるのが妥当かという問題である。

ア そもそも、請求適格の有無は、不法行為の終了まで何度も訴訟を提起しなければならず、かつ、請求権の成立要件について証明責任を負うことになる原告の起訴・立証負担と、事情の変更により請求権の一部又は全部が不存在となった場合に請求異議の訴え(民執 35 条)を提起し(cf. 原告は債務名義に基づいて強制執行手続をとることができるので)、その事由を証明しなければならない被告の起訴・立証負担に配慮する必要がある。

そこで、起訴・立証負担の公平分担の見地から、①請求権の基礎となる事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、②右請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動があらかじめ明確に予測しうる事由に限られ、③しかもこれについては請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止しうるという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない場合にのみ、請求適格が認められると解する。

イ 当てはめ

- ②：考えられる将来の事情を明示

→現時点において一義的に定めうるものか否か

→かかる事情の発生が自らの意思にかかっているか否か(他人の事情に左右されるなら明確に予測しにくい)

- ③：当該事情の変動が自己の支配領域内のことか否か(支配領域内であれば立証容易、ゆえに、負担を課しても格別不当とはいえない。)

《あてはめ》

・不動産の不法占有者に対する明渡しまでの賃料相当額の損害賠償請求

①現に債務者が不法占有しており、その継続が予想される。そして、②右請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動としては、債務者による占有の廃止、新たな占有権原の取得等、あらかじめ明確に予測し得る事由に限られるといえる。しかも、③これらの立証は容易であり、請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止し得るといふ負担を不法占有者に課しても格別不当とはいえない。よって、この場合には請求適格が認められ、将来の損害についてもその賠償をあらかじめ訴求することが許されると解する。

・空港の騒音公害に対する損害賠償請求

①同一態様の行為が将来も継続することが予測されるとしても、②それが将来においても不法行為を構成するか、構成するとしても損害額がどれくらいであるかは、今後講じられる被害対策の内容、被害者の生活事情の変化等を考慮して定めるべき性質のものであり、現時点において一義的に定め得るものとはいえず、明確に予測し得るとはいえない。また、③かかる場合に事情の変動の立証の負担を債務者に課するのは不当である。以上より、騒音公害の場合、請求適格は認められず、将来の給付の訴えは許されないと考える。

*将来の時点での給付判決を出すことになる。

⇒今払えという判決を出したら、246 違反

- ・現在の給付の訴えで将来判決を出すのは OK

・最判昭 63.3.31

『上告人 Y は、本件土地の登記名義を有し訴外 A 会社に駐車場として賃貸していたが、被上告人 X (原告) は、右土地は

両者の共有に属すると主張して、Yに対し、Xの共有持分についての移転登記手続を求めるとともに、右賃貸による収益のうちYの持分を超える部分は不当利得に当たるとして、その返還を求める訴えを提起した。原審はXの主張を認め、①共有持分移転登記、②賃料相当額・遅延損害金及び③口頭弁論終結から移転登記終了までの賃料相当額等の金員の支払を命じた。Yが、③は収益が確定して初めて分配請求が可能となるものであるから、あらかじめ分配を命じることはできないはずであるとして上告した事案で、最高裁は「将来発生すべき債権についても、その基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、右債権の発生・消滅及びその内容につき債務者に有利な将来における事情の変動が予め明確に予測し得る事由に限られ、しかもこれについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ強制執行を阻止し得るといふ負担を債務者に課しても、当事者間の衡平を害することがなく、格別不当とはいえない場合には、これにつき将来の給付の訴えを提起することができるものと解するのが相当である」「…しかし、右賃貸借契約が解除等により終了した場合はもちろん、賃貸借契約自体は終了しなくても、賃借人たる訴外会社が賃料の支払を怠っているような場合には、右請求はその基礎を欠くことになるところ、賃貸借契約が、賃借人たる上告人の意思にかかわらず、専ら賃借人の意思に基づいてされる場合もあり得るばかりでなく、賃料の支払は賃借人の都合に左右される面が強く、必ずしも約定どおりに支払われるとは限らず、賃借人はこれを左右し得ないのであるから、右のような事情を考慮すると、右請求権の発生・消滅及びその内容につき債務者に有利な将来における事情の変動が予め明確に予測し得る事由に限られるものということはできず、しかも将来賃料収入が得られなかった場合にその都度請求異議の訴えによって強制執行を阻止しなければならないという負担を債務者に課すことは、いささか債務者に酷であり、相当でないというべきである。」と判示した。

確認の訴えの利益

確認の訴えは、確認という行為の性質上その対象が無限定であり、かつ、その判決は執行力を有しないため、真に紛争解決できる場面か否かを選別する必要性が高い。そこで、「確認の利益」の有無を厳格に認定する必要がある。(＝確認の利益の有無を判定する際には、真に紛争解決できる場面か否か、すなわち確認訴訟の紛争解決機能が果たされるか否かを慎重に判断すべきである。)具体的には、①確認対象の選択の適否、②即時確定の利益の有無、③方法選択の適否に着目して判断すべきである。

cf. この3つは絶対的要件ではなく、「紛争を抜本的に解決できるかどうか」の判断要素。

→ 本件でとりわけ問題となる要素を取り出して検討することもあり。

cf. ①は紛争解決の実効性の問題(通常は過去や将来の権利・法律関係を確認してもあまり紛争解決に役立たない。解決すべき法的紛争が存在することは前提として、それをどのような訴訟物に表現するかというやや技巧的な問題)。

②は確認の訴えを認める必要性の問題(原告に「保護されるべき権利・地位」がない場合、もしくは、保護されるべき権利・地位があってもそれに対する危険・不安が「現実的に」「生じて」いない場合には、そもそも確認の訴えを現段階で認める必要性がない)。

<①確認対象の選択の適否>

「自己の」「現在の」「権利・法律関係の」「積極的確認請求」



(1) 確かに、過去の法律関係は、原則として確認の対象としては不適切であり、訴えの利益を欠くと解される。なぜなら、過去の法律関係を確認しても、現在までに法律関係が変動している可能性が高く、通常は現在の紛争解決に役立たない(実効性がない)からである。

しかし、確認の利益を要求した趣旨が、真に現在の紛争を解決できる訴えかどうかを選別する点にある以上、現在の法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現在の紛争の直接的かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合には、確認の利益を認められると解するのが相当である。

(2) 当てはめ

ア 遺言者死亡後の遺言無効確認(百選 30 事件)

確かに、原告としては、遺産について現在共有持分を有していることの確認を求めれば紛争解決として十分とも思

える(上記確認の訴えの実質を「共有持分権」の確認と捉えている)。

しかし、かかる訴えでは、たとえ勝訴しても共有持分権の存在についてのみ既判力が及ぶことになり、遺言の有効性については既判力が及ばないことになってしまい、遺産分割審判の中で遺言の有効性について蒸し返される可能性がある。とすると、係争財産の遺言の有効性を既判力で確定することは有効適切な紛争解決に必要な不可欠であるといえるが、これを可能ならしめるのは遺言無効確認の訴えだけなのである。

したがって、遺言の有効性という過去になされた法律行為の有効性を確定することが、紛争の直接的解決のため最も適切かつ必要と認められる。

イ 遺産確認の訴え(百選 31 事件)(上と同じように書いてもいいが、あまり争わないから簡単に書いても良い。)

確かに、原告が当該財産について現在共有持分を有していることの確認を求めれば紛争解決として十分とも思える。

しかし、遺産分割の前提問題として遺産に属するか否かに争いがある場合に、十分な紛争解決を図るためには遺産帰属性の判断に既判力を及ぼす必要があるところ、それが可能なのは遺産確認の訴えだけである。

したがって、当該財産が被相続人の遺産に属していたかという過去の法律関係を確定することが、紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる。

<②即時確定の利益>

(1) 原告の権利・法的地位に対する危険・不安が現存していること。

・「保護に値する権利・地位」が存在すること。

cf. もし、現時点においては、そもそも「保護に値する権利・地位」が存在しない場合にまで、確認の利益を認めてしまうと、将来事情が変更した場合(ex. 被相続人が死亡する前に、推定相続人が死亡したり、欠格もしくは廃除された場合など)に不合理な結果となる。なぜなら、事情変更の事実について訴訟の相手方が訴えを提起し、その中で主張立証しなければ、上記のような場合になされた確認訴訟の確定判決を前提としなければならないことになり、起訴責任が相手方に移ることになるからである(上記の ex. でいうと、推定相続人が予定どおり相続すれば問題はないが、相続できなくなった場合、その場合でも確定判決に従って推定相続人の相続人が代襲相続することになる。実体とは相容れないことになる。実体に合わせるためにはその他の真の相続人が事情変更を証明しなければならなくなる)。このような不利益を相手方に甘受させてまで保護すべき利益はないはずである。

・それに対する「危険・不安」が「現存」すること。

cf. 通常は相手が原告の権利・法的地位を争っている場合に認められる。しかし、争っていない場合であっても時効の中断を求める場合や、公簿の記載訂正のために判決を必要とする場合には認められる。

(2) 当てはめ

ア 特別縁故者(民法 958 条の 3)が家裁の審判前に遺言無効確認の訴え

特別縁故者の権利は、相続権のように一定の基本的身分に基づいて当然に認められる権利ではなく、家庭裁判所の審判によって形成される権利である。とすると、財産分与の審判確定前は特別縁故者としての権利を原告は有していない以上、そもそも保護に値する原告の権利・地位が存在しないといえ、即時確定の利益が認められない。

よって、確認の利益が認められず、却下せざるを得ない。

イ 遺言者生存中の遺言無効確認の訴え(遺言者による遺言の取消し・変更の可能性がある場合)

i 推定相続人が、遺言者の生存中に第三者を受遺者とする遺言の無効確認を求める場合推定相続人は、単に将来相続開始の際、被相続人の権利義務を包括的に承継すべき期待権を有するだけであって、現在においては、未だ当然には被相続人の個々の財産に対し権利を有するものではない。そうである以上、そもそも保護に値する原告の権利・地位が存在しないといえる。(or 遺言者はいつでも既になした遺言を任意に取消し得るため(民法 1022 条、1023 条)、遺贈による推定相続人の相続権の不安定がすでに事実上確定的となっているということもない。したがって、保護に値するほど強い期待権ではないといえる。)

よって、訴えの利益が認められず、却下せざるを得ない。

ii 受遺者が遺言者の第 2 遺言(自己の遺贈することを内容とする第 1 遺言を抵触する遺言、すなわち第 1 遺言を撤回するものとみなされる遺言)の無効を確認するケース遺贈は遺言者の死亡により効力が発生するものであり(民法 985 条 1 項)、遺言者はいつでも既になした遺言を任意に取消し得るため(民法 1022 条、1023 条)、遺言者の生存中は、受遺者は遺言者の財産について何らの権利をも有していないことになる(事実上の期待権すらも弱い)。

とすれば、そもそも保護に値する原告の権利・地位が存在しないといえ、即時確定の利益が認められない。

よって、訴えの利益は認められず、却下せざるを得ない。

iii 遺言者が受遺者を相手どって、遺言無効確認の訴えを提起するケース(レアケース)

遺言が人の最終意思行為であるという本質から、遺言者はいつでも既になした遺言を任意に取消し得る(民法 1022 条、1023 条)。とすれば、遺言者の財産権に対して、危険ないし不安が現存しているとはいえず、即時確定の利益は認められない。

よって、確認の利益は認められず、却下せざるを得ない。

ウ 遺言者生存中の遺言無効確認の訴え(遺言者による遺言の取消し・変更の可能性がないことが明白な場合)(百選 33 事件)

i 推定相続人が、第三者を受遺者とする遺言の無効確認を求めるケース

一般に、推定相続人は、単に将来相続開始の際、被相続人の権利義務を包括的に承継すべき期待権を有するだけであって、現在においては、未だ当然には被相続人の個々の財産に対し権利を有するものではない。そうである以上、そもそも保護に値する原告の権利・地位が存在しないといえ、即時確定の利益が認められないとも思える(判例は例外を認めない)(これでもいい)。

しかし、本件のように遺言者による遺言の取消し等の可能性がなく、しかも遺言者の近い死亡が予見される場合には、遺言者が生存中であっても、推定相続人の相続に対する期待権の安定が脅かされることが事実上確定的となっているといえ(遺言の撤回が一番多く、推定相続人の死亡、欠格、廃除はあまりないから)、かかる推定相続人の期待権の保護の必要性は高い。にもかかわらず、推定相続人が先に死亡する等の事態が生ずる僅かな可能性の残存を理由に確認の利益を否定することは不当かつ不合理である。

そこで、かかる場合には、推定相続人の期待権は保護に値する権利・地位に当たり、しかもそれに対する危険ないし不安が現存するというべきであり、したがって、即時確定の利益を認めるべきである。

よって、かかる場合には、確認の利益が認められると考える。

ii 遺言者が第 1 遺言と抵触する第 2 遺言を作成した後に、意思能力を喪失し回復の見込みがなくなった場合において、第 1 遺言によって受遺者とされた者が、遺言者生存中に第 2 遺言の無効確認を求めるケース

遺贈は遺言者の死亡により効力が発生するものであり(民法 985 条 1 項)、遺言者はいつでも既になした遺言を任意に取消し得るため(民法 1022 条、1023 条)、一般に、受遺者は、遺言者の生存中においては、遺言者の財産について何らの権利をも有していない。とすれば、そもそも保護に値する原告の権利・地位が存在しないといえ、即時確定の利益が認められないとも思える。

しかし、本件のように遺言者による遺言の取消し等の可能性がなく、しかも遺言者の近い死亡が予見される場合には、遺言者が生存中であっても、受遺者の遺贈に対する期待権の安定が脅かされることが事実上確定的となっているといえ、かかる受遺者の期待権の保護の必要性は高い。

それにもかかわらず、受遺者が先に死亡する等の事態が生ずる僅かな可能性の残存を理由に確認の利益を否定することは不当かつ不合理である。

そこで、かかる場合には、受遺者の期待権は保護に値する権利・地位に当たり、しかもそれに対する危険ないし不安が現存するというべきであり、したがって、即時確定の利益を認めるべきである。

よって、かかる場合には、確認の利益が認められると考える。

<③方法選択の適否>

確認訴訟以外の紛争解決形態が存在する場合には、原則として確認の利益は否定される。この意味では確認の訴えは補充的であると言ってもよい。

→ 確認訴訟同士の比較は①確認対象の適否の問題とすればよい。

<敷金返還請求について>

(1) 建物賃貸借契約継続中に、敷金返還請求権の存在確認の訴えを提起しているところ、これは将来発生する敷金返還請求権を確認の対象とするものである。そこで、まず①確認対象の適否が問題となる。

確かに、民事訴訟の対象である私法上の権利・法律関係は時間の経過とともに常に変動する可能性を秘めていることから、現在の権利法律関係の存否を問うのが紛争の解決にとって有効適切といえる。

よって、確認対象は原則として現在の権利法律関係の存否であると考え。とすると、発生するか否かが明らかでない将来の権利を確認対象とすることは許されない。

しかし、敷金返還請求権は、賃貸借終了後、明渡しがなされた時点において、それまでに生じた敷金の被担保債権一切を当然に控除し、なお残額があることを条件としてその残額につき発生する条件付権利である。とすれば、敷金返還請求権は条件付権利として賃貸借契約終了前においても存在するものであるから、現在の権利を確認対象としていることができる。

よって、①確認対象としては適切といえる。

(2) そうだとしても、条件付権利の内容をなす敷金返還をめぐる紛争は賃貸借契約の終了後、明渡しの時点までは現実化・具体化せず、現時点における危険は抽象的なものにとどまるともいえる。そこで、

次に②即時確定の利益が存在するかが問題となる。

即時確定の利益があるといえるためには、原告の有する権利・法律関係につき危険ないし不安が現存していることが必要であると解される。

これを本問についてみると…

敷金の金額ではなく、敷金差入れの事実を争っている場合→被告は敷金返還債務を一切負わないと主張していることを意味→現時点ですでに原告の権利・法律関係に不安ないし危険が生じているといえる。

2. 当事者適格

【制度】当事者適格

当該訴訟物について、当事者として訴訟を進行し、本案判決を求めうる資格

(訴訟物たる権利関係について法律上の利害が対立している者に認められる。すなわち、)原則として、訴訟物たる権利関係についての法的利益の帰属者に認められる。(実体的権利・義務の主体に限られない。ex 後順位抵当権者が先順位抵当権不存在確認訴訟を提起する場合)

cf. 確認の訴えでは、確認音利益を有する者が正当な原告であり、その確認を必要ならしめている者が正当な被告である。

すなわち、確認の利益は特定の原告と被告との間の紛争について確認判決の必要性・実効性を問うものであることから、確認の利益の判断に当事者適格の判断が回避的に混入することとなる(前掲・講義案 76 頁)。

∴ 訴訟の結果に最も強い利害・関心→十分な訴訟追行が期待できる。

→手続に関与する機会を保障すべき。

法人の内部紛争と当事者適格

株主が取締役選任決議の効力を争う場合や、前代表役員であり現在も代表役員だと主張する者が現に代表役員として登記されている者や法人に対して代表役員であることの地位確認請求を行う場合など。

原告適格が、株主や前代表者にあることに問題は少ない。

↓

では、被告適格はどこにあると考えるべきか(当該取締役や登記されている代表役員(以下「代表者」という)か? 法人か?)

(1) そもそも、(法人の代表者という組織法上の地位のような法人の内部関係については、当事者間でのみ権利関係が確定されても意味がなく、法人の外部者との関係でも画一的に処理されなければならない。そこで、このような事柄の性質上、当事者以外の者にも判決効を拡張する必要があり、ゆえに対世的効力が要求されることになる。とすると、当事者適格は、訴訟の結果に最も強い利害・関心を有している者に限定するのが相当である。なぜなら、このように対世効を認めて判決効を第三者にまで拡張する場合、当該第三者の利益を保護すべく、当該判決の内容的正当性を高めなければならないが、そのためには充実した十分な訴訟追行を期待できる者に当事者適格を与える必要があるからである。

そこで、代表者の地位に関する紛争に最も強い利害関係を有するのは、代表者自身であるとする見解がある。しかし、個人の利害(経営支配権を維持したいということだけ)が関心の内容となっているにすぎず、このような者による訴訟追行の結果としての判決内容の正当性が確保されているとは言い難い。むしろ、法人の内部紛争について最も強い利害・関心を有する者は、原告以外の法人の構成員(全内部関係人)であるというべきである。ただし、すべての構成員を被告とするのは非現実的である。そこで、代表者を選ぶのが望ましいところ、法人は、全員の意見を調整・集約して行動することが原理的に期待される存在であるから、構成員全員の意見を代表することができるのは会社であるというべきである。

cf. 法人の内部紛争については、法人の意思決定であるということを経由し、法人が最も強い利害・関心を有しているとする見解がある。しかし、法人という制度は対外的関係において真の意味をもつ法技術であり、内部紛争では独自の存在意義を有するわけではない。(内部紛争はコップの中の嵐であり、会社はそのコップであるにすぎない。)

また、このように考える方が、代表者個人を被告と考えるよりも、代表機関としての立場で入手した訴訟資料を自由に使用できることになる点、及び代表者に対する法人の内部規制(善管注意義務・忠実義務その他の会社法の内部規制)を受けるという点から、かえって充実した誠実な訴訟追行が期待できるため、妥当である。【省くならここ】

よって、法人を被告とすべきであるとする。

(2) ただし、一般の構成員としての地位を越える特に重大な利害関係を持つ者については、法人とは独立に被告適格を認められるべきであるとする。なぜなら、法人はこのような者の利害まで代表することはできないからである。

↓

cf. 一般の構成員としての地位を越える特に重大な利害関係を持つか否かについて、ex. 取締役選任決議の取消もしくは無効確認訴訟における当該取締役と取締役解任の訴えにおける当該取締役を比較

取締役選任決議で直接の争点となるのは、取締役選任決議を適法に経たか否かという点である以上、当該取締役は一般の株主としての地位を越える特に重大な利害関係をもつとまではいえず、会社が当該取締役の利害まで代表しているといえる。したがって、会社とは独立に当事者適格を認める必要性が低い。これに対して、取締役解任の訴えにおいて直接の争点となるのは、当該取締役の取締役としての適格性である以上、当該取締役は一般の株主と

しての地位を越える特に重大な利害関係をもち、会社が当該取締役の利害まで代表しているとはいえない。したがって、当該取締役に対してより十分な手続保障を確保するために、会社とは独立に当事者適格を認める必要性が高いのである。

たしかに、前者の場合であっても、結果的に取締役たる地位を失うことになるから、十分な手続保障を確保する必要性が高く、会社とは独立に当事者適格を認めるべきであるとも思える(固有必要的共同訴訟)。しかし、前述のとおり、あくまでも前者では決議過程の適法性が問題となっているのであるから、共同訴訟的補助参加として必要的共同訴訟人に準じた訴訟上の地位を保障すれば足りると考える。このように考えるのが条文(会社法 834 条 17 号、同法 855 条)にも合致し妥当である。

【論点】 共同の利益 (30 条 1 項)

訴訟手続の単純化を図ろうとする法の趣旨に鑑みれば、「共同の利益」を有する場合とは、①多数者間に共同訴訟人となりうる関係があり、②各人の主要な攻撃防御方法が共通であることが必要であると解する。

【論点】 明文無き任意的訴訟担当の可否

任意的訴訟担当とは、本来の利益帰属主体が、その意思(授権)に基づいて、本来は当事者適格を有しない第三者に訴訟追行権を与えるもの。訴訟担当者が当事者となるが、権利義務の帰属主体は変わらない(訴訟追行権のみが移転する感じ)。訴訟担当者に判決効が及ぶことはもちろんであるが(民訴法 115 条 1 項 1 号)、本来の利益帰属主体にも及ぶ(同条項 2 号)。

委任による訴訟代理は、本人の意思によって第三者に訴訟追行させるという点で任意的訴訟担当と同じだが、あくまでも当事者適格を有するのは本人であり、訴訟代理人は代理人に過ぎないという点で異なる。本人に判決効が及ぶことは当然である(同条項 1 号)

→ 委任による訴訟代理については弁護士代理の原則(54 条 1 項本文)という制約がある。

弁護士代理の原則の趣旨：三百代言の暗躍によって依頼人本人が損害を被ることを防止する点にある(+審理の充実と円滑を図る点)。

したがって、法令による訴訟代理人(支配人(商 21 条 1 項、会社 11 条 1 項)、船舶管理人(商 700 条 1 項)、船長(商 713 条 1 項)など)には、かかる原則は適用されない。なぜなら、支配人等は、実体法上の包括的代理権限(会社 11 条 1 項・3 項参照)が与えられており、実体法上の権利義務関係について十分な知識・情報を有していると考えられるため、支配人等に訴訟追行をさせても、本人たる会社の利益を害さないといえ、弁護士代理の原則の趣旨を没却することはないからである。

訴訟提起を目的とした権利の信託的譲渡の場合、本人の意思によって本来は当事者適格を有しない第三者に訴訟追行権が与えられる点で任意的訴訟担当と同じであるが、この場合当該権利が受託者に移転するので、権利義務の帰属主体がかわってくる点で異なる。訴訟が終了すれば(信託の目的が達成されれば)、当該権利は委託者に戻ることになる。よって、受託者に判決効が及ぶだけでなく(115 条 1 項 1 号)、委託者にも基準事後の承継人として判決効が及ぶ(同条項 3 号)。

→ 訴訟提起を目的とした権利の信託的譲渡(訴訟信託)は禁止されている(信託法 10 条)。

訴訟信託禁止の趣旨：弁護士代理の原則の潜脱と濫用の防止を図る点にある。

cf. 前掲・重点講義 268 頁注 46：弁護士代理とは規律の側面が異なる。なぜなら、他人に訴訟を頼み、その他人が弁護士に訴訟を委任する場合も禁止する以上、信託法 10 条は、弁護士を使って稼ぐ訴訟屋をも禁止しているといえるからである。(弁護士代理の原則と同じであれば、最終的に弁護士に訴訟をさせれば問題ないということになるが、そうではない。)

しかし、いずれも他人の権利義務について第三者が訴訟を進行するが、判決効は本人にも及ぶという点で経済的実質は同じである。しかるに、後 2 者は制限されているのにもかかわらず、任意的訴訟担当が明文の根拠なくして無制限に認められると、弁護士代理の原則・訴訟信託禁止の趣旨が没却されるおそれがある。

論証

(1) 確かに、弁護士代理の原則(54条1項本文)や訴訟信託の禁止の原則(信託法10条)からすれば、明文規定がない任意的訴訟担当は許されないのが原則である(民訴法30条の手続によるべきである)。

しかし、弁護士代理の原則や訴訟信託の禁止の趣旨は、三百代言の暗躍によって依頼者本人の利益が害されることを防止すると同時に、審理の充実と円滑を図る点にあるのであって、一切明文規定のない任意的訴訟担当を否定するものではないと考えられる。

そこで、明文規定のない任意的訴訟担当も、訴訟追行権の**授権があることを前提**として、①弁護士代理の原則、訴訟信託の禁止の**趣旨を潜脱するおそれがなく、かつ**、②これを認める**合理的必要がある場合**には、例外的に許されると考える。

(2) 当てはめ

i **担当者のための訴訟担当**(ex. 担保責任を負いかねない他人物売買の売主)

訴訟担当者が他人の権利関係に関する訴訟につき自己固有の利益(ここでは、訴訟の結果につき利害関係を有することで足りると解する)を有するため、担当者自身が充実した真摯な訴訟追行をすることが期待できる。とすれば、本人の利益を害するおそれはないし、また審理の充実と円滑を図ることも可能であるため、①弁護士代理の原則、訴訟信託の禁止の趣旨を潜脱するおそれはない。

また、かかる利益を有する以上、この者自身にも当事者として訴訟を進行することを認める必要性も高いため、②任意的訴訟担当を認める合理的必要性がある。

ii **権利主体のための訴訟担当**(ex. 業務執行組合員の場合)

訴訟追行権限を含む包括的管理権を有し(cf. 対象業務との関係で包括的であれば足りる(ex. 清算人は清算業務との関係では包括的な管理権が与えられている)。管理権を個別的に授権する場合には、訴訟追行権まで与えたとはいいづらくなる。管理権を包括的に授権することで、訴訟追行権まで授権する黙示的な意思表示がうかがえる。)、権利主体と同程度にあるいはそれ以上に、その権利関係につき知識を有する程度までその権利関係に関与しているため、権利主体と同程度にあるいはそれ以上に充実した訴訟追行を期待できる。また、善管注意義務を負い(民法671条、644条)、組合員による内部チェックもされる立場にあるため(同673条)、業務執行組合員の真摯な訴訟追行をも期待できる。(さらには、組合員全員に選任されること(組合契約、同672条1項)(cf. 清算人の場合には、組合員の過半数で選任される(同685条2項)、および上記事情から、組合員に勝訴・敗訴にかかわらず判決効を及ぼしても(115条1項2号)不当ではない。)とすれば、このように濃厚な実体関係がある場合には、本人の利益を害するおそれはないし、また審理の充実と円滑を図ることも可能であるため、①弁護士代理の原則、訴訟信託の禁止の趣旨を潜脱するおそれはない。

また、任意的訴訟担当を認めなくても、組合員全員が原告となって訴訟を提起することは可能であるが(固有必要的共同訴訟)、訴訟の複雑化・長期化が避けられない。そこで、かかる不都合を回避するべく、②任意的訴訟担当を認める合理的必要性も認められる。

第5 訴訟の開始手続

【論点】 二重起訴の禁止の趣旨

裁判所に訴訟係属が生じている場合には、当事者は同一の事件について重ねて裁判所に審判を求めることができない(142条)。これを二重起訴の禁止という。

二重起訴が禁止されるのは、訴訟係属中の事件と同一の事件について別訴を許すと、①別訴で二重に訴訟追行を強いられることは被告にとって煩わしく(被告の応訴の煩)、②訴訟制度としても審理の重複は不経済であり(訴訟不経済)、③同一事件について矛盾する判決が生じて混乱するおそれ(矛盾判決の危険)*¹もあるので、これらの不都合を回避するためである。

二重起訴を禁止しても、当事者の権利保護は、前訴で請求を併合し、また反訴を提起し、あるいは弁論が併合されることによって達成することができる。

出題 47-2、51-2、2-2、4-2、5-2、15-2

備考

補足 二重起訴の禁止の趣旨

*¹ 事実上の判決矛盾(既判力の抵触)の危険を回避

→ 既判力が抵触するのは、厳密には同時に判決が確定する場合だけであり、そういう場合でなければ、先に確定した判決の既判力が再審を経て優先することになる(338条1項10号)。すなわち、既判力の抵触は既判力制度自身が抵触防止の手段(再審)を用意しているのであり、二重起訴禁止に頼る必然はないようにも思える。

しかし、再審で処理できるとしても時間やコストがかかり、当事者・裁判所双方に負担を強いることになる。とすれば、(既判力が法的に抵触することはなくても、事実上抵触し)再審による処理に至る前に、混乱の原因となるような訴えを排除しておくことが手続のあり方として合理的である。

以上より、既判力抵触の恐れが根拠とならないと言い切るのは妥当ではないであろう。

【論点】 二重起訴の禁止の要件(1)

訴訟係属中→さらに訴え提起～。そこで、かかる訴えは二重起訴の禁止(142条)に当たり許されないのではないか、「事件」の同一性の意義が問題となる。

そもそも、同条の趣旨は、①被告の応訴の煩、②審理重複による訴訟不経済、③事実上の判決矛盾の危険という弊害を回避する点にある。かかる趣旨に鑑み、「事件」の同一性は(i)当事者、及び、(ii) 審判対象の両面から考慮されるべきと考える。

まず、①当事者の同一性については、当事者が同一であれば、前訴と後訴で原告と被告とが逆同一性でもよいと解する。審理の重複や判決の矛盾が生じるおそれがある点では異ならないからである。

同様に、当事者以外で判決の効力が及ぶ者(115条1項2号以下)は当事者と同視され、この者から同一の相手方に対して別訴提起すること、逆にその者に重ねて訴えを提起することは許されない。

次に、②事件の対象の同一性については、訴訟物たる権利関係が同一であれば足り、請求の趣旨において明らかにされる審判形式の同一性は不要である。例えば、一方は給付判決を求め、他方は確認判決を求めているといった違いがあっても、判決に矛盾等が生じるおそれがあることは同じだからである。

【論点】 二重起訴の禁止の要件(2)

では、同時履行の抗弁として主張された請求権につき別訴で給付請求したり、所有権に基づく土地明渡請求訴訟で抗弁として提出された賃借権につき別訴で確認請求をする場合等、一方が判決理由中で判断される場合にはどう解すべきであろうか。

確かに、賃借権の存否等については訴訟係属を生じておらず、また、原則として前訴の理由中の判断には既判力を生じない(114条参照)以上、事件の対象の同一性は認められない。

しかし、前訴において賃借権の存否等についても審理されることになるから、実質的に審判の重複と判決の矛盾を生じるおそれはある。そこで、裁判所としては、弁論を併合する(152条)などして同一訴訟において処理すべきである。【裁量で】

【論点】追加 手形訴訟の例外

1 手形債務不存在確認訴訟(通常訴訟)係属中に手形金請求訴訟(手形訴訟)を提起することは、142条に反し許されないのではないか。

(1) 事件の同一性の意義について

ア ～論パ35の補助レジュメ～

イ 当てはめ：事件の同一性が認められ、142条に反し許されないのが原則である。

(2) もっとも、手形訴訟は請求の併合要件である「同種の訴訟手続」(136条)を満たさないため、反訴の提起及び併合をすることができない(142条の許容性の欠如)。とすると、通常訴訟が先行した場合には、手形訴訟を利用する機会が全く奪われてしまうことになる。これでは手形所持者に簡易迅速に債務名義を獲得させようという手形訴訟の立法趣旨(351条、352条等)が貫徹されない。

したがって、かかる手形訴訟の特殊性から、手形訴訟の提起は例外的に二重起訴に当たらないと考える。このように考えると、二重起訴の弊害が生ずる可能性を否定できないが、通常訴訟(前訴)の方を一時的に停止しておく等の処理で対処することができるから不都合はない。

(3) よって、上記手形訴訟を提起することは、142条に反せず許される。

2 そうだとしても、その後、手形訴訟が通常訴訟に移行した場合(353条、357条、361条)、その時点で後訴は142条に反することを理由に不適法却下されないか。

確かに、通常訴訟に移行した段階で手形訴訟としての特質を失う以上、この時点で不適法却下し、改めて反訴の提起をすべきことを示唆する措置を採るべきとも思われる。

しかし、異議申立て後の通常訴訟と異議申立て前の手形訴訟は一体の訴訟であるにもかかわらず、移行した途端に却下とすることは妥当でない。また、却下してしまうと、すでに形成された手形訴訟の審理等が無駄になり、移行前に手形訴訟を優先させた意義を失わせてしまう。

そこで、通常訴訟に移行した後であっても、後訴は142条に反せず却下されないと考える。ただ、裁判所は弁論の併合(152条1項)や停止の措置を採るべきである(裁判所の裁量にとどまるが…)。

《具体例》

『甲が乙に対して提起した売買代金債務不存在確認訴訟の係属中に、乙が甲に対して同一の売買代金の支払請求の訴えを提起した場合』

⇒甲の乙に対する売買代金債務不存在確認訴訟の訴訟物は、乙の甲に対する売買代金債権であって、乙の甲に対する同一の代金請求の訴えにおける訴訟物と同一です。したがって、この場合も訴訟物が同一である以上、重複訴訟として禁止されます。

『原告を甲、被告を乙とする土地所有権確認請求訴訟をA訴訟とし、乙から甲に対する同一土地の所有権確認の訴えをBの訴えとするとき』

★訴訟物の整理

・A訴訟の訴訟物は甲の土地所有権であり、Bの訴えの訴訟物は乙の土地所有権

⇒甲の土地所有権取得原因と乙の所有権取得原因とは異なることに着目し、かつ主体面を訴訟物の構成要素として取り込んで、理解しますので、訴訟物は異なるものとして理解します(狭義の訴訟上の訪求=訴訟物と捉える学説はこのように理解することになると思われます)。

このように訴訟物は異なるとしても、仮にA訴訟で中の請求を認容する判決が確定したときは、訴訟物とされた甲の土地所有権に既判力が生じる以上、実体法上の一物一権主義から、同一土地について乙の所有権を認めることはできないとして、既判力が及ぶことを肯定する。これを矛盾関係として説明しています。

・所有権は取得原因ごとに異なるわけではないとして、主体面を捨象して考えるときは、同一土地の所有権ですから訴訟物が同一である場合として理解することになります。

⇒これによれば矛盾関係ではなく、訴訟物が同一の場合として説明されます(前訴判決の既判力が作用する局面を訴訟物の同一、矛盾関係、先決関係の3類型を挙げるのが通例であるところ、新堂が矛盾関係を独立に掲げていないのは、同一関係と捉えるようであるとされている(高橋))

1. A訴訟の係属中に別訴として起こされたBの訴え

⇒訴訟物が異なるものとして理解するときには、実体法上の一物一権主義を媒介として既判力が矛盾衝突するおそれがある、いわゆる矛盾関係として位置づけて重複訴訟禁止を及ぼすべきかどうかを検討することになります。

これに対し、訴訟物が同一であると理解するときには、重複訴訟禁止の適用事案という位置づけになります。

2. A 訴訟の係属中に反訴として起こされた B の訴え

同一訴訟手続において審判されることとなれば、**関連紛争の統一的かつ効率的解決が図られる**ことになりやすいため、設問 1 のような事態を回避することができます。そこで、**B の訴えが反訴としての要件を具備しているかどうか**が問題となります。

この点、反訴の要件(民訴法 146 条)は、関連紛争を無理なく取り込むと同時に、訴訟手続を複雑化させないように配慮する観点から定められており、特に本訴請求又はこれに対する防御方法との関連性が重要な機能を営みます。

訴訟物が異なるとの理解を前提に適法な反訴と認めるためには、設問 1 と同様に、**一物一権主義**の観点から、**同一土地**についての**複数の所有権を成立する余地はないこと及び B としては A 訴訟で請求棄却を導くだけでは自らの所有権帰属を確定するには至らないこと**からこの反訴を許容する必要があるとして、A 訴訟と B の訴えとの関連性を肯定する論理を展開することになるでしょう。

これに対し、訴訟物が同一であると理解する立場からは、本訴との関連性を肯定することには問題はありません。

『甲は、乙に対し、乙所有の絵画を代金額 500 万円で買い受けたとして、売買契約に基づき、その引渡しを求める訴えを提起した。』

次の各場合について答えよ。

1 甲の乙に対する訴訟の係属中に、乙は、甲に対し、この絵画の売買代金額は 1000 万円であるとして、その支払を求める訴えを提起した。

(1) 甲は、乙の訴えについて、反訴として提起できるのだから別訴は許されないと主張した。この主張は、正当か。』

1 小問 1(1)について

甲の主張は、乙の訴えについて、別訴は許されないとするものである。これは、反訴ができる以上、**別訴が二重起訴(142 条)に当たるとすることを根拠とするもの**といえる。

そこで、反訴として提起できる場合に、別訴を提起することは**二重起訴に当たるのか**が問題となる。

(1) 確かに、反訴請求による方が、訴訟経済に資し、また審判重複や裁判不統一を回避することができるので、乙は反訴を提起すべきとも思える。

しかしながら、二重起訴禁止の趣旨は、訴訟経済、被告の応訴の煩の回避、判決の矛盾・抵触の防止にあるので、「事件」(同条)の同一性の有無は、当事者の同一性及び審判対象の同一性の有無で判断される。そして、訴訟物たる権利関係の同一性が認められれば、審判対象の同一性は認められると解される。

しかるに、本問乙の売買代金の支払を求める別訴は、甲の絵画引渡しを求める訴えとは共通する争点は含むものの、**訴訟物たる権利関係は引渡請求権と代金債権請求権であって別個であり、審判対象の同一性は認められない**。乙の別訴提起は二重起訴に当たらず、乙は別訴提起可能である。

そして、**処分権主義(246 条参照)**の下では、訴えを提起するか否かは当事者の意思に委ねられるべきである。

⇒『**二重起訴にあたらなくても反訴でいける場合は別訴提起できないのではないか**』ということに答えている。

(2) よって、乙は反訴として提起できるとしても別訴は許されるので、甲の主張は正当ではない。

*二重起訴にあたるという考え

それぞれの訴訟物たる権利の発生原因は、代金額に争いがあるものの**同一の契約であると互いに主張する売買契約**ですから、**一括審理をするのが当事者の訴訟追行負担を軽減し、審理の重複と矛盾判断を回避するのに資する**といえ、民訴法 142 条によって禁止される重複訴訟であるとみることも可能です。このような見解による場合は、訴えを提起するのであれば、反訴によるべきであるということではできません。

【論点】 相殺の抗弁と二重起訴の禁止

総論

抽象的な①審理重複の危険、②事実上の既判力の矛盾の危険

vs

抗弁先行型：前訴被告の利益(=相殺の担保的機能、早急に債務名義を得たい利益)

or

別訴先行型：前訴原告の利益(=相殺の担保的機能、防御の利益)

・**抗弁先行型の場合**(最高裁判例なし)

→ 前訴被告の利益は小さい以上、抽象的な①②の危険を重視。ゆえに相殺不許説。

・**別訴先行型の場合**

(i) 通常の事案

→ 前訴原告の利益が大きい以上、抽象的な①②の危険よりも前訴原告の利益を重視。ゆえに相殺許容説。

これに対して、平成3年判決は、前訴原告の利益をほぼ無視して、抽象的な①②の危険を前面に押し出し、相殺不許説。

(ii) 一部請求中に残部で相殺した事案

→ 抽象的な②の危険がなく、抽象的な①の危険のみ。一方で、前訴原告の利益は大きい。ゆえに原則相殺許容、例外権利濫用(平成10年判決)。

各論

<抗弁先行型>

相殺の抗弁は単なる攻撃防御方法である以上、同一「事件」について、更に訴えを提起したとはいえない。よって、二重起訴禁止規定(142条)を直接適用することはできない。

しかし、相殺の抗弁が提出され、裁判所がその当否について判断を下すと、自働債権の存否についても既判力が生じる(114条2項)。とすれば、ある訴訟で相殺の抗弁に供していた債権、それを訴求債権(訴訟物)として別訟を提起することは、**事実上の判決矛盾、重複審理の危険が抽象的に生じる**ことになる。そこで、後訴の提起は、同条の趣旨に反し許されないのではないか。

確かに、(相殺の抗弁は、判決理由中で存否の判断がなされるか否かは不確実であり、既判力が生じるか否かも不確実である。また、)既判力を生じさせるためだけであれば反訴の提起で十分であるが、これでは「**早急に債務名義を取得して執行したい前訴被告の権利救済に欠けるともいえる。**(なぜなら、相殺の抗弁は最後に審理されるから判断が出るのは遅くなり、反訴も相殺の抗弁に連動して判断は遅くなるからである。)」とすれば、142条の類推適用を否定し、**別訴の提起を許すべきとも思える。**

しかし、早急に債務名義を得て執行したいのであれば、相殺の抗弁の撤回は、**単なる攻撃防御方法の撤回**であって、相手方の同意を要しないのであるから(⇨この点で別訴先行型とは異なる)、前訴での**相殺の抗弁を撤回し、後訴に集中すればよい**。逆に、相殺の担保的機能を実現したいのであれば、**前訴の相殺の抗弁を維持すれば足りる**(⇨別訴先行型と異なり、抗弁先行型ではこのように相殺の担保的効力を主張する機会がある)。前述したように**抽象的ではあるにせよ二重審理等の危険が存在する以上、前訴被告にのみ都合のよい扱い**(早急に債務名義を得て執行にも相殺にも両様に使える地位を確保すること)を認めるのは不公平である。

よって、後訴の提起は、同条の趣旨に反し許されないと考える。(=前訴被告としては、相殺の抗弁を維持するか、それを撤回して後訴を提起するかを選択すべきである。)

cf. この見解によると、前訴で相殺の抗弁の撤回をしたことで、前訴において原告勝訴が確定し執行される危険があるのでは？

問題なし。前訴被告としては、前訴で相殺の抗弁を出さなくても、前訴原告が前訴での債務名義に基づき強制執行してきたときに、相殺の抗弁を提出して、請求異議の訴えを提起することができる。なぜなら、判例によると、相殺の抗弁は、既判力によって遮断されないからである。

<別訴先行型>

(i) **通常の事案**

相殺の抗弁は単なる攻撃防御方法である以上、同一事件について、更に「訴え」を提起したとはいえない。よって、二重起訴禁止規定(142条)を直接適用することはできない。

しかし、相殺の抗弁が提出され、裁判所がその当否について判断を下すと、自働債権の存否についても既判力が生じ

る(114条2項)。とすれば、ある訴訟で請求している債権を、別の訴訟で相殺の抗弁における反対債権(自働債権)に供することは、事実上の判決矛盾、重複審理の危険が抽象的に生じることになる。そこで、後訴での抗弁の提出は、同条の趣旨に反し許されないのではないか。

この点について、たとえ相殺の抗弁が半決理由中で判断されるか否かが不確実であるとしても、同条は事実上判決が矛盾する「危険」がある訴えをあらかじめ排除しようとした規定であることを理由に、同条を類推適用して相殺の抗弁は許されないと解する見解がある(相殺不許説、平成3年判決と結論同旨)。

しかし、このように解すると、前訴原告の相殺の担保的機能への期待を後訴で実現することが困難となつてしまい妥当でない。(なぜなら、相殺不許説によると、後訴で相殺の抗弁を提出するためには前訴を取り下げなければならないが、そのためには、被告(後訴原告)の同意が必要であるところ(261条2項)、あえて別訴を提起するような前诉被告が同意するとは思われないからである)(⇔この点で、相殺の担保的効力を主張する機会がある抗弁先行型とは異なる)。

また、相殺の抗弁は、相手方の提訴を契機として防御の手段として主張されるものであり、なお正当な防御権の行使というべきである。(むしろ、前述した重複審理等の危険は、前诉被告が反訴を提起することができたにもかかわらず、あえて別訴を提起したことに原因があるのであって(⇔相手方の行動に振り回されるという要素がある点で抗弁先行型と違う。)、このような被告の行動には疑問があるといわざるを得ない。)

このような事情を考慮すれば、前訴原告による後訴での相殺の抗弁の提出を許すべきである(相殺許容説)。ただ、抽象的な二重審理等の危険を回避すべく、先行した別訴については、相殺の抗弁に対する判断がなされるまで停止すべきである。

cf. 相殺許容説によると、前訴が原告勝訴で執行もした、そして、後訴の相殺の抗弁でも、反対債権が肯定され、請求棄却となった(前訴原告の勝訴)ということが生じ得る。これは債権の二重行使であり、実体法上許されない。

しかし、このことから相殺を不許とすることは適切ではない。この二重行使が生ずるのは、前訴で敗訴した被告が、執行されその債権は満足されたことを後訴で主張立証しなかったことによる。すなわち、主張立証を怠った後訴原告がその責めを負うのは弁論主義適用の結果としてむしろ当然である。

cf. 判例も、平成10年判決を契機に変わりつつある。なぜなら、同判決は、相殺許容説の論拠として挙げられる相殺の抗弁の防御手段としての性格や、簡易決済機能や担保的機能の重要性に言及しているからである。

平成3年判決では審理の重複の危険が重視され、これらの要素は完全に無視されていたことから、実質的には判例変更ではないかという疑いが残る(民事訴訟法判例百選46事件解説)。一方で、この判例は明示の一部請求の後に残部を相殺に供した事案であるから、訴訟物が異なるという点で平成3年判決とは事案が異なるはずという見解もある(民事訴訟法講義案改訂版92頁、最高裁判例解説659頁)。

ただ、この点は判例の評価の問題である。この先判例が、審理の重複の危険と相殺の担保的機能への期待のいずれを重視していくのかは不明である(前掲重点講義127頁)。

(ii)一部請求中に残部で相殺した事案

(1) 相殺の抗弁は単なる攻撃防御方法である以上、同一事件について、更に「訴え」を提起したとはいえない。よって、二重起訴禁止規定(142条)を直接適用することはできない。

しかし、相殺の抗弁が提出され、裁判所がその当否について判断を下すと、自働債権の存否についても既判力が生じる(114条2項)。とすれば、ある訴訟で請求している債権を、別の訴訟で相殺の抗弁における反対債権(自働債権)に供することは、事実上の判決矛盾の危険が抽象的に生じることになる。しかし、本間における前訴で訴求されているのは当該債権の一部であり、後訴で訴求されているのはその当該債権の残部である。そこで、そもそも上記のような抽象的危険が生じるのか、一部請求における訴訟物の範囲が問題となる。

ア 規範(論パ52)

イ 当てはめ

一部が独立の訴訟物。とすると、事実上の判決矛盾の危険は抽象的にすら生じない。(この点で上記(2)の通常の事案とは異なる。)

(2) そうだとしても、一個の債権が訴訟上分割行使された場合は、実質的な争点が共通であるから、抽象的な重複審理

の危険は生じる(し、既判力が事実上矛盾しないとしても、不自然な判断がなされる可能性は否定できない)。そこで、やはり後訴での相殺の抗弁の主張は142条の趣旨に反するとする見解もある(平成3年判決を徹底した考え方)。

しかし、相殺の抗弁は、訴えの提起と異なり、相手方の提訴を契機として防御の手段として主張されるものであり、訴求債権と簡易迅速かつ確実な決済を図るという機能を有する。とすれば、一個の債権の残部をもって他の債権との相殺を主張することも、なお正当な防御権の行使として許容されるものと解すべきである。

したがって、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用にあたるなどの特段の事情の存しない限り、一部請求中の残部債権を自働債権とする相殺抗弁は二重起訴の禁止の趣旨に反しないと考える(平成10年判決)。

<反訴請求債権を自働債権として相殺(同一手続内)>

反訴請求債権を自働債権とし本訴請求権を受働債権とする相殺の抗弁が許されるか。

この点について、判例は、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更されることになり、二重起訴の禁止には触れないとする。

しかし、あえてこのような技巧的な論理構成をする必要はない。なぜなら、二重起訴禁止の趣旨は、①被告の応訴の煩、②重複審理による訴訟不経済、③事実上の判決矛盾の危険という弊害を回避する点にあるところ、同一手続内で相殺の抗弁について審理される以上、上記趣旨は害されないからである。

したがって、上記のような相殺の抗弁は当然許されると考える。

cf. 平成3年判決は別訴先行型の事案であったにもかかわらず、併合審理された場合についても同様であると一般的に明言しており、学説ではほとんど例をみない徹底した不適法説を採用した。そのため、上記事案のように相殺の抗弁を適法とする結論には、ほとんど疑問の余地がない事案において、絶対的不適法説をとる平成3年判決を少なくともその限度で変更するか、それとも何らかの論理により平成3年判決との整合性を図るかということが、平成18年判決が答えるべき課題となった。そして、平成18年判決が選んだのが、後者の道であった。

上記のような技巧的な論理構成をせざるを得なかったのは、平成3年判決との整合性を維持するためという、その1点にしかない。

【論点】 二重起訴禁止に触れる場合の処理 (通説)

訴えが二重起訴の禁止に触れるか否かは職権調査事項であり、後訴は当然に不適法であるから、裁判所は判決で後訴を却下すべきである。

これを看過してなされた本案判決に対しては、上訴で争うことができる。

しかし、その判決が確定してしまえば、再審事由に該当しない以上、もはや問題とすることはできない。それゆえ、訴訟係属中の前訴において、後訴の判断に反する判決は許されなくなる(反する判決をすると再審事由、338条1項10号)。

出題 47-2、51-2、5-2

備考 裁判所が裁量で併合(152条1項)することは可能。

+

民訴 39 補足 二重起訴禁止に触れる場合の処理(効果の問題)

つまり、提訴の前後に関係なく、後の確定判決が再審の訴えにより取消され得る。

【論点】債権者代位訴訟と二重起訴

事例：AC間の債権者代位訴訟係属中、Bが自らの権利に基づきCに対する別訴を提起した

Bが提起した訴訟は、二重起訴の禁止（142条）に触れる可能性がある。

まず、AC間の債権者代位訴訟における訴訟物はBのCに対する請求権であるから、審判対象の同一性は肯定できる。

それでは、当事者の同一性はどうか。

この点、当事者はAとBであり形式的には別であると言える。

しかし、Bには勝訴敗訴にかかわらず既判力が拡張される(115条1項2号)から、既判力の矛盾抵触のおそれがある。また、審理の重複による訴訟不経済・被告の応訴の煩といった問題も生じる。

したがって、実質的には当事者は同一であると考えべきである。

よって、Bが提起した訴訟は二重起訴の禁止に触れる。

なお、Bは独立当事者参加(47条)によってAC間の訴訟に参加することができる。この場合には、併合審理され、必要的共同訴訟の審判の原則が適用される(47条4項、40条)から、上記のような弊害が生じるおそれが無く、適法である。

※別の債権者が提起する債権者代位訴訟も二重起訴に当たるものと解される

∴債務者に対して既判力が及ぶ（115条1項2号）→既判力の矛盾抵触のおそれ

∴審理の重複、第三債務者の応訴の煩

《解析》

●当事者適格

代位債権者甲の債務者乙に対する債権(被保全債権)の存否は、甲が乙に代わって第三債務者丙に対して訴えを提起することができるかという訴訟要件(原告適格)の問題となります。

根拠：代位債権者は、民法 423 条に基づいて債務者の第三債務者に対する権利について干渉する管理処分権を取得するのであって、かかる管理処分権を基礎づけるものが被保全債権の存在である

⇒当事者適格の審理

この点、当事者適格に関する審理のあり方についての一般論については、訴訟物たる権利が原告に帰属すると主張する場合を想定しているため、当事者適格の審理と訴訟物審理とが密接に関連していることから弁論主義が妥当すると解される。

これに対し、債権者代位訴訟においては、訴訟物が他人間の権利関係であるために、訴訟要件に対する審理と訴訟物に対するそれとの間には一体性や密接関連性は認められず、一般論が直ちには妥当しない。ここで当事者適格を法礎づける要素は、本来は独立の訴訟物たり得る私法上の権利であることから、弁論主義が妥当するものと解されます。

したがって、代位債権者甲は、訴訟物たる権利(乙の丙に対する債権)の発生原因事実だけでなく、当事者適格を基礎づける権利(甲の乙に対する債権)の発生原因事実と本来型の場合には民法 423 条所定の要件に該当する事実を主張しなければなりません。被告である第三債務者がこれらを認めるときには裁判所はこれに反する認定をすることは許されませんし、争いがあるときには、当事者に申出がある場合に限り証拠調べを行うこととなります。

●訴訟要件の審理と本案判決との関係

債権者代位訴訟においては、当事者適格の存否を不明のままにその審理を省略し、直ちに本案判決をすることは許されないと解されます。

代位債権者の当事者適格が否定されたときには、債務者に既判力を及ぼすに足りる手続保障が代替されているとはいえず、その判決効は債務者に拡張されないというべきだからです。(債務者に対する既判力の拡張が正当化されるのは、訴訟担当者が実質的利益帰属主体の利益を踏まえて訴訟追行している以上、実質的利益帰属主体の手続保障が代替的に確保されていると評価されるから)

●代位債権者と債務者との関係

①債権者代位訴訟が提起されたとき、債務者は自らの債権を行使するために訴えを提起することができるか。

債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対する通知又は債務者の了知があれば、債務者は代位の目的となった権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失い、右処分行為に当たる訴えも提起できなくなる(非訟事件手続法 76 条 2 項参照)。

従って、代位訴訟の提起によって、債務者は自らの債権でありながらその行使に関わる訴えの当事者適格を欠くものとされる。

②重複訴訟禁止原則

⇒上記論証参照

*代位訴訟が提起された場合における債務者は、当該訴訟物とされた権利行使について当事者適格を失うとする判例・通説の立場においても、外形的に訴えが提起されると審理が開始されますので、同一訴訟物について重複審理がなされる状態が現出します。

●債権者代位訴訟への債務者の参加

代位訴訟が提起された場合の債務者は、自らの権利を行使するについて当事者適格を欠くとされることから、自己の利益を確保するために代位訴訟に参加する途を確保する必要がある。

代位債権者の当事者適格を基礎づける債権の存在を争いつつ、第三債務者に対する債権を行使して、債務者は、代位訴訟に独立当事者参加をすることができる(民訴法 47 条 1 項後段)。

独立当事者参加も訴え提起の実質をもつ以上、代位訴訟を提起された債務者は当事者適格を失うものとして参加できないのではないかとの疑問もあるかもしれませんが。

しかし、代位債権者の当事者適格が否定されたときには、債務者に当事者適格が認められ、代位債権者の当事者適格が肯定されたときには、債務者のそれが否定されるという択一関係が認められ、これが終局判決において合一に確定される(民訴法 47 条 4 項による 40 条の準用)ので問題はありません。

また、新訴提起の実質を有するとしても、このような併合が強制され、合一確定が図られる以上、審理の重複による不経済、既判力抵触の可能性及び被告応訴の煩という弊害がないので、重複訴訟禁止に触れるものではないとされます。

●他の債権者との関係

乙の債権者甲が、乙に代位して、乙から物品を買い受けた丙に対し、売買代金の支払を求める訴えを提起した。右訴えの提起前に、『乙の債権者戊が、乙に代位して、右代金支払請求の訴えを提起していた』事実があるとき、だれがどのような訴訟行為をすることができるか。

先行する代位訴訟が提起されたことによって、乙に対して処分制限効が働くとすると、甲には代位資格がないこととなりますから、甲が提起した後行代位訴訟は、訴えが却下される可能性があります。そのため、甲については、戊の代位原因を争うとともに丙に対して履行を求めて独立当事者参加(民訴法 47 条 1 項後段)をする利益が認められます。

これに対し、乙に対する処分制限効を否定するか、あるいは処分制限効の理解として代位権の競合を否定しない程度のものと解する立場に立てば、甲の代位資格は否定されないので、自ら債権者代位訴訟を提起することができることとなります。ただし、この場合、訴訟当事者を異にはしますが、訴訟物についての審理は重複することになります。このため、認定判断のバラつきを回避するには、甲としては共同訴訟参加(民訴法 52 条)の申出をすることを検討すべきです。裁判所としては弁論の併合(民訴法 152 条)を命じるのが相当であると解されます(類似必要的共同訴訟)。

*債権者代位権の優先主義的運用を是認する立場(自己の権利保全に勤勉な債権者擁護論)では、債務者に対する処分制限効を全面的に肯定することに抵抗がないのに対し、平等主義的修正(あるいは、差押えと同視される効果は強大すぎるという手続的バランスの重視)を指向するときには、この処分制限効の適否ないし内容を見直す必要があることとなります。

第2章 訴訟の審理と進行

第4 口頭弁論の実施

【論点】時機に後れた攻撃防御方法の却下

- 1 適時提出主義～。
適切な時期か否かは、～。
- 2 しかし、同条は訓示規定にすぎないから、時機に後れた攻撃防御方法として却下するには157条1項の要件を満たす必要がある。そこで、同条項の要件充足性を以下検討する。(156条に反しても、直ちに却下されるわけではない！156条は失権効と直結していない！)
 - (1) 「時機に後れて」とは、実際に提出された時期より以前に提出すべき機会があった場合をいう。
→ 提出に先立つ期日の回数のみでは決まらない。一定の審理上の時期的メルクマールが重要になる。(ex. 争点整理手続を経ている事件については、攻撃防御方法の提出機会は十分に与えられていたといえるから、争点整理手続後は、一般的には時機に後れたと判断される可能性が高い。ex. 以前に釈明したが当事者が応じなかった場合)
 - (2) 「故意または重大な過失」の判定においては、本人の法律知識の程度(ex. 本人訴訟か否か)、攻撃防御方法の種類(ex. 相殺の抗弁や建物買取請求権などの仮定抗弁は敗訴覚悟、あるいは新たな経済的出指を伴うものであるから、当初からの提出を期待するのは困難である。)、理由説明の合理性(167条、174条、178条)等を考慮する必要がある。
 - (3) 「訴訟の完結を遅延させる」場合とは、その攻撃防御方法に関する審理がなければ直ちに弁論を終結できる段階にあることをいう。
→ ex. 他の争点の証拠調べに併行して審理できるか(ただし、反対尋問等の準備が必要か、その時間的余裕の有無は検討しなければならない)。
→ ex. 従前の証拠や在廷証人によって、その成立の立証をすることができるか(ただ、相手方に不意打ちとならないかは検討しなければならない)。

cf. 上記見解は絶対説を前提

絶対説：その攻撃防御方法が提出されなかったならば、訴訟を完結することができたであろう時期よりもその提出を認めて審理した場合の訴訟の完結の時期が遅れること。→ 提出がなかった場合と比較！

相対説：適時に提出された場合の完結時期と比較！

☆157条の2との比較

①157条の2は適切な時機を徒過したことは必要(157条参照)ではなく、あらかじめ裁判所が定めた期間を徒過すれば足りる。

②157条の2では、裁定期間を徒過したことについて故意・重過失という主観的要件(157条参照)は不要であって(つまり、原則として当該攻撃防御方法が却下され得ることとした上で)、当事者が裁定期間内での提出不能の理由を疎明した場合にこれを例外的に免れるという構造を有している。

③157条の2では、訴訟の完結を遅延させることは必要(157条参照)ではなく、審理計画が定められている場合には、審理の過程で審理計画に従った訴訟手続の進行に著しい支障を生ずるおそれがあれば足りるとされている。



このように、審理計画の実効性と当事者間の公平を確保するため、要件とその立証責任の転換を図り、157条の一般的な規定による制限よりも厳格な制限を課している。

【論点】当事者の欠席

1 総論(視点)

口頭弁論において当事者の出席が要求された趣旨

→ 口頭弁論の諸原則たる**双方審尋主義**、**口頭主義**を実現する点にある。

↓もともと、常に双方の出席を要求すると…

当事者が欠席した場合に手続が進行しなくなり、**訴訟の迅速化(2条)**が阻害

+

一方当事者の欠席の場合：**出席当事者の利益を図る必要**

双方当事者の欠席の場合：**不熱心訴訟進行に対する制裁を加える必要**

↓この**視点を以下の各論とリンク**させる(以下理由は省略しているが書くこと！)

2 一方が欠席

(1) 最初の期日

ア 欠席者：陳述擬制(158条)(cf. 新司の短答知識として…同条の「最初にすべき口頭弁論の期日」とは、当該審級において現に主張をした最初の期日→第1回口頭弁論期日に限らない。答弁書が提出されていても、何もせず何回も期日を延期して最後に擬制陳述することも可能)

出席者：準備書面に基づき弁論(161条3項)

イ 準備書面で明らかに争っていない場合→自白(159条3項)

争っている場合 →出席者：準備書面に記載した(←この限定は論外)

証拠の証拠調べ(183条)

(2) 続行期日

ア 158条の適用なし

イ 簡裁については、277条

3 双方が欠席

(1) 当該期日終了→次回期日を指定(93条1項)

↓もともと…

(2) 判決言渡し(251条2項)と証拠調べ(183条)は可

(3) 1か月以内に期日申立てなし→取下げ擬制(263条前段)

2回連続欠席→取下げ擬制(同条後段)

上訴についても同様(292条2項、313条)

4 判決

可能(244条本文)

ただし、一方欠席→同条ただし書

論点

相手方が欠席した場合には、出席当事者は準備書面に記載していない証拠の申出も許されないのか。161条3項の「事実」に証拠の申出が含まれるかが問題となる。

思うに、証拠調べへの立会いやその結果についての陳述も、事実認定にとっては**重大な影響**があり、それらの機会を相手方から奪うことは公平に反する。また、**不意打ち防止に立脚する同条項の趣旨を重視**すべきである。

したがって、「事実」には**証拠の申出も含まれ**、相手方欠席の場合には、準備書面に記載していない証拠の申出も許されないと解する。

1 **必要的口頭弁論の原則**の下では、判決をなすには必ず口頭弁論が開かれなければならない(87条1項)。そして、口頭弁論の基本原則たる**双方審尋主義及び口頭主義**から、原則として、口頭弁論期日には当事者双方が出席することを要する。しかし、この原則を厳格に貫くと、口頭弁論期日に当事者の一方ないし双方が欠席した場合には、全く手続を進行させることができず、**訴訟促進ないし出席当事者の利益を著しく害する**ことになる。そこで、法は当事者の一方ない

し双方が口頭弁論期日に欠席した場合の対策を設けている。

2 当事者の一方が欠席した場合

(1) 最初の期日における欠席

ア 欠席当事者が提出した訴状・答弁書その他の準備書面に記載された事項は、欠席当事者が期日にこれを陳述したものとみなされる(陳述擬制、158 条)。そして、出席当事者は準備書面に基づき現実に弁論を行い(161 条 3 項)、両者をつき合わせて審理が進められる。

これは、審理開始のためには訴状の請求の趣旨・原因の陳述が最低限必要であるところ、原告の欠席によりこれを欠く場合には、訴訟手続が全く進行せず、期日が無駄になってしまうからである。そして、原告との均衡上、被告欠席の場合も同様の取扱いがなされ、一律に陳述擬制の効果が認められる。

イ 審理の進行に際して、出席当事者の準備書面の内容につき欠席当事者が準備書面で明らかに争っていない限り、欠席者はその事実を自白したものとみなされる(159 条 3 項・1 項)。

これに対して、欠席者が、準備書面の記載で出席当事者の主張事実を明らかに争っている場合には、出席者が準備書面に記載した証拠を取り調べることになる(183 条)。*Q161 条 3 項の「事実」に証拠の申出が含まれるか、について論じてもよい。

(2) 続行期日における欠席

ア 続行期日においては、158 条は適用されず、準備書面を提出していても陳述は擬制されないと解すべきである(判例に結論同旨)。なぜなら、陳述擬制を認めることは明文に反するし、口頭主義を全く骨抜きにすることになるからである。

イ なお、簡易裁判所の手続では、事件の軽微性との関係で当事者の負担を軽減するため、続行期日でも 158 条の適用が認められる(277 条)。

3 当事者双方が欠席した場合

(1) 当事者の双方が欠席した場合には、通常は、当該期日は目的を達しないまま、結局終了せざるを得ない。裁判長は、申立て又は職権により次回期日を指定することができる(93 条 1 項)。

(2) もっとも、当事者双方が欠席した場合でも、当事者の在廷を要しない判決の言渡し(251 条 2 項)と証拠調べ(183 条)を行うことは可能である。

(3) そして、当事者双方が口頭弁論期日に欠席し、1 か月以内に期日指定の申立てがなされない場合には、訴えの取下げが擬制される(263 条前段)。また、連続して 2 回当該期日に欠席した場合には、訴えの取下げが擬制される(同条後段)。なぜなら、かかる事態が生じているのであれば、当事者には訴訟追行の意欲がないものと扱っても差し支えないからである。

この点、上訴についても同様に、上訴の取下げが擬制される(292 条 2 項・263 条、313 条・292 条)。これらの規定は、旧法下において、当事者の不熱心な訴訟追行によって生じていた訴訟遅延に対する対策を強化したものである。

(4) また、上記取下げ擬制の要件を形式的には満たさない場合であっても、当事者の期日指定の申立てが信義則(2 条)に反し、期日指定の申立権の濫用と認められるときには、裁判所は期日指定の申立てを却下することができる(と解する)。

4 なお、当事者の双方あるいは一方が口頭弁論期日に欠席し、当該期日に新たな訴訟行為がなされない場合でも、「審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めるとき」には、裁判所は弁論を終結して判決をすることができる(244 条本文)。ただし、一方当事者のみが欠席した場合には、出席当事者の申出があるときに限り、口頭弁論を終結して終局判決をすることができる(同条ただし書)。

【論点】確定判決の不正取得

事例：原告が濫用的に公示送達¹の制度を利用→被告不出頭のまま原告勝訴の判決が出される

まず、上訴の追完(97条)によって判決を取り消すことができる。次に再審によることが考えられる(338条1項3号5号6号)。

では、再審を経ずに確定判決を編取したことを違法行為として、不法行為に基づく損害賠償請求をすることはできないか。

確かにこれを肯定すると、既判力制度を無にするかに思える。しかし、被告の裁判を受ける権利を保障する必要がある。また、再審事由の有無を厳格に判断すれば、既判力制度を無にすることにはならない。

したがって、例外的に再審を経ることなく、損害賠償請求をなしうるものと解する。

ただし、後訴において判決の当然無効を単独で主張することはできない。法的安定性を害するし、判決には自己拘束力があるため裁判所も安易に変更することができないからである。

《関連問題》

『Aが死亡し、その相続人であるYは、限定承認をした。その後、被相続人Aの債権者Xは、Aに対して有していた金銭債権1000万円の文払を求める訴えをYを相手として提起した。

この訴訟において、Yは、限定承認の事実を主張しなかったところ、1000万円を支払えとの判決(相続財産の範囲で支払えとの限定は付されていない)がされて確定した。Xは、この確定判決に基づき、Yの固有財産に対して強制執行をし債権全額の満足を得た。その後、Yは、Xに対して、不法行為による損害賠償を求める訴えを提起し、「Xが、限定承認の事実を知らず、1000万円の給付判決を得て強制執行をしたのは違法である」と主張した。確定判決の効力との関係で、Yの主張の当否を論ぜよ。』

Yの主張が、許されるとするならば、**Xが前訴判決及びこれに基づく強制執行によって得た利益が実質的に抜け落ちてしまう結果を容認することになります。**すなわち、確定判決の効力との関係で考えると、前訴判決ではXはYに対して1000万円の請求権を有することが確定されているのであって、それに基づく強制執行が違法の瑕疵を帯びることはないといえるべきです。もしこれを不法行為であると言うのであれば、前訴判決で確定された請求権を実現することが許されないということに帰着しますので、**前訴判決の既判力に抵触する**と考えられます。ここではXの金員取得は判決によって是認された正当な権利行使によるものであるとして不法行為の成立が否定され、これにより、確定判決の法的安定を図り、解決済みとされる紛争の蒸し返しを拒絶するわけです。したがって、Yのこのような主張は許されないと解されます。

もっとも、前訴判決の成立過程に正義に反する事情が付着するような場合はどうでしょうか。このような場合であっても、**Yは一切救済されないとするのでは、かえって司法制度への信頼が揺らぎます。**

そこで、Yとしては**再審の訴えによって既判力を排除することができる**と解されます。裏を返すと、**再審によらない限り既判力を覆すことはできない**とすることによって、**確定判決の安定性とその不当性排除の要請とを、調和させている**と考えられます。

しかし他方、更に進んで、**前訴判決の成立過程に正義に反する事情が付着するような場合にあっては、必ず再審を経なければならないとするのは迂遠であるとし個別具体的な不当性排除のため、不法行為に基づく損害賠償請求をいわば隠れた再審とみて救済の途を聞くべきである**との見解があり、判例にもこれに同調したとみられるものがあります。

これによると、「判決が確定した場合には、その既判力によって右判決の対象となった請求権の存在することが確定し、その内容に従った執行力の生ずることはいうをまたないが、その判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行い、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合においては、右判決が確定したからといって、そのような当事者の不正が直ちに問責しえなくなるいわれはなく、これによって損害を被った相手方は、かりにそれが右確定判決に対する再審事由を構成し、別に再審の訴えを提起しうる場合であっても、**なお独立の訴によって、右不法行為による損害の賠償を請求することを妨げられないものと解すべきである**」とされています。手続的正義と実体的正義のいずれも著しく害された場合に、例外的

にこのような訴えを認めるものと理解されます。

【論点】 公示送達と訴訟行為の追完

公示送達によって送達を受けたが、その事実を知らないまま出頭せず敗訴判決を受けた場合、訴訟行為(この場合は上訴)の追完をなすか。「責めに帰することができない事由」(97条)の意義が問題となる。思うに、公示送達の制度上被告の不利益は予定されているから、原則として「責めに帰することができない事由」は認められないと解される。

しかし、被告の手續保障が十分でない特段の事情がある例外的な場合には、「責めに帰することができない事由」を認めるべきである。公示送達の公示力はきわめて弱いからである。具体的には、①被告が自己に対する判決を予見できたこと、②公示送達が被告の居住地を管轄する裁判所でなされたこと、③原告に過失があることなどの諸要素を総合的に考慮すべきである。

第5 訴訟行為

【論点】訴訟行為への私法規定の類推適用の可否

訴訟行為とは、裁判に向けて訴訟手続を展開させていく当事者及び裁判所の行為をいう。

この当事者の訴訟行為に意思表示の瑕疵があった場合、意思表示に関する民法の規定を類推適用できるかが問題となる。思うに、当事者の訴訟行為は、裁判所に対してなされるのが通常であり、**手続の安定**及び公的な陳述として明確性が強く要請されるから、訴訟では表示主義・外観主義が貫徹される。

よって、訴訟行為には、**原則**として意思表示に関する民法の規定は**類推適用されない**と解する。

また、このように解しても、訴訟行為は原則として撤回が自由であること、さらに、詐欺・脅迫など刑事上罰せらるべき他人の行為によって訴訟行為がなされた場合には、確定判決を待つまでもなく、効力を否定し得ることから（338条1項5号類推適用）、何ら問題はないものと考えられる。

ただ、①**訴訟前・訴訟外の訴訟行為**（管轄の合意、代理権の付与、証拠契約等）は、**訴訟手続との直接の関連性がなく**、また、②**訴訟手続を終了させる行為**（訴訟上の和解、請求の放棄・認諾、訴えの取下げ）には、**それ以上の訴訟行為が積み重ねられる**ということがなく、**手続の安定の要請は妥当しない**。

そこで、これらの場合には、例外的に意思表示に関する民法の規定を類推適用することができると解する。

【論点】訴訟契約（訴訟上の合意）

訴訟契約とは、当事者あるいは当事者となるべき者が、特定の訴訟につき影響を及ぼす一定の効果の発生を目的とする合意である。

民事訴訟法は、管轄の合意（11条）、不控訴の合意（281条1項ただし書）、仲裁合意（仲裁法）等につき明文の規定を置いている。

ただ、不起訴の合意や訴え取下げの合意のように明文の規定のない合意がなされた場合、そのような訴訟上の合意も適法なものとして認められるかが問題となる。

この点、円滑かつ能率的な訴訟運営を図るという**公益上の要請**からすれば、これを否定すべきとも思われる（任意訴訟禁止の原則）。

しかし、**処分権主義・弁論主義**が支配する領域においては、当事者が訴訟行為をするか否かは本来自由である。

したがって、①**処分権主義・弁論主義**が妥当する**範囲内**であって、かつ、②**合意による不利益の程度が明確に予測できる**場合には、明文のない訴訟契約も許されると解する。

【論点】訴訟契約の法的性質

では、訴訟契約の効力をいかに解すべきか。

(1)（この点について、直接訴訟上の効力を生じると解する見解がある（訴訟契約説）。（ex. 取下げの合意の場合であれば、訴訟終了宣言の判決（＝取下げの合意により訴訟が終了した旨の判決）がなされることになる。）しかし、）訴訟契約は、（訴訟上の効果の発生を目的とするとはいえ、）**訴訟外でなされるものである以上、実体法上の作為・不作為義務を生ぜしめるにとどまる**と解するのが相当である。

ただ、合意に違反して訴訟行為がなされた場合に、一々別訴を提起して合意の履行を求めることは甚だ迂遠である。そこで、相手方が**合意の存在を抗弁として訴訟上主張した場合**には、**間接的に訴訟法上の効果が生じると解すべきである**。

cf. 私法契約説に立てば、私法上の扱いと変わらないはずである。しかし、間接的に訴訟法上の効異が生じるという点を強調すれば、単なる私法契約であるとはいえなくなる。→ 手続安定の要請から、訴訟行為に関する議論が妥当しうる。

ex. 訴訟行為への表見法理の適用の可否、訴訟行為に条件を付することの可否等

(2) 当てはめ

不起訴の合意	起訴の禁止	} 処分権主義 の 妥当範囲内	⇒訴え(上訴)の 利益を欠く ↓ 却下
不控訴の合意	上訴の禁止		
訴え取下げの合意	訴訟係属の遡及的消滅(261条1項)		

自白契約(主要事実のみ)	裁判上の自白(179条)と同じ	} 弁論主義の 妥当範囲内	⇒証拠能力を 欠く ↓ 却下
証拠制限契約	証拠の提出の制限		

cf. 当事者尋問をしないという証拠制限契約は不可。

∵ 確かに、証拠の提出に関するもの(第3テーゼ)。しかし、当事者尋問は職権でも可(207条1項)(∵紛争の直接関係者→重要な証拠方法→真実発見のため)。ゆえに、弁論主義が支配する領域ではない。

【論点】訴訟上の形成権の行使

私法上の形成権が攻撃防御方法として裁判上で直接行使された場合、訴訟上の効果と同時に、私法上の効果をも生ずるかが問題となる。※形成権行使が訴訟上意味がなくなったときに問題になる。

思うに、訴訟における直接の形成権の行使は、外見上は一つの行為であっても、**私法上の形成権行使とその効果を援用する訴訟行為**とが併存し、前者については私法法規が適用され、後者には訴訟法の規定が適用されることになる^{と解する}（私法行為説・併存説）。なぜなら、形成権の行使が、**私法上の効果を生ぜしめることなく有利な裁判を基礎付ける資料たり得ることは不可能**だからである。

もっとも、形成権行使の抗弁又は訴え自体が却下された場合など**訴訟行為としての意味を失った場合**でも、その**私法上の効果は残る**ことになり**不都合**である。

そこで、訴訟上の形成権行使には、訴訟行為のほか**私法行為の存在を認め、原則として***、**攻撃防御方法としての意味を失ったときは私法上の効果は発生しない**と解すべきである。

したがって、形成権行使の私法上の効果を生じると解したとしても何ら不都合はない。

*「ただ、場合によっては、当事者の意思解釈の問題として形成権行使の私法上の効果を肯定すべきである。」とすると、建物買取請求権行使の場合、建物所有権が移転し行使者に何ら不利益はなくむしろ行使目的に合致することから、私法上の効果が残存することになる。

しかし、157条により建物買取請求の抗弁が却下された結果、認容判決が確定し強制執行がされた場合に、残存した私法上の効果を主張して請求異議の訴えを提起しようとしても、その私法上の効果は基準時前の事情として理論的には遮断されることになるのではないか。遮断されるのであれば、建物買取請求権を行使した意味がなくなり、行使者にとって酷な結果となる。

一方、私法上の効果を失効させておけば、改めて建物買取請求権を行使して請求異議の訴えを提起できることになる。以上から、私法上の効果を残存させておく必要があるのか疑問である。

第6 訴訟資料の収集

弁論主義の根拠

弁論主義とは、**裁判の基礎をなす事実と証拠の提出を当事者の権能かつ責任とする建前**である。

弁論主義が採用された理由は以下の通りである。

第一に、**通常の民事訴訟の本案**では、かかる弁論主義が妥当するのが原則である。けだし、**民事訴訟の対象となる事項は、実体法上私的自治の原則に服する以上、訴訟における事案解明の面においても当事者の自由な意思を尊重するのが望ましい**からである。

第二に、このように解すれば、当事者が敗訴し、既判力に拘束されることを、自己責任として正当化できる。

第三に、**職権探知主義**をとることは、裁判所の負担が増大する割に効果が上がらない。しかも、裁判所の中立に反する可能性もあり、妥当ではない。

弁論主義の機能

不意打ち防止機能

→ 弁論主義があることによって、当事者から主張されていない事実は判決の基礎とされていないのであるから、当事者としては、相手方当事者が主張してくる事実(および自己が主張する事実)にだけ神経を集中していれば足りることになる。裁判所から不意打ち的に事実が認定されそれにもとづいて判決がなされることがないことが保障されるのである。

しかし、このことから、不意打ち防止が弁論主義の根拠になるわけではない。不意打ち防止は、職権探知主義の下でも働く。(根拠と機能を混同しないように！)

弁論主義の内容

1. まず、**裁判所は、当事者が主張しない事実を裁判の基礎とすることはできない(第一テーゼ)**。

↓したがって…

当事者は自己に有利な事実について主張しておかないと、仮に証拠上その存在が認められたとしても、その事実は**なものとして扱われ、不利益となる**、この不利益を**主張責任**といい、主張責任分配は証明責任の分配法則に従う。

cf. 証明責任は事実の存否不明による裁判不能を回避するための技術であるため、職権探知主義の下でも必要な観念であるが、主張責任は弁論主義においてのみ観念しうるものであることに注意！

↓かかる主張責任の観念が認められる結果…

訴訟資料と証拠資料とを峻別しなければならない。(→仮に証拠調べの結果、裁判所が一定の事実の存在を確信したとしても、当事者が当該事実を弁論に現出していない場合には、それを判決の基礎として採用することはできない。)

なぜなら、事実が主張として弁論に現出されることによって当事者は具体的な攻撃防御の対象を認識できるため、主張のない事実を証拠から認定して判決の基礎にすることは、当事者にとって、攻撃防御の機会を与えられないまま敗訴の危険にさらされることとなり、不意打ちの裁判となるからである。

裁判資料

- 訴訟資料とは、当事者の弁論から得られた裁判資料(事実上の主張レベル)
- 証拠資料とは、証拠調べから得られた裁判資料(証拠レベル)

弁論主義は**裁判所と当事者の役割分担の概念**である。したがって、**いずれの当事者が主張した事実であっても、裁判所はこれを裁判の基礎とすることができる**。これを**主張共通の原則**という。

2. 次に、**裁判所は、当事者間に争いのない事実そのまま裁判の基礎としなければならない(第2テーゼ)**。

これは弁論主義が、自白の裁判所拘束力として現れるものである。

3. さらに、**裁判所は、当事者間に争いのある事実を認定する際には、原則として当事者が申し出た証拠によらなければならない(第3テーゼ)**。つまり、職権証拠調べの禁止として、弁論主義は現れることになる。

ただし、**裁判所はいずれの当事者が提出した証拠によって事実を認定してもかまわない**。これを**証拠共通の原則**という。

cf. **職権探知主義**とは、**訴訟資料(事実)**と**証拠の収集**を**裁判所の職責**とする**建前**をいう。

①**通常**の**民事訴訟**の②**本案**では、**弁論主義**が妥当するのが原則である。

しかし、**間接事実・補助事実**に加え、①**事件に公益性が認められる場合**、**ことに第三者に判決効が生じる場合** ex 人事訴訟や、②**派生的・手続的事項**については、**第三者の手続保障**や**訴訟経済的観点**から、**職権探知主義**が妥当する。=公益性が強い事項についてはかかる**職権探知主義**が適用される場合、**裁判所は**、**当事者が主張しない事実**を認定して**裁判の基礎**とすることもできる。

したがって、**主張責任**は**問題**とならず、**訴訟資料**と**証拠資料**の峻別もなされない。

【論点】**弁論主義と処分権主義の関係**

弁論主義と**処分権主義**との関係はどのように考えるべきか。

いずれも、**実体法上**当事者に**私的自治**が認められることが**訴訟上**に反映したものであることができる。

しかし、**処分権主義**は、**審理の開始・対象決定・終了**に関する**問題**であり、いわば、**手続**に対して**外在的な建前**であるといえる。一方で、**弁論主義**は、**訴訟資料の提出**という**訴訟手続内**の**行為**について、**当事者の自主性**を認める**建前**であるといえる。

【論点】**弁論主義の適用範囲**

<前提>

訴訟法上の**事実**としては、**主要事実(権利の発生、変更、消滅という法律効果の判断に直接必要な事実)**、**間接事実(主要事実の存否を推認させる事実)**、**補助事実(証拠の信用性に関する事実)**がある。

cf. **主要事実**について

要件事実に対応するが、要件事実に**具体的なふくらみ**を持たせたものである。

ex 1. 「要件事実」= **金銭の授受** → 「主要事実」= **いつどこでどのような態様で金銭を受けとったか**という**事実**。

ex 2. 「要件事実」= **過失** → 「主要事実」= **前方不注意とか酒酔い運転**

cf. **間接事実**について

主要事実の存「否」を推認させる**事実**であるから、**主要事実の「不存在」**を推認する**事実**、すなわち**積極否認事実**も**間接事実**である。これに対して、**抗弁事実**は、**請求原因事実(主要事実)**の存在を前提してその効果を否定する**新たな事実**であるから、**法律効果の判断に直接必要な主要事実**となる。

⇒ **当事者からの主張がないまま認定された事実**につき、**それが主要事実であるか否かを直接考えるよりも**、もし、当該**事実が当事者から主張されたとした場合**、**それが抗弁事実にあたるか(→主要事実)積極否認事実にあたるか(→間接事実)**を考える方が**混乱を少なくする考察方法**である。

cf. **積極否認**とは、**相手方主張の事実**と**両立しない事実**(いわば**裏側の事実**)であり、**相手方が主張立証責任を負う事実**について、**理由を付して否認**することをいう。

cf. **抗弁**とは、**相手方主張の事実**と**両立する事実**であり、**自らが主張立証を負う事実**を**陳述**する(**相手方の事実**を認めた上で**新たな事実**を導入する)ことをいう。

<論証>

弁論主義(ここでは**第1テーゼ**および**第2テーゼ**だけ! **第3テーゼ**は**関係なし!**)は、**権利の発生・変更・消滅**という**法律効果の判断に直接必要な事実**たる**主要事実**にのみ適用されると考える。

なぜなら、①**当事者の意思尊重(および不意打ち防止)**という**観点**からすれば、**訴訟の勝敗に直結する事実**たる**主要事実**を**弁論主義の対象**とすれば十分であるし、②**間接事実**や**補助事実**は**主要事実の認定**につき**証拠と共通の機能**を果たすところ、これらについて**当事者の主張**を**不可欠**としたり**自白の裁判所拘束力**を認めると、(裁判所は**不自由・不自然な事実認定**を強いられ)**自由心証主義(247条)**に反するおそれがあるからである。

もともと、**間接事実**であっても、**訴訟の勝敗に影響する重要な間接事実**については、**当事者の不意打ちを防止**する見地から、**裁判所に(積極的)釈明義務**を認めるべきである。

cf. なお、**主要事実**に加えて**重要な間接事実**については**弁論主義**を適用する見解がある。

→ 当事者の意思尊重(私的自治)・不意打ち防止の要請と、自由心証主義(柔軟な事実認定) との調和点をどこに求めるかの問題。

両見解は、当事者からの主張がない場合に釈明をせずに判決の基礎とした場合に弁論主義違反と言うか釈明義務違反と言うかの捉え方の違いに帰することが多く、大筋は一致する。ただし、当事者が釈明に応ぜず、その事実を主張しなかった場合に、自説では釈明して当事者に争う機会を与えた以上は当事者が応じなくとも判決の基礎とすることができるが、反対説では判決の基礎とすることはできないことになる。(実際には釈明に応じないことは考えにくく、マイナーな理論上の際に止まる。)

【論点】 不特定概念と主要事実

不確定概念

①法的評価の主張：ここには弁論主義は適用されない。よって、主張不要。



②事実主張：原則としてここに弁論主義が適用される。よって、原則として主張が必要。(例外については(ii)参照。)

(i) 公益性が低いもしくは公益性がない場合

(医療過誤訴訟を例に)

原則論からすると…「過失」自体を主要事実とし、「注射器の消毒不完全」と「注射液の不良」はそれを推認させる間接事実とすれば、その間接事実は当事者からの主張を要しないということになる。そうすると、弁論主義の関係では問題を生じないことになる。しかし、現在の通説によれば問題である。

<論証>

主要事実に関し弁論主義を適用することを論証した上で(前述)…

もっとも、「過失」(や「正当事由」)等の抽象的概念については**直接証明の対象とすることはできず、攻撃防御の中心となるのは「過失」等の評価を根拠づける具体的事実**である。そこで、**不意打ち防止の観点から、かかる具体的事実を主要事実として、ここに弁論主義を適用すべき**であると考える。(よって、「過失」がある等の法的評価についての主張は不要であるが、それを基礎づける具体的事実の主張は必要であると考える。)

ただし、この事実主張の具体化の程度をあまりに厳格に解するとき、裁判所が主張事実と証拠上認められる事実との食い違いを指摘せざるを得ず、当該事実を有利に主張する側に困難を強いる場合もありうるし、他方、あまりに緩和するときは、それを争う側の防御上の利益を害する。したがって、当該事案との関係における特定識別性、具体性が要求されるとともに、相手方の態度(争わない場合、もしくはある程度の概括的な主張でも相手方が認識可能であり、防御に困難を来さない場合などには、具体化すべき要請は後退する。)や当該事実の立証の難易、立証方法などを総合して、具体化すべき程度を決定すべきであると考える(民事訴訟法講義案改訂版 125 頁)。



上記のような医療過誤訴訟においては、関連資料等がすべて相手側の支配領域内にあることなどから、余りに具体的な事実を原告に主張させるのは酷であり、他方、専門家である被告はある程度抽象的に主張されても相当程度見当が付くと予測されるから、「注射行為に際しての消毒不完全」という程度で足りると考えるべきであろう。

↓これに関連して…

当事者の主張と裁判所の実事認定とが、どの程度まで一致していなければならないか。

①弁論主義の趣旨から、主張当事者の意思に反するものではないこと

②弁論主義の機能から、相手方当事者に不意打ちとなるものでないこと

→ ①②を基準として、**社会通念上同一性が認められる限り**、事実の態様の多少の食い違いは問題にしなくてよいと解される。

(ii) 公益性が高い場合(狭義の一般条項)

公益性確保の要請から職権斟酌性を特徴とするとされる。例えば、信義則(民法 1 条 2 項)権利濫用(同 1 条 2 項)、公序良俗(同 90 条)などがある。

法的評価に関する主張が不要であるという点は、前述したとおりである。

さらに進んで、その評価を根拠づける具体的事実の主張まで不要であるといえるか(弁論に現れていなくても、証拠資料から認定してよいか)。

<論証>

主要事実に関り弁論主義を適用することを論証した上で(前述)...

もともと、公序良俗違反等の抽象的概念については直接証明の対象とすることはできず、攻撃防御の中心となるのは公序良俗違反等の評価を根拠づける具体的事実である。そこで、不意打ち防止の観点から、かかる具体的事実を主要事実として、ここに**弁論主義を適用すべきである**とも思える。しかし、公序良俗等は当事者の**私的処分に委ねられない法の一般原則**であり、**公益的色彩が強い**いわば「**王者的規範**」である。そこで、当事者の**不意打ち防止の要請と公益性確保の要請との調和**の見地から、**裁判所は公序良俗違反等と評価される事実が出ていることを指摘して、当事者の事実主張ないし法的討議を促す必要がある一方**(不意打ち防止の要請、かかる指摘にもかかわらず当事者がその事実の主張を拒否した場合には、**証拠資料から公序良俗違反等の認定をすることができる**と考えるのが妥当である(公益性確保の要請)。

王者的規範という意味は、そこにあるというべき。多数説のように単に弁論主義の適用なしとするのではなく、**法律問題指摘義務**を肯定した上で弁論主義は後退させるという解釈が座りのよい。(高橋宏志・重点講義民事訴訟法「上」404頁)

cf. なお、判例の事案では、公序良俗違反に該当する事実の陳述がなされていた事案だったため、判例が多数説のように公序良俗違反に該当する具体的事実の主張を不要とし、法律問題指摘義務をも不要としたかは不明である。

過失相殺の主張

過失相殺をする旨の主張がない場合、裁判所は過失相殺を理由に減額することができるか。

そもそも、**過失相殺の趣旨**は、損害賠償額を算定する際に相手方の過失を斟酌することで、**損害の公平な分担**を図ろうとした点にある以上、過失相殺をするか否かの場面においては、当事者意思の尊重よりもむしろ**当事者間の公平を重視**すべきである。

そこで、**過失相殺をする旨の主張がなくても**、裁判所は過失相殺を理由に減額することができるものとする。(⇐留置権の主張や同時履行の主張は権利抗弁であるから、権利行使の主張が必要と解されている。)

cf. なお、判例が過失「相殺」の主張は不要と解した点は明らかであるが、過失相殺を基礎づける債権者または被害者の「過失の事実(または過失に該当する具体的事実)」についても主張は不要と解したかどうかは必ずしも明らかではない。

まとめると...

- ①「過失相殺！」という権利行使の意思表示：ここは不要(権利抗弁ではなく、事実抗弁)。
↓
- ②「過失」があるとの法的主張：ここには弁論主義は適用されず、主張不要(抽象的概念)。
↓
- ③その評価を基礎づける具体的事実主張(訴訟資料)：ここに弁論主義が適用され、主張必要。
↓
- ④立証(証拠資料)

【論点】所有権の来歴経過

事案：XとYは死亡したBの共同相続人である。Bが死亡したときにBの名義で登記されていた

土地がYの単独名義になっていた。Xが、持分1/2の所有権移転登記手続を求める訴えを提起した。

Xの主張：本件土地はBがAから買い受けた土地であり遺産に属するから、Xは相続により共有持分1/2を取得した。

Yの主張：本件土地は、登記上はBがAから買い受けたことになっているが、実際には、BではなくYが買い受けたの
であり、もともと遺産には属さない。

裁判所は、証拠調べの結果、次のことを認定した。

「①その土地をAから買い受けたのはBである。

②Bは、YがBの跡取りとして家業の発展に尽くしたので、本件土地をYの所有とすることを認めていた。このことを法的に見れば、Bは、本件土地をYに死因贈与したものと評価することができる。」

①の事実は、Xにより口頭弁論において主張されている。②の事実は、いずれの当事者からも主張されていない。

裁判所は、②の事実とその法的評価を裁判の基礎にして請求を棄却することができるか。これは所有権の来歴経過に弁論主義の適用があるかという問題である。

(弁論主義の適用範囲を論じて)

では、所有権の来歴経過は主要事実か。

思うに、来歴の内容、特に移転事実は所有権の帰属という新たな法律効果の発生に関わる。とすれば、所有権取得の経過・来歴を主要事実として扱うべきである。

したがって、②の事実には弁論主義の適用がある。

よって、弁論主義の第一原則からいずれの当事者も主張していない②の事実を裁判所が認定し判決することはできない。

【論点】債務の弁済と弁論主義

事例：手形金請求事件の被告Yが、原因債権について弁済をしたとの抗弁を提出した。裁判所は、Yからの弁済行為は確かにあったのであるが、それは別口債務への弁済(当事者から主張されていない事実)であって本件債務への弁済ではないと認定し、この抗弁を排斥した。

かかる認定が弁論主義の第一原則に違反するかが問題となるも違反しないと解すべきである。

Yが不利益を受けたのはもっぱらYの主張にかかる抗弁事実(原因債権についての弁済)の立証ができなかったためであって、別口債務への弁済が認定されたことの直接的な結果ではないからである。

【論点】 釈明権（釈明義務）

釈明権の意義

釈明権とは、事件の内容をなす事実関係や法律関係を明らかにするため、当事者に対して、事実上や法律上の事項について質問を発し、又は立証を促す裁判所の権能をいう（149条1項）。

訴訟資料の収集・提出を当事者の権能と責任とする建前である弁論主義は、本来、両当事者の訴訟追行の能力が十分かつ対等な場合を前提としている。

しかし、現実には、①当事者には必ずしも常に十分な訴訟追行能力を期待できず、また、②当事者間に能力の差があることが多い。そして、この場合に弁論主義を形式的に貫くと、本来勝訴し得る者が敗訴するおそれがあり、国民の民事裁判に対する信頼を害する結果となりかねない。

そこで、法は弁論主義を補完する観点から、裁判所の釈明権を認めたのである。

cf. 「釈明」という用語は、正しくは、裁判所がするのが「求釈明」で、求釈明に応じて当事者が明らかにすることを「釈明」という（したがって、「当事者に釈明を促す」「当事者に釈明を求める」「当事者に釈明をさせる」などというのが正しい用例である。）。

cf. 確かに、一見すると釈明は職権主義的であり、弁論主義と対立するものであるかのように思える。

しかし、釈明をしたとしても、当事者がそれに応じず当該事項について主張しなければ、裁判所は当該事実を判決の基礎とすることはできないのであるから、弁論主義（の第1テーゼ）を変更するものではない。そもそも、釈明は正当な権利者のため、弁論主義の弊害を制限しその欠点を補う意味においてはその味方である。

1 消極的釈明について

消極的釈明とは、当事者の不明瞭な主張を問いただす釈明をいう。

(1) 行使に関して

消極的釈明は、弁論主義を補完し適正な裁判を実現するという民訴法149条1項の趣旨からして全面的に許容されるべきである。したがって、消極的釈明権の「行使」としての違法は観念できない（上告又は上告受理申立理由とならない）。

(2) 不行使に関して

一方で、消極的釈明権の「不行使」は常に違法となると考える（一律に上告（312条3項）又は上告受理申立理由（318条1項）になると考える）。

2 積極的釈明について

積極的釈明とは、当事者に必要な申立てや主張を示唆・指摘する釈明をいう。

cf. 当事者が主張や申立てをしていない点で消極的釈明と区別するのではなく、裁判所が少なくとも明示された当事者の意図に反する訴訟行為を積極的に促す点で消極的釈明と区別される。

(1) 行使に関して

積極的釈明の過度な「行使」は結果的に一方当事者の肩をもつことになり、かえって当事者間の公平・裁判所に対する国民の信頼を損なうおそれがある。したがって、当事者を誤って誘導し事案をゆがめるような過度の積極的釈明は許されない（行為規範としての限界はある）。

もっとも、いったん過度の積極的釈明がなされてしまえば、それにより利益を受けた当事者の既得的地位を害することはできなくなる。（敷衍すれば、これを破棄してみても、原審に差し戻すならば当事者は改めて「自発的に」その主張をしてくるであろうし、差し戻さず破棄自判してその当事者を敗訴させるとすれば、裁判所のミス当事者に転嫁する（釈明により利益を受けた当事者の既得的地位を害する）ことになり、結局裁判所に対する国民の信頼を害するため妥当でない。とすると、破棄する意味はない。）そこで、いったん積極的釈明がなされた以上は、それが事案と適合している限りにおいては、原判決を破棄し得ないと考える（評価規範として違法ということはない）。相手方としては、過度の積極的釈明をした裁判官を忌避するしかない（ただ、過度の積極的釈明が忌避事由となるかは争いがある）。

（なお、事案と適合していなければ、その事実認定の誤りを上告理由となしうる限り、釈明の行き過ぎもそれに包摂されて是正される。）

(2) 不行使に関して

積極的釈明の「不行使」を理由に上告(312条3項)又は上告受理申立て(318条1項)をすることができるか。

or

弁論主義からの形式的帰結およびその不都合性を明示する。そこで、裁判所としては～に対して～について釈明権(149条1項)を行使すべきではないか、本問において釈明義務が認められるかが問題となる。

ア 本問で問題となっている釈明は、当事者に必要な主張・申立てを示唆・指摘する積極的釈明にあたる。そして、積極的釈明の過度な行使は、かえって当事者間の公平、裁判に対する国民の信頼を損なうおそれがある。

そこで、積極的釈明義務が認められるか否かは、①判決における勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立て・主張における法的構成の当否、不備の有無・程度、③適切な申立て・主張の期待可能性、④当事者間の公平、など諸般の事情を総合考量して、慎重に判断すべきと考える。

イ 本件についてこれをみるに～(民事訴訟法判例百選(第3版)61事件参照)

①判決における勝敗転換の蓋然性(このファクターが最も重要)

これが高ければ、積極的釈明義務を認める方向に働く。なぜなら、紛争の事案の真相に即した解決を図るという要請が働くからである。

ex. 時効について：それだけですぐに訴訟の決着がついてしまうという点で訴訟の結果に与える影響は大きい。

②当事者の申立て・主張における法的構成の当否、不備の有無

法的性質決定の選択が不相当であったり、適用されるべき実体法規についての法的見解が裁判所と当事者の間で食い違いがあるときには、是正のための釈明義務を認める方向に働く。なぜなら、このような当事者側の法的構成の不備を当事者責任に帰することはできないからである(「法は裁判所の知るところ」だからである)。

③期待可能性

当事者が裁判所から釈明されなければ、適切な申立て・主張・立証ができないようであれば、釈明義務を認める方向に働く。期待可能性の有無の判定については、訴訟の対象が取引紛争か非取引紛争か、弁護士による訴訟か本人訴訟かといった事情も考慮される。

④当事者間の公平

釈明することが当事者の公平を著しく害する結果になるようであれば、釈明義務を認めない方向に働く。cf. 釈明義務を否定する方向で使われることが多かったが、現在ではどちらの方向にも働きうる(釈明しないことが公平を害する場合)。

ex. 時効について：それだけですぐに訴訟の決着がついてしまうという点で訴訟の結果に与える影響が非常に大きいことから当事者間の公平を害する(裁判所の中立性を害する)とも思える。

しかし、訴訟の結果に与える影響が大きければ大きいほど、その意思を確認する必要性は高いといえ、釈明しない方がかえって公平を害するといえる場合もあり得る。

また、時効について主要事実がすべて弁論に現れている場合には、釈明をしても当事者間の公平を著しく害することにはならないという方向に働く。

⑤その他

- ・抜本的紛争解決を一回で図りうるようであれば、釈明義務を認める方向に働く。
- ・訴訟の完結を著しく遅滞させることになるようであれば、釈明義務を認めない方向に働く。
- ・釈明義務違反を理由とする上告を棄却した場合の不利益が大きいのであれば、釈明義務を認める方向に働く。

ex. もし、上告を棄却して原判決を確定させれば、原告は既判力の関係で、再び訴えを提起して～についての損害賠償をすることができなくなる。

- ・時効について：時効利益享受の有無を当事者の意思に委ねるとする民法145条の趣旨を考慮すれば、釈明義務を認めるべきではないとも思える。しかし、釈明というのは権利行使を勧めるものではなく、意思を確認するにすぎない。すなわち、時効を援用するかは当事者の自由であるから、実体法上権利行使が必要であることと矛盾するわけではない。

法的観点指摘義務(法律問題指摘義務)

法的観点指摘義務とは、裁判所が、当事者が気づいていない法的観点で裁判しようとするときに、その法的観点を当事者に向かって開示し、当事者と裁判所との間で法的観点・法律構成についても十分に議論を尽くさなければならないとい

う義務をいう。

もつとも、法的観点を指摘し討論をすることに重点があり、**裁判所は当事者の議論の結果に拘束されるわけではない。生の事実は出ている以上、法律解釈の最終責任を負う裁判所は、自己の法的見解を優先させそれで判断してよいのであり、この意味では当事者の意向が優先する弁論主義と離れることになる。**しかし、法的観点を指摘せずに裁判した場合には、義務違反としては破棄差戻し事由となる。

<論証>

生の事実に関しては十分主張されており、**もっぱら事実のみに関わる弁論主義違反は問題とならない。**

しかし、本件では当事者と裁判所との間で法的構成が異なっている。そこで、この点についても裁判所は示唆・指摘すべきであったといえるか(or この点について何ら示唆・指摘されなかったことを理由に上告又は上告受理申立てをすることができるか)、事実のみならず、法律問題に関しても裁判所は示唆・指摘する義務(法的観点指摘義務)を負うかが問題となる。

確かに、裁判所による**釈明はもっぱら事実のみに関わる弁論主義を修正・補完するもの**であるし、そもそも事実と異なり**法律問題は裁判所の専権事項**である。とすれば、法律問題に関して裁判所は示唆・指摘する義務を負わないとも思える。

しかし、**法的観点としてどれを採用するかによって主張されるべき事実も違ってくる。**にもかかわらず、何らの示唆・指摘もなく、当事者が予期しない法的観点から判決をすれば、当事者にとって**不当な不意打ち**となることがある。

そこで、事実のみならず、法律問題に関しても裁判所は示唆・指摘する義務(法的観点指摘義務)を負うと考えるのが妥当である。そして、いかなる場合にかかる義務を認めるべきかについては、①判決における勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立て・主張における法的構成の当否、不備の有無・程度、③当事者間の公平、など諸般の事情を総合考量して、慎重に判断すべきと考える。

第7 訴訟行為

【論点】 経験則

経験則とは、経験から得られた事物の性状や因果関係に関する法則である。事実の判断の前提となるから、事実認定に当たって用いられる。かかる経験則自体は要証事実か否かが問題となる。

まず、一般常識に属する経験則については、証拠による認定は不要である。

また、専門的知識に属する経験則でも、法規に関する専門的知識は不要証である。法規の解釈・適用は裁判所の職責だからである。もっとも、外国法、地方の条例などで裁判所が知らないものは証明の対象となる。

これらに対して、特殊な専門的知識に関する経験則の真偽は一般人にとって不明である。このことから、これを不要証とすれば、裁判の信頼が維持できなくなる。仮に、たまたまその裁判官が知っているとしても、鑑定人と裁判官は同一人であってはならないから、かような私知は利用できない。

以上から、特殊な専門的知識に関する経験則は証明の対象というべきである。

不要証事実（顕著な事実）

裁判の客観性・合理性を担保するため、当事者間で争いのある事実の認定に当たっては、証拠によらなければならないとされる。

しかし、法は、訴訟上当事者間に争いのない事実と顕著な事実については証明を要しないとしている（179条）。

これは、前者については、**弁論主義**との関係で、これに反する裁判所の認定が排除される結果、不要証となる（第2テ一ゼ）のに対して、後者については、その**客観性が担保**されていることから、証明を不要とするものである。

そして、顕著な事実には、①**公知の事実**と②**職務上顕著な事実**とがある。①公知の事実とは、普通の知識経験を持つ社会の一般人が疑いを差し挟めない程度に知れ渡っている事実であり、具体的には、大災害や歴史的イベントが挙げられる。また、②職務上顕著な事実とは、その裁判官にとって、職務上の経験から現に明白な事実のことであり、具体的には、自ら関与した他の事件から知り得た事実が挙げられる。よって、そこには裁判官の私知は含まれない。

【論点】裁判上の自白

裁判上の自白とは、相手方の主張する自己に不利益な事実を認めて争わない旨の陳述であって、口頭弁論・弁論準備手続における弁論としての陳述をいう。

要件

1. 「自己に不利益な」事実の陳述とは具体的にいかなる事実を指すか。

この点、自己と相手方いずれに証明責任があるかを問わず、その事実に基づく判決が自己にとって全部又は一部敗訴を結果する場合であればよいとする立場がある（敗訴可能性説）。

しかし、自己が証明責任を負う事実を否定する場合は、当事者が首尾一貫しない主張をしているにすぎず、むしろ裁判所が釈明権（149条1項）を行使して、主張を整理すべきである（要物契約に基づいて訴求している債権者たる原告が、物を引渡していないと陳述する場合とか、書面をもって締結すべき契約に基づく請求をしながら契約が口頭でなされたと陳述する場合など）。

また、このような場合にまで自白の成立を認めてしまうと、基準が不明確となり、陳述者としては不意打ちの判決で敗訴する危険性が高くなる。

したがって、自己に不利益な事実とは相手方が証明責任を負う事実に限られると解する（判例に結論同旨）。（証明責任説→かく解する方が、裁判所も釈明権の発動について明確な指標が得られる点でも、妥当である。）

2. 裁判上の自白の対象となる「事実」は、弁論主義の建前から、主要事実に限られると解される。

そして、当事者間で主要事実について争いがある場合、主要事実の存否を推認させる間接事実について自白がなされても、当該自白は裁判所を拘束しないと解すべきである（判例に結論同旨）。

なぜなら、①間接事実は主要事実の証明手段である点で、証拠と同様の機能を有するにすぎないが、この間接事実の自白に、裁判所が拘束されることを認めると、証拠の評価が裁判官の自由な心証にゆだねられるとされる自由心証主義（247条）に反することになるからである。また、②裁判官に不自然な事実認定を強制することになる。また、裁判所拘束力が否定されることとの整合性から、当事者に対する関係でも、間接事実の自白には自白の拘束力は認めべきではないと解する。

3. 文書の真正に関する事実（補助事実）の自白の効力

文書の真正に関する事実の自白に、裁判上の自白としての拘束力が認められるかが問題となる。

その前提として、補助事実の自白の効力がまず問題となる。

この点、証拠の信用性に関する事実である補助事実は、間接事実と同様に、主要事実の認定のための証拠と同様の機能を有する事実であるから、自由心証主義（247条）の下、原則として自白の効力は生じないと解するのが妥当である。

ただ、文書の成立の真正に関しては、その自白は文書の内容たる主要事実についての自白に匹敵するとして拘束力を肯定する見解がある。

しかし、文書の成立の真正は、文書の実質的証拠力の前提であり、実質的証拠力の評価が裁判官の自由心証にゆだねられている以上、形式的証拠力の判断も実質的証拠力の評価の一環として自由心証に服すると解すべきである。

したがって、文書の成立の真正についての自白についても、原則どおり、裁判所及び当事者に対する拘束力は認められないと解する（判例に結論同旨）。

備考

文書の真正は、文書の形式的証拠力に関する補助事実であり、その実質的証拠力の評価が裁判官の自由心証にゆだねられている以上、裁判所に対する拘束力を認めることは自由心証主義を阻害することになる。

したがって、原則とおり、裁判所拘束力は認められないと解する。

cf. 形式的証拠力とは、文書が、挙証者の主張する特定人の意思に基づいて作成されたものであることをいう。

実質的証拠力とは、特定人の意思や認識等の意味内容を表現する真正の文書の記載内容が、要件事実の証明にどれだけ役立つかの程度をいう。

cf. 限定肯定説

報告証書(作成者の経験した事実認識を記載した文書。ex. 受取書、登記事項証明書、商業帳簿、診断書、戸籍謄本等)と処分証書(意思表示その他の法律行為を記載した文書。ex. 契約書、手形、遺言書等)とで区別する見解であ

る。すなわち、報告証書に関しては拘束力を否定するが、処分証書に関しては、拘束力を肯定するのである。

なぜなら、処分証書は、その成立の真正が法律関係の存否の判断に直結するため(=真正に成立したと認められる以上、その内容である法律行為が作成者によってなされたことが直接に証明されたことになるため)、主要事実の自白に匹敵するといえるからである。(⇔報告証書の場合、実質的証拠力の存否ないし程度は、書証の形式的証拠力によって当然に決定されるものではない。)

4. 権利自白【法律上の主張レベル】

権利自白とは、請求の当否の判断の前提をなす先決的な権利・法律関係についての自白である。これについては一応不要証になる。その先決的法律関係には、争いがないので、事実主張・立証の必要性が少なく、訴訟審理の促進が必要であるからである。

では、権利自白について裁判所拘束力が認められるか。

思うに、法律問題は裁判所の職責であるから、弁論主義は妥当しない。また、私人の法的判断には誤解が伴いやすいことから、自白の効力である撤回禁止効を及ぼすべきではない。

したがって、裁判所拘束力は認められないし、当事者もいつでも撤回できると解する。

もっとも、日常的な法律概念を用いている場合については、具体的な事実の陳述というべきである。したがって、このような場合は、事実の陳述として、通常通り当事者・裁判所を拘束すると考える。

効果

注意：自白に当たらないとしても、当該陳述の撤回が完全に自由というわけではなく、時機に後れた攻撃防御方法として却下され得る(157条)。

①裁判所拘束力：裁判所は当事者間に争いのない事実は、そのまま判決の基礎としなければならない(弁論主義の第2テーゼ)。

②不要証効：自白された事実については証明が不要となる(179条)。

↓

③不可撤回効：自白した当事者は、自白した事実を自由に撤回することを禁じられる。

なぜなら、証明を要しなくなるのみならず裁判所が自白に拘束されることから、相手方は証拠の収集・保存に万全の注意を払わなくなるため(ex, 危篤状態にある重要証人の証拠保全(234条以下)を求めないというような対応に出る)、かかる相手方の信頼を保護する必要がある(主として証拠の散逸の防止)、また、自らが行った自白の内容に矛盾する内容を主張することを認めるべきではないからである(自己責任・禁反言の法理)。(cf. 裁判所拘束力と異なり、弁論主義そのものからは根拠づけることができない。)

もっとも、不可撤回効の根拠が、相手方の信頼保護、及び自己責任・禁反言の法理にある以上、かかる根拠が妥当しない場合には、撤回を認めても差し支えないと考えるべきである。具体的には、①相手方が同意した場合(異議を述べない場合も黙示の同意ありと扱われる)、②自白が刑事上罰すべき他人の行為によって惹起された場合(338条1項5号参照)、③自白が真実に反しかつ錯誤によったことが証明された場合には、撤回が許されると考える。

なお、③については、自白が真実に反することを証明できれば、特段の事情のない限り、錯誤によるものと推定できると考える。なぜなら、錯誤があったことの証明は困難であるし、また、反真実が明らかになれば通常錯誤があったとみるのが自然だからである。(cf. ただし、「推定」に過ぎないため、錯誤がなかったことを反証することは可能である。)

cf. 擬制自白(159条1項本文、3項)

この点、擬制自白には裁判上の自白と同一の効力が認められるところ、裁判上の自白がなされた場合、弁論主義の第2テーゼが妥当することになる。したがって、擬制自白は審判排除効という裁判所拘束力を有する。

もっとも、擬制自白は、当事者が相手方の主張を争うことを明らかにしない場合に、自白を擬制したものにならず、積極的な自白を前提としているわけではない。とすれば、裁判上の自白と異なり、擬制自白には、不可撤回効の根拠たる自己責任の原則・禁反言の法理(2条参照)が妥当しない。したがって、擬制自白は不可撤回効という当事者拘束力を有しない。

裁判上の自白と比較すれば上記のような説明も可能であるが、そもそも事実審の口頭弁論終結時を基準に擬制自白の成否が判断されるため、不可撤回効を問題とする余地がない。

【旧試】 訴えの変更における自白の撤回

事例：甲は、駐車場として乙が使用している土地をその所有者Aから買い受けたと主張し、乙に対して、所有権に基づき土地の明渡しを求める訴えを提起した。

乙はA甲間の売買の事実を認め、裁判所は和解勧告のため期日を続行したところ、次の期日になって、甲は、土地所有権侵害を理由として賃料相当損害金の支払を求める請求を追加した。

乙は、従前の態度を変えて、A甲間の売買の事実を争うことができるか。

この点、両請求は土地の利用関係をめぐる明渡しと明渡しまでの賃料相当損害金の請求であり、請求の基礎は同一といえ、この訴えの変更自体は許される。そして、訴えの変更の効果として、訴訟資料は流用され、自白もその効力を維持すると解するので、訴えの変更があった場合でも、従前の自白を撤回することはできないのが原則である。

もっとも、本来乙の自白により結審し、乙は賃料相当額の損害金を支払う義務を負うことになるところ、あえて和解のための続行期日を指定していることからすれば、乙は土地の明渡し以外の不利益を甘受するつもりではなかったと思われる。にもかかわらず訴えの変更がなされると乙は損害金の支払義務を負うおそれが生じ、乙にとって係争利益に大きな変更が生じる。

また、この場合に自白の撤回を認めたとしても、右自白の撤回は、相手方の訴えの変更に基づくものであり、自白に対する相手方の信頼保護の必要性も低い。

よって、かかる場合には、自白の撤回が例外的に認められるべきと解する。

*当事者が自白する場合には、「真実、そのとおりである」として認める場合のほか、「その程度のことならばあえて争わずに訴訟を終了させて次の生活関係を新たに築く方が得策である」としてする自白もあり得ます。本問いうならば、甲の請求を争う余地が多分にあるとしても、土地利用の必要性が乏しくなったなどの理由によって、明渡しそのものについてはもはや固執せずに明渡しに応じようとすることは十分に考えられます。ここでは訴訟を継続することによる費用、労力及び時間的コストとの関係を考慮するわけです。しかしながら、当初の予想とは異なり、不法行為に基づく損害賠償請求までされるとなるとは話は別であると言いたくなる場合があります。このような場合、係争利益の価値が著しく異なってくる場合には、訴訟進行態度の変更の自由を認めるべきであるとの理由で、訴えの変更による自白の取消しの余地を認めるべきであるとの見解があります(新堂)。

【旧試】 擬制自白の撤回

次の訴訟行為は許されるか、理由をあげて説明せよ。

第一審では争わなかった相手方主張の事実を、控訴審では否認すること。

第一審で相手方の主張を争うことを明らかにしなかったときは、その事実を自白したものとみなされます(民訴法 159 条 1 項本文)。これを擬制自白といい、その成否の判断時期は口頭弁論終結時とされます(同項ただし書)。ここで、設問 2 は、擬制自白が成立した事実を控訴審で否認に転じることの可否を問うていますので、擬制自白が証明不要効(民訴法 179 条)を超えて、裁判上の自白と同様、撤回禁止効が作動するのかが問題となります。

この点、控訴審は統審制を審理構造として採用していますので、控訴審の口頭弁論は第一審におけるそれと一体のものとして扱われます。このため控訴審では弁論の更新から手続が開始されます(民訴法 296 条 2 項)。そうだとすると、控訴審の審理が開始された以上、争う態度を明らかにすることは何ら妨げられないというべきです。擬制自白は、口頭弁論終結時における当事者の態度等を評価してその成否が決めるわけであって、裁判上の自白と異なり、事実を認めるという積極的な要素は存在しません。いわば「認否の空白状態」から「否認という積極的な態度を表明」したものにすぎません。そうだとすると、相手方当事者が信頼する基礎を欠いていると評価することができますから、撤回要件を要求することによって保護すべき既得的地位が築かれたと評価することもできないのです。

以上から、控訴審において否認に転じることによって、第一審判決が成立を認めた擬制自白を失効させることは可能であると解されます。

もっとも、否認陳述も攻撃防御方法の一種ですから、その提出時期如何によっては、時機に後れた攻撃防御方法として却下される可能性は否定できません(民訴法 297 条、157 条)。否認陳述が却下されたときには、第一審で成立が認められた擬制自白は、控訴審での口頭弁論終結時においても維持されることとなります。

【論点】自由心証主義

1. **自由心証主義**とは、**裁判官は事実認定の際、論理法則と経験則に基づく自由な判断によって心証形成できる**とする原則である(247条)。

2. 趣旨

社会の複雑化に伴い、社会に生起するあらゆる事実を限られた証拠法則で認定することは到底不可能であることから、**真実発見のためには、裁判官が事実認定に用いることができる証拠方法・証拠法則を限定しないことが望ましい**。また、近代司法制度の確立した現代では、**裁判官の専門的知識・経験は十分に信頼できる**。そこで、自由心証主義が採用されたのである。

3. 内容

証拠方法の無制限と証拠力の自由評価からなる。

自由心証の基礎資料として用いることができるのは、適法に弁論に顕出された資料や状況であり、これには**証拠調べの結果及び弁論の全趣旨**が包含される。(弁論の全趣旨とは、口頭弁論に現われた一切の資料状況をいう。裁判官の恣意的判断を防ぐため、事実認定は証拠によるのが基本であり、弁論の全趣旨はその**すき間を埋める機能**を有する。しかし、このみで心証が形成できれば証拠調べをしなくてもよいし、証拠調べをしたときも、その結果より**弁論の全趣旨を尊重することは妨げられない**。)

そして、いかなる証拠にどの程度の**証拠力(証拠価値)**を認めるかの判断も**裁判官の自由な判断に委ねられる**。

これに関連して、損害額を立証することが極めて難しい場合、弁論の全趣旨・証拠調べの結果に基づき証明度を低減させて自由な心証で損害額を認定できるとされている(248条)。

証拠共通の原則

自由心証主義によると、裁判官は提出された証拠がどの程度事実認定に役立つのかを自由に評価することができます。つまり**提出者に有利にも不利にも評価することができる**わけです。これを証拠共通の原則といいます。証拠調べの結果を総合的に評価して合理的で落ち着いたよい事実認定をすることを可能にする趣旨です。

証拠共通の原則は、**弁論主義の考え方とは抵触**しません。

弁論主義は訴訟資料の収集提出に関する裁判所と当事者との役割分担の原理であって、弁論主義は**証拠の申出までを当事者の権能かつ責任**とするものである(第3テーゼ)のに対し、自由心証主義は**その申出に基づいて取り調べられた結果をどのように評価するか**というところにありますので、弁論主義とは**別次元の問題**。

この点、**裁判上の自白が成立したときは、裁判所はその事実を判決の基礎にしなければならない**との拘束を受けることも自由心証主義とは**別次元の問題**として理解されます。そもそも**自白によって裁判所が拘束されるときは、裁判所による事実認定の対象から除外されている**わけですから、自由心証主義の前提を欠いていると考えられます。

4. 限界

① 証拠方法の制限

- ① 手続の明確画一・迅速処理の要請による制限 (160条3項本文、188条、352条、371条)
- ② 違法収集証拠 (訴訟手続の公正さへの信頼確保や人格権侵害の誘発防止のため)
- ③ 当事者の合意による制限 (証拠契約)

② 証拠力の自由な評価の制限

- ① 文書の形式的証拠力の推定 (228条2項4項)
- ② 証明妨害 (当事者間の実質的平等実現と証拠収集妨害予防のため) (224条1項2項、229条2項4項等)

違法収集証拠の証拠能力 (証拠方法の無制限の例外)

盗写した日記や盗聴録音テープ等、違法な手段により得られた証拠方法 (違法収集証拠) にも、証拠能力 (事実認定に利用し得る資格) が認められるかが、自由心証主義 (247条) との関係で問題となる。

この点、自由心証主義の下では、真実発見の要請から、証拠方法に制限がなく、いかなる証拠方法にも証拠能力が認められるのが原則である。

しかし、相手方当事者の地位に対する不当な侵害を認めるべきではないし、**訴訟手続の公正さへの信頼確保や人格権侵害の誘発防止をも考慮する必要**がある。

そこで、当事者の提出する証拠については、原則としてその証拠能力が肯定されるが、その**収集・使用手段が、人格権を侵害し、反社会的なものである場合には**、例外的にその証拠能力が否定されるものと解する。

当事者の合意による制限(証拠契約)

→ 合意により当事者の証拠提出の事由が制限される結果、当該事実につき自由心証の対象たる証拠が全部又は一部なくなるという意味で制限される。**証拠が減るだけであって、事実認定が強制されるわけではない!** (or 証拠方法が制限された場合であっても、**合意に従って提出された証拠方法を取り調べ、証拠力を評価して当該事実を認定することができるかどうかという自由心証主義本来の機能はなお果たされる**)

証明妨害

証明妨害とは、証明責任を負わない当事者が、故意又は過失により証明責任を負う当事者の立証を失敗させ、又は困難にすることをいう。例えば、相手方の有利となる証拠を破棄・隠匿する場合である。

当事者間の実質的平等の実現と証拠収集妨害予防のため、訴訟上の義務(223条1項、229条3項等)に違背して故意に相手方の立証を妨げた場合には、**そのことだけで裁判所の自由裁量でその者の不利に事実を認定してよいとされる(224条1項2項、229条2項4項等)**。

文書提出命令に従わない場合の措置としては証明妨害の規定があるが(224条)、人証の隠避等については明文がない。そこで、かかる場合にも、文書についての証明妨害の規定(224条)を類推適用できないかを以下検討する。

そもそも、同条の**趣旨**は、不当な証明妨害によって証明できない一方当事者の不利益を救い、信義則(2条)の観点から、当事者間の公平を図る点にある。そして、かかる趣旨は、人証の隠避等による証明妨害を行う場合にも**妥当することは明らかである**。

したがって、人証の隠避等の場合にも同条を**類推適用**できると解する。

経験則違背と上告理由(証拠力の自由評価の例外)

事実認定は、それが自由心証主義(247条)の範囲内でなされたものである限り、本来違法の問題は生じない。

しかし、自由心証主義といえども**内在的制約**を受け、その**事実認定が経験則に違背**する場合には、上告審でその**違法**を争い得ることはいうまでもない(判例に結論同旨)。

問題は、その根拠を条文上どこに求めるかである。

この点につき争いはあるが、経験則は、事実認定においては三段論法の大前提となるものであり、**機能的に法令と同視し得る**から、**312条3項**に求めるのが妥当と解する(同条項は高等裁判所への上告の場合であり、最高裁判所に対しては「法令」違反として**318条1項**の上告受理申立てをなし得る)。

それでは、経験則違背はすべて上告理由となるか。

仮に、これを無制限に許容するならば、事実認定はすべて経験則の適用の結果であることから、事実認定についての不服を経験則違背を理由とすることで、すべて法律審である上告審での審理の対象とすることが可能となってしまう。しかし、それでは、法律審と事実審の区別が没却され妥当でない。

そこで、経験則を**専門的経験則**と**常識的経験則**とに区別し、**前者については上告審の裁判官も素人**であり、これに事実審の認定を批判させることは無意味であるから、**後者について**、認定が常識に反し、論理に飛躍がある場合に限り上告理由となると解する。

【論点】証明責任

〔客観的証明責任〕とは、ある事実が真偽不明(ノン・リケット)の場合に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果が認められないことになる一方当事者の不利益をいう。

<定義に関連して>

- ・「真偽不明の場合」：自由心証の働きが尽きたところから、証明責任の役割が始まる。
- ・「一方当事者」：必ず当事者の一方のみが負担するもの。ある事実につき、当事者の一方がその存在につき、他方がその不存在についてそれぞれ証明責任を負うということはあり得ない。
- ・「不利益」：行為責任ではない。個々の要件事実についてあらかじめ抽象的・客観的に定まっており、訴訟の具体的経過、立証活動の内容に応じて当事者の一方から他方へ移動することはない。

↓…趣旨

証明責任の趣旨は、真偽不明の場合の裁判拒否を防止する点にある。

↓

これは自由心証主義や弁論主義に特有の問題ではなく、法定証拠主義の下でも、職権探知主義の下でも、真偽不明の生ずる余地が残されている以上、裁判を可能にするために必要な観念である。

もっとも、これが訴訟資料の収集を当事者の権能かつ責任とする弁論主義と結びついたとき、当事者の主張・立証活動や裁判所の訴訟指揮の指標として、訴訟の全過程を通じて重要な機能を営む。この意味で、証明責任は、「民事訴訟のバックボーン」といわれる(前掲・講義案 228 頁参照)。

(1) 当事者の訴訟活動の指標としての機能

ア 主張立証活動の指標

弁論主義は、訴訟資料の収集提出に関する裁判所と当事者の作業分担の原理であるため、いずれの当事者が訴訟資料を提出すべきかを規律するものではない。

しかし、主要事実の存否につき証明責任を負担する当事者は、立証の前提として主張を提示しなければならず、また、提示した主張を立証命題として立証を尽くさなければ、自己に有利な法規の適用を受けられないこととなる。それゆえ、各当事者は証明責任を負う事実について主張立証する行為責任をも負うこととなる。すなわち、証明責任が弁論主義のプリズムを介して主張レベルで投影されたものが「主張責任」であり、立証レベルで投影されたものが「証拠提出責任(主観的証明責任)」と呼ばれるものである。

イ 立証活動の程度を明らかにするという意味での指標

証明責任を負う当事者の提出する証拠あるいは立証活動を本証といい、主要事実の存在について裁判官に確信を抱かせることが必要である。

一方で、証明責任を負担しない相手方の提出する証拠あるいは立証活動を反証といい、本証によって形成されつつある裁判官の心証を動揺させ、真偽不明の状態に持ち込めば足り、その不存在まで立証する必要はない。

(2) 裁判所の訴訟指揮の指標として機能

裁判所が訴訟指揮権や釈明権を適切に行使する上で、証明責任は羅針盤としての役割を果たしている。(ex. 当事者の主張整理等)

cf. 否認と抗弁の区別

否認と抗弁は、いずれも相手方の主張を排斥するための事実の主張である。しかし、否認は相手方が証明責任を負う事実を否定する陳述であるのに対し、抗弁は自己が証明責任を負う事実の主張である。

↓

否認と抗弁の区別は、事実の両立・非両立及び証明責任の所在を検討することによって得られる。

↓…範囲

裁判を可能にするための最少限度の事実について証明責任を観念すれば足りる。従って、証明責任は主要事実についてのみ考えることで足り、間接事実や補助事実については証明責任の観念は不要。

↓…配分基準

証明責任の配分をいかにしてなすべきか。明文なく問題となる。

思うに、立法者は両当事者の公平・訴訟の迅速な処理に資するように、証明責任の配分問題を考慮に入れて立法している(実体法との調和)。また、証明責任は当事者の訴訟追行の指標、裁判所の訴訟運営の指標の役割を果たすので、基準と

しての明確性を図る必要がある。

したがって、実体法の規定を基準にこれを定めるのが妥当である。すなわち、各当事者は自己に有利な法律効果の発生を定める適用法条の要件事実について証明責任を負うと解する。

・適用法規の分類

①権利根拠規定…権利関係の発生要件を規定する法規(例：売買契約の成立・民法 555 条)

②権利障害規定…権利根拠規定、権利障害規定及び権利消滅規定に基づく効果の発生を当初から抑止・障害する要件を規定する法規(例：錯誤・民法 95 条、錯誤に対する重過失・民法 95 条ただし書など)

③権利消滅規定…発生した権利関係の消滅要件を規定する法規(例：消滅時効・民法 166 条以下、免除・民法 519 条など)

④権利阻止規定…権利根拠規定に基づいて発生した権利の行使を阻止する要件を規定する法規(例：留置権・民法 295 条、同時履行の抗弁権・民法 533 条など)

⇒これらの規定の適用を望む者が、当該規定の要件事実について証明責任を負うことになる。

↓…修正要因

実体法の条文の形式及び文言だけで証明責任を分配しようとする、条文相互間の抵触・不調和を生じ(ex. 167 条 1 項と 147 条以下対照)、あるいは立証責任の負担の上で不均衡・不公平を招くおそれがある(ex. 415 条による債務の不履行)。そこで、現在の実務・通説は、条文の文言及び形式のみに依拠する形式的思考ではなく、形式的基準を手がかりとしながらもこれらの諸要因を考慮した実質的思考によって、公平な分配を企図している。(=法律要件分類説の帰結が実体法の趣旨や当事者間の公平確保に合致するかどうかなどの実質的な基盤を個別に探求することによって、修正を図る)

注意：民事訴訟はあくまで実体法を適用して紛争を解決しようとするものであるから、ある法律効果の発生要件や障害要件は何か、そしてそれをいずれの当事者に証明責任を分配すべきかという要件確定の問題は実体法の解釈問題によって決せられる。したがって、実体法解釈の問題として証明責任を理解すべきであり、実体法の解釈に当たっては、各実体法規の文言、形式を基礎としつつ、証明責任の負担の面での公平・妥当性の確保を常に考慮すべきである。

<415 条における帰責事由について補足>(前掲・講義案 233 頁、234 頁参照)

法律要件分類説からすると、債務不履行に基づく損害賠償請求権の発生を根拠付ける要件事実であるから(同条後段)、証明責任は債権者が負担するようにも思える。

↓修正

- ・債務不履行の事実からは、債務者の帰責性が高度の蓋然性をもって推定される。
- ・債権者による帰責事由の証明は、債務者側の内部事情を証明せよというに等しく困難である。
- ・民法 419 条 3 項の反対解釈によると、非金銭債務の不履行による損害賠償債務については不可抗力をもって抗弁とすることができるように読める。そうだとすると、帰責事由と不可抗力の免責の抗弁とは表裏の関係にあるにもかかわらず、両当事者に証明責任があることになり、前述した証明責任の本質に反することになる。

<415 条の「履行期を徒過(=不履行)について>

法律要件分類説からすると、債権者が債務の不履行につき証明責任を負担するとも思える。

しかし、本来債務は履行されるのが原則であること及び履行は債務消滅事由であることから、債務者が証明責任を負うと考えるのが実体法の解釈に合致する。また、履行がないという消極的事実は一般的に証明が困難であることから、立証責任分配の基本原則である公平の観点からは債務者に証明責任を負わせるのが妥当である。

<背信行為と認めるに足りない特段の事情>

信託関係破壊理論が形成され、上記特段の事情という要件が解釈上付加された。

争いはあるが、上記事情がある場合「解除権は発生しない」とみて、かつ、貸借人に解除権を認めた趣旨と賃借人保護とのバランスから、原則として解除権は発生するが例外的に解除権が発生しない場合を認めたとの実体法上の解釈を根拠に、上記特段の事情を解除権という権利の発生障害事実として位置付けられると考える。そこで、上記特段の事情の証明責任は賃借人が負うと解する。

なお、特段の事情は規範的要件であるから、賃借人が特段の事情の評価根拠事実を主張立証し、貸借人が評価障害事実を主張立証することになる。

<準消費貸借契約(民法 588 条)における旧債務の存否>

この点、旧債務の存在は、返還約束とともに、準消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の発生を根拠付ける要件事実であるから(民法 588 条)、法律要件分類説からは、証明責任は債権者が負担するようにも思える。

しかし、準消費貸借契約の締結の際に、債権者は旧債務に関する証書等を返還・破棄していることが多く、にもかかわらず債権者に旧債務の存在を証明すべきとするのは酷であり、当事者間の公平を欠くことになる。また、準消費貸借契約の締結の前提として、旧債務の存在が高度の蓋然性をもって推認されるので、その不存在の証明責任を債務者に負担させたとしても酷ではない。

したがって、旧債務の不存在について、債務者が証明責任を負うと解する(判例に結論同旨)。

審理の順序

被告が弁済の抗弁と相殺の抗弁の双方を主張しているときの審理及び判断の順序

複数の攻撃防御方法が主張されている場合、裁判所は、仮に当事者が順位を付したとしてもその順位指定に拘束されずに、あるいは実体法の論理的順序に拘束されずに、柔軟にとりあげて審理することができます。例えば、錯誤無効と詐欺取消し、あるいは弁済、免除と消滅時効等を抗弁として主張されている場合には、裁判所は、いずれかに理由があるときには、それをとりあげて請求棄却判決をすることができ、しかも、抗弁に理由があることが明らかなきときには、請求原因事実の審理をもスキップして請求を棄却することができます。このような審開を可能にしているのが理由中の判断には既判力は生じないとする建前(民訴法 114 条 1 項)である。

相殺の抗弁は、別個独立の債権を持ち出し、しかもこれと訴訟物たる請求権と相打ちにして請求棄却判決を導く意図で、訴訟上主張されるわけですから、このような抗弁を提出した被告については、可能な限り、反対債権を失わない独自の利益を有する。錯誤や消滅時効等他の抗弁によって請求棄却判決を得ることができるならば、反対債権を失わずに済むわけです。したがって、相殺の抗弁が提出されたときには、他の抗弁の成立が認められない場合にはじめて判断をすることが許されると解されており、しかも、むやみに反対債権を失わせないためにも、請求原因の審理をスキップすることは許されません。受働債権の存在を確定した上で、他の抗弁が排斥されたことを確認してから相殺の抗弁に対する判断が示されます。この意味で、相殺の抗弁は、並列的抗弁と対比する意味で、予備的抗弁と称されます。このように、相殺の抗弁の審理は、別個独立の訴訟物を取り込んで審判対象が拡大され、あたかも反訴が提起されたのと同じの実質を有することから、理由中の判断であっても既判力が付与されることが正当化されるのです。

【論点】証明の負担の軽減・立証困難緩和の法技術

1. 総論

証明責任とは、ある事実の存否が真偽不明の場合に、判決において、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生又は不発生が認められないこととなる、一方当事者の不利益をいう。

証明責任は、自己に有利な法律効果を主張する者が、それを基礎付ける適用法条の要件事実について負うのが原則である（法律要件分類説）。

しかし、立証の難易や事実の蓋然性の高さ等から、**当事者間の公平を図るために、証明責任の負担が緩和**される場合もある。

証明責任の転換：法律の規定によって当然に
法律上の推定：推定が生じた場合にのみ証明責任を転換(事実推定と権利推定)
（+暫定真実）
一応の推定：簡単に確信に達するというだけで、証明責任は転換されない。
事実上の推定：自由心証による事実認定の過程そのもの

2. 証明責任の転換

証明責任の負担が緩和される場合として、証明責任の転換がある。

証明責任の転換とは、通常の証明責任の分配とは別に、**法律の規定によって当然に、相手方に反対事実についての証明責任を負担させる**ことをいう。反対事実の証明責任を相手方に負担させることによって、一方当事者の証明の負担を軽減し、証明責任に関する当事者間の公平を図ろうとする法技術である。

具体例として、**民法 715 条 1 項ただし書**は、使用者責任について、被害者保護のために証明責任を転換し、被用者の選任・監督について相当の注意をしたこと、又は相当の注意をしても損害が生じたことを、使用者の側で証明しなければ責任を免れないとしている。

3. 法律上の推定

法律上の推定とは、法規を適用して、ある事実（前提事実）からその他の事実（推定事実）を推認すること、すなわち「甲なるときは乙なるものと推定する」ということを法律により定めることをいう。（**経験則が法規化 cf. 事実上の推定**：裁判官の自由心証主義の一作用として経験則を適用して行われるもの）

法律上の推定には、**事実推定**と**権利推定**の2つがある。**事実推定**とは、「甲事実あるときは乙事実あるものと推定する」として事実の存在を推定するものである（**民法 186 条 2 項**参照：前後同時点の占有の事実から占有継続の事実を推定）。これに対して、**権利推定**は、「甲事実あるときはA権利あるものと推定する」というように権利の存在を推定するものである（**同 188 条**参照：占有の事実から占有物の上に行使する権利を推定）。

このような推定が認められるのは、証明困難な事実や権利を直接証明する代わりに、比較的証明が容易な前提事実の証明で足りるとすることで、**挙証者の立証負担を軽減し、当事者間の公平を図るため**である。

法律上の推定によって、証明責任を負う当事者は、「推定事実」（乙事実）自体を証明してもよいが、それより証明が容易な「前提事実」（甲事実）の証明をもってこれに代えることができる（**証明主題の選択**）。

（前提事実たる甲事実が一応証明された場合）相手方当事者は、「**前提事実**」（甲事実）の証明を妨げ（**反証**）、あるいは「**推定事実**」（乙事実）の**不存在を証明（本証）**することにより、その推定を覆さなければならなくなる（**証明責任の転換**）。

3. 暫定真実

暫定真実とは、**要件事実の一つ（民法162条2項の「占有」）から他の要件事実（民法162条2項の「平穩、公然、善意」）を無条件に推定**することにより**証明責任を転換**するものであって、その規定の要件事実の不存在の証明責任を相手方に転換して証明の負担を軽減し、**当事者間の公平**を図る法技術である。

暫定真実は、**ただし書の形で規定するのと同様の機能を有する**。

例えば、民法162条1項の所有の意思、平穩、公然の要件は、**民法186条1項**により無条件に推定されるから、結局、「**20年間他人の物を占有した者はその所有権を取得する。ただし所有の意思をもって平穩に、かつ、公然と占有しなかつたときはこの限りでない**」と規定したのと同じに帰する。（**186条1項のために占有を証明しているわけではない**）

※ 推定の構造も、推定事実についての立証責任が相手方に転換される点でも法律上の推定と同じだが、**前提事実と推定事実が同一の法律効果の要件事実を構成している点に特徴**がある。すなわち、暫定事実は、要件事実の一つから他の要件事実を無条件に推定することにより証明責任を転換するものをいうのである。

4. 一応の推定 (表見証明)

民事訴訟における主要事実の証明は、間接事実や証拠の積み重ねによって行われるのが通常である。

しかし、利用される**経験則が高度の蓋然性を持つ**ために (定型的事象経過)、**前提事実の証明**をもって推定事実の心証が**一挙に証明度に近づき**、特段の事情がない限り、推定事実はあるものとして取り扱われる場合がある。このような事実上の推定を一応の推定という。例えば、医療過誤訴訟で、患者の腹腔内にメスが残されていた事実から、手術と損害の因果関係及び医師の過失を推認し得る場合がそれである。

この場合、相手方は推定事実の不存在を推定せしめる例外的事象経過を立証しなければ (間接反証)、推定事実は存在するものとして取り扱われることになる。この意味で、一応の推定は当事者にとって**立証困難な場合を救済**するものであり、**実質的当事者平等**を図る技術として有効である。

もっとも、疎明とは異なり、一応の推定における当該前提事実の証明の程度は、一般の証明と同じく裁判官が**確信に達することを要する**。※簡単に確信に達し得るとというのが一応の証明の話。証明責任の転換ではなく自由心証主義の枠内での評価ルール。

5. 意思推定

意思推定とは、ある法規が意思表示の内容を推定する法律行為の解釈規定である場合、その適用を争う当事者に証明責任が負わされるというものである。

たとえば、期限の利益についての民法 136 条 1 項がある。

6. 間接反証

間接反証とは、ある主要事実について証明責任を負う者がその主要事実を推認させるに十分な**間接事実を一応証明**した場合に、相手方が、その間接事実とは別個の、しかもこれと**両立し得る間接事実を本証の程度に立証**することによって、主要事実の推認を妨げる立証活動のことをいう。

例えば、認知の訴え (民法 787 条) では、①被告と原告の母が懐胎当時性交渉があったこと、②被告が原告出生後、原告の母に結婚を申し込んだこと、③原告と被告の血液型に矛盾がないこと等の事実 (間接事実) を証明することにより、生物学的な父子関係の存在 (主要事実) の蓋然性が推認されることになる (一応の証明)。この場合に、被告が、**原告の母が他の男性とも性交渉があったという特段の事情 (間接事実) を証明**することにより、主要事実の推認を妨げるのが間接反証である。

このように、間接反証理論は、間接事実についての証明の負担を両当事者のいずれかに分配して、証明困難な主要事実についての証明責任の公平な運用を図る機能を営む。

間接反証は、主要事実を真偽不明にすればよいという意味では**反証**であるが、**間接事実の存在については本証**である。

※本証：証明責任を負う当明者の立証活動

反証：証明責任を負わない当事者の立証活動

【論点】証拠収集手段

1. 種類

(1) 訴え提起前

- ① **予告通知制度** (132条の2~132条の9)
→特に予告通知者等照会 (132条の2)、証拠収集処分 (132条の4)
- ② **証拠保全** (234条以下)
→「その証拠を使用することが困難となる事情」＝一般的抽象的な改ざんのおそれ
- ③ **弁護士法上の照会** (弁護士法23条の2)

(2) 訴え提起後

- ② **証拠保全** (234条以下)
- ③ **弁護士法上の照会** (弁護士法23条の2)
- ④ **文書提出命令の申立** (219条後段)
- ⑤ **文書の送付嘱託** (226条)
- ⑥ **調査嘱託** (186条)
- ⑦ **当事者照会** (163条)

2. 特徴

- ②→保全の要件を満たせば**証拠調べが可能**。不服申し立てが出来ない(238条)。
保全の必要性の要件が厳しい。
- ③→手続が簡易。
強制力無し。本人訴訟では利用できない。
- ④→制裁あり (224条、225条)。
要件厳しい。
- ⑤→手続が簡易。
強制力無し。団体に対してしかできない。
- ⑥→手続が簡易。調査結果は、文書そのものが送付されるよりも第三者にとって理解がしやすい。
調査先が官庁等に限られている。強制力無し。
※調査嘱託は回答者の主観の入る余地のない客観的な資料提供に限られるべきとされる
∵回答者の公正さが制度の基礎にある
- ⑦→手続が簡易。
強制力無し。

証拠の偏在

弁論主義→訴訟資料の収集・提出を当事者の自由な処分権限に委ねたもの→自己に自由な処分権限がない相手方の下にある証拠は、相手方が任意に提出しない限り証拠調べの対象とできないのが原則である。

しかし、特に、大量生産・大量消費や不完全な高等技術に起因する公害訴訟、製造物責任訴訟、医療過誤訴訟などの現代型訴訟では、**重要な証拠は専ら加害者側の手にあり、しかも加害者と被害者との関係が一方的である場合が少なくない(証拠の構造的偏在)**。→十分な立証をなし得ず、証明責任法理から敗訴。→不公平

そこで、かかる証拠の構造的偏在に対応し、証拠をめぐる当事者の訴訟追行上の地位の**実質的な平等関係を維持・回復する必要がある**。

この点、証拠との距離、立証の難易、経験則の蓋然性等により、個別に証明責任の配分を検討することでこれに対応しようとする考え方もある。しかし、基準としての明確性を重視すれば、証明責任は、一定の法律効果を主張する者がその効果の発生を基礎付ける適用法条の要件事実につき負うと解すべきである(法律要件分類説)。

証拠の偏在に対しては、**文書提出命令(223条)等の法制度上の対策**に加え、法律要件分類説を前提としつつも、①間接反証理論や、②自由心証の領域内での証明妨害法理、表見証明、確率的心証、割合的認定等、さらに、③**証拠保全制度**

の証拠開示的運用や④模索的証明、により対処すべきと考える。

<対策について>

①文書送付嘱託の申立て(226条)

↓しかし、提出義務なし。実効性が低い。

②文書提出命令(223条)の申立て(219条後段)

221条1項の事項を明らかにする。しかし、証拠の構造的偏在を解消するべく、222条1項前段。

そうだとすると、提出義務必要→一般義務化(220条4号参照)

↓しかし、訴訟係属後のみ可能 これでは遅い場合もある。

③証拠保全制度の証拠開示的運用

確かに、証拠保全制度は、本来は証拠保全のための手続であり、証拠開示を目的とするものではない。

しかし、いったん証拠保全がなされると、申立人はその内容を知ることができるから、証拠保全は相手方支配領域内の証拠の事前開示機能をも営む。そこで、証拠の構造的偏在を解消するため、本来の証拠保全機能を超えて、証拠開示を主目的とする証拠保全申立てがなされている。これは、特に証拠の偏在が問題となる場合の当事者間の平等回復手段として有効であるから、積極的に認めていくべきと考える。

<文書提出命令について>

1 ～書は、民訴法 220 条 1 号から 3 号の文書に当たらないので、A としては、同条 4 号の文書に当たるとして、文書提出命令を申し立てることになる。本件では、同号の規定する文書提出義務の除外事由のうち、～書が、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」(同号二)に該当しないかが問題となる。

(1) このような文書の提出義務が解除されている理由は、およそ外部の者に開示することを予定していない文書にまで一般的提出義務を課すとすれば、提出命令を想定して作成することを余儀なくされ、自由な意思形成活動を不当に妨げることになるなど、文書所持者に不当な不利益を与えるおそれが高いからである。そうであるならば、かかる文書に該当するためには、①専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であること、②開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあること、③該当性を否定する特段の事情がないことのいずれも満たすことが必要であると解するのが相当である。

(2) 当てはめ

ex1. 契約

契約書は相手方との契約内容や契約締結の事実を客観的に明らかにするものである(契約の相手方の存在がある)→

①の要件を満たさない。同号二の文書に該当せず、文書提出義務は解除されない。⇒2へ進む

ex2. 稟議書

本件稟議書は、P 内部において、融資案件についての意思形成を円滑、適切に行うために作成される文書であって、法令によってその作成が義務付けられたものでもなく、融資の是非の審査にあたって作成されるという文書の性質上、P 内の自由な意見が記載されることが予定されているものである。したがって、①～文書であって、②開示されると P における自由な意見の表明に支障を来し、P の自由な意思形成が阻害されるなど看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる。③については分かれることがある。

・特段の事情を認めなかった例(最決平 12. 12. 14)

→ ③の要件を満たす。同号この文書に該当し、文書提出義務が解除されることになるから、文書提出命令の申立ては認められない。

・特段の事情を認めた例(最決平 13. 12. 7)

P が既に経営破たんして清算中であるから、将来においても、貸付業務等を自ら行うことはない。その事業の全部を譲り受けた会社は、債務処理会社であって、債権等の回収にあたっての自由な意見の表明に支障を来しその自由な意思形成が阻害されるおそれがあるものと考えられない。

→ ③の要件を満たさない。同号二の文書に該当せず、文書提出義務は解除されない。⇒2へ進む。

2 また、同号の文書であることを原因とする文書提出命令の申立ては、書証の申出を文書提出命令の申立てによってする必要のある場合でなければすることができない(221条2項)。

当てはめ：提出するよう求めたにもかかわらず、拒否された場合なら、必要性が認められる。

3 さらに、証拠調べの必要性(181条1項)にも一言。

「職業の秘密」(220条4号ハ、197条1項3号)

「職業の秘密」とは、①主観的に秘密扱いしているというだけでは足りず、客観的に見てその事項が公開されると当該職業に深刻な影響を与え、以後その遂行が困難になるものを指すと解される。

もっとも、ある事項が「職業の秘密」に属するとしても、そのことから無条件に文書提出義務が免除されるわけではなく、そのうち、②保護に値する秘密に対してのみ同義務の免除が認められ、保護に値するか否かは秘密の公表によって生ずる不利益と、文書提出の拒絶によって犠牲になる利益との比較衡量により、具体的事案に応じて決せられると解すべきである。

【論点】二段の推定

1. 私文書の場合、**228条4項**により、本人又は代理人の署名又は押印があれば、**文書の成立の真正が推定**されることになる。

まずここで、この**推定の法的性質**をいかに考えるべきかが問題となるが、同項は**法定証拠法則を定めたものであり、事実上の推定に過ぎない**と解される(法定証拠法則説)。なぜなら、仮にこれを法律上の推定と捉え、証明責任の転換をもたらすとすれば、裁判所の自由心証(247条)に対する過度の制約になりかねないからである。

したがって、挙証者の相手方としては、事実上の推定を破るため、裁判所にこれについての合理的な疑いを抱かせる程度の証明をすることにより、文書の成立の真正を否定することができる。

2. 次に、228条4項の「署名又は押印」は、**本人又は代理人の意思に基づくものである必要**がある。

もっとも、押印の場合、文書に押捺された**印影が本人又は代理人の印鑑によるものであるならば、それが意思に基づく押印であることが事実上推定**されると解される。なぜなら、**本人の印鑑を他人が勝手に使用することは、通常はあり得ないという経験則が認められる**からである。

以上により、挙証者としては、本来は文書の成立の真正を立証する必要があるが、押印のある文書である場合には、その印影が本人又は代理人の印鑑によるものであることさえ立証すれば、それが意思に基づくものであると事実上推定され(一段目の推定)、それにより、228条4項が適用されて文書全体の成立の真正という事実が法律上推定されることになる(二段目の推定)。

<形式的証拠力> **Yが当該文書を作成した。**(成立の真正)

: 文書が作成者の意思に基づいて作成されたこと

↑ **228条4項で推定** (たとえば、白紙に署名押印したことなど、当該文書を作成する意思がなかったことを立証し、Yが作成したことにつき真偽不明にすれば、推定は覆る)

当該文書のY名義の署名または押印は、Yがした。

↑ **事実上の推定** (Yの印鑑が押されていれば、通常Yが押したものと考えられることから、事実上推定できる。印鑑の盗難や他の目的で印鑑を交付したところ悪用したことなどを立証し、Yが押印したことにつき真偽不明にすれば推定は覆る)

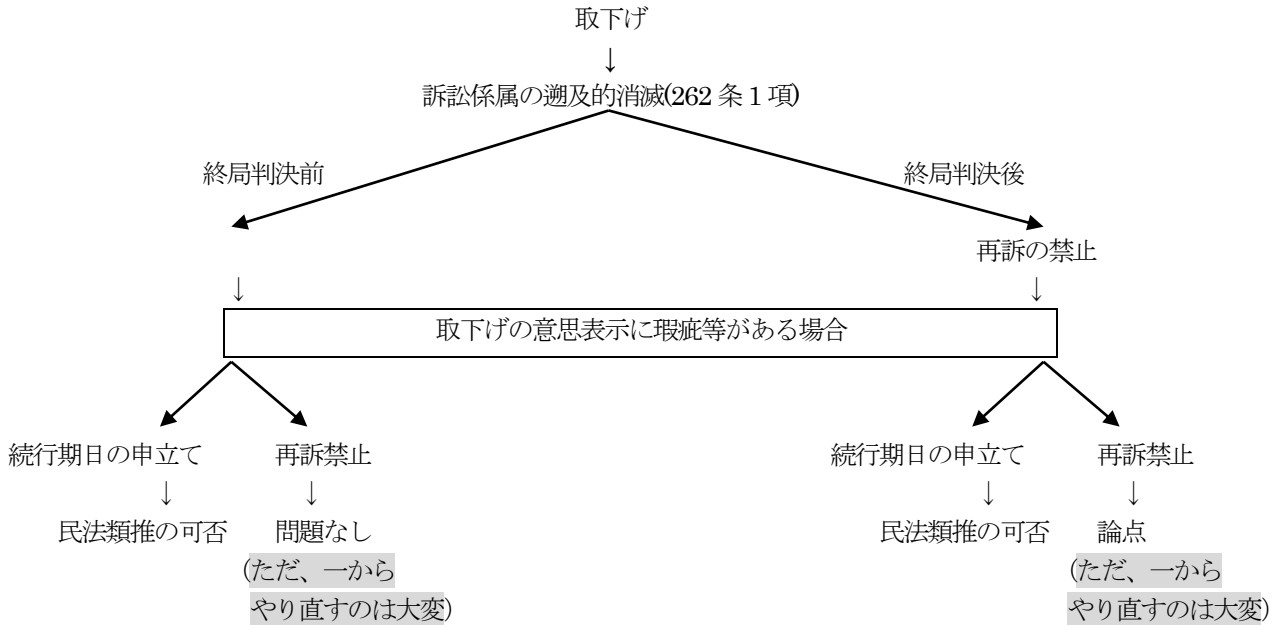
当該文書のY名義の印影は、Yの印鑑によるものである。

【論点】証拠申出の撤回の可否

1. 証拠調べ開始前→可能 ∵ 弁論主義
2. 証拠調べ開始後→相手方の同意必要 ∵ 既得の地位保障

3. 証拠調べ終了後→不可 ∵すでに心証形成している

第3章 訴訟の終了
 第2 当事者の意思による終了
 訴えの取下げの効果



【論点】再訴の禁止(262条2項)・「同一の訴え」(262条2項の意義)

訴えの取下げとは、訴えによる審判の申立てを撤回する旨の、裁判所に対する原告の意思表示である。

訴えが取り下げられると、①訴訟係属が遡及的に消滅して(262条1項)、訴訟は終了し、原則として一切の訴訟行為やその効果は消滅する。また、②本案の終局判決があった後に訴えを取り下げたときは、「同一の訴え」を再度提起することはできなくなる(同2項)。

それでは、ここにいる「同一の訴え」とはいかなる訴えを指すのであろうか。

思うに、再訴禁止の趣旨は、(終局判決を得た後に訴えを取り下げ、裁判を徒労に帰せしめたことに対して制裁を科し、同一紛争を蒸し返して訴訟制度をもてあそぶような事態を防止するとともに、自己に都合の悪い判決を失効させるために訴えを取り下げながら)後訴を提起することで訴権の濫用を防止することにある。

とすれば、訴権の濫用とはいえない場合、すなわち、新たな利益が生じている場合にまで再訴を禁止するものではない。そこで、再訴が禁止される「同一の訴え」とは、①当事者及び②訴訟物を同じくするばかりでなく、③訴えの利益についても事情を同じくする訴えをいうと解する(判例に結論同旨)。(ex 取下げに錯誤があった場合はOK)

したがって、原告に再訴を正当ならしめる利益がある場合には、終局判決後に訴えの取下げがなされた場合でも、原告が、当事者及び訴訟物が同一である訴えを再度提起することも許される。

備考：取下げ濫用制裁説からすると、再訴禁止ではなく取下げ自体を禁止すべきとの思考に傾くのに対し、再訴濫用防止説からすると、取下げ自体を制裁の対象とみることは相当ではなく、まさに無益な再訴を禁止する立法態度が正しいという思考に連なる(前掲・講義案242頁注1)。

【論点】訴えの取下げと意思表示の瑕疵(否定説判例)

訴えの取下げの意思表示に瑕疵がある場合、原告は、私法上の意思表示の規定により、その無効・取消しを主張し得るだろうか。

訴えの取下げは訴訟終了という訴訟上の効果を生ずる訴訟行為であるから、手続の安定が強く要請される。(訴えの取下げは訴訟行為であるから、私法行為を規律する民法の規定を直接適用することはできない。)

したがって、その無効・取消しの主張は原則として許すべきではないと解する。

もっとも、再審事由があるような場合には既判力ある判決に対して認められる程度の救済は認められるべきである(再審事由の訴訟内顧慮の一場面：自白の撤回も参照)。そこで、詐欺・脅迫など刑事上罰すべき他人の行為により取下げが

なされたときに限って、法 338 条 1 項 5 号の法意に照らし、訴えの取下げは無効になると解する。

【論点】 取下げの要件

紛争解決基準が示されない＝紛争の実体的解決がなされない。

→ ①職権探知主義が妥当する事件でも認められる(限定がない)。

→ ②訴訟要件の具備不要

→ 被告の請求棄却判決を得る利益を保護する必要があることから、③一定の場合には被告の同意が必要となる(261 条 2 項本文)。

注意：261 条 2 項本文「本案について」準備書面を「提出」

→ 訴え却下を求める準備書面だけなら同意不要。

→ 提出さえあれば弁論で陳述しなくてもいい。

◀旧試▶

『甲は、乙を被告として、A 土地について所有権に基づく明渡しの訴えを提起し、勝訴判決を得た。その後、この訴訟が控訴審に係属中に、乙から、A 土地と B 土地とを交換してほしいとの申込みを受け、甲は、これを承諾した上、その旨の訴訟外の和解に応じた。そこで、甲は、この訴えを取り下げた。

ところが、乙から B 土地として示されていた土地は C 土地であって、実際の B 土地は利用に耐えない土地であることが判明した。

そこで、甲は、乙に対し、A 土地の明渡しを請求したい。どのような法的手段が考えられるか。』

1 甲が乙に対して A 土地の明渡しを請求する法的手段としては、①裁判所に対して続行期日の指定を申し立てて同一手続を利用する手段と、②再度乙に対して訴えを提起して別手続を利用する手段が考えられる。*まず考えるべきは控訴審に係属していた訴訟を復活させることです。甲は、第一審で勝訴判決を得ていたわけですので、甲にとって有利な訴訟状態を再び利用することを考えるべきでしょう。

2 ①同一手続を利用する続行期日の申立てについて

甲は、錯誤無効・詐欺取消し(民法 95 条、96 条 1 項)による訴訟外和解における意思表示の瑕疵を主張し、訴えの取下げ行為の瑕疵とみることによって、控訴審に対し期日指定申立てをすることができるか。

否定説

原則として許すべきではないと解する。

もっとも、再審事由があるような場合には既判力ある判決に対して認められる程度の救済は認められるべきである(再審事由の訴訟ない顧慮の一場面：自白の撤回も参照)。そこで、詐欺・脅迫など刑事上罰すべき他人の行為により取下げがなされたときに限って、法 338 条 1 項 5 号の法意に照らし、訴えの取下げは無効になると解する。

∴ 訴訟行為は手続安定の要請が働く

・いったん提起した訴えの取下げは重大な意義をもつことから、書面又は期日における行為として慎重になされる必要がある(民訴法 261 条 3 項)、そのような規律の下に取り下げた以上、取下げの撤回が軽々になされるべきではない。

肯定説

再審事由が存在する場合には限らずに、民法規定の類推適用を肯定

∴ 訴えの取下げ後は訴訟行為が堆積することはなく、その撤回・無効主張を認めても手続の安定が害されるわけではない。

・民法の意思表示規定は、取引の相手方によって生じた利益を失わせることが正当化されるための要件設定をして利害調整を図るものであるところ、ここでは取下げ行為によって生じた被告の信頼をいかなる場合に破ってよいかの利害調整の問題であるとすれば、まさに取引行為と同一の問題状況にあるとあってよい

3 ②別手続を利用する再訴提起について

(1) 別手続を利用するために、甲は再度乙に対して所有権に基づく A 土地の明渡しの訴えを提起できるか。前訴は控訴審に係属し、終局判決後と認められるので、再訴が「同一の訴え」(262 条 2 項)として禁止されないかが問題となる。

思うに、262 条 2 項の趣旨は、安易な訴えの取下げと訴権濫用を防止に求められる。とすれば、同条項は、再訴をする新たな利益や必要性が生じている場合にまで再訴を禁じるものではない。

そこで、262条2項の「同一の訴え」とは、①当事者及び訴訟物の同一である場合に加え、②訴えの利益の同一である場合をいうと解する（判例に同旨）。

(3) 本問では、再訴において甲乙間で所有権に基づくA土地の明渡請求権が訴訟物となるから、①当事者及び訴訟物の同一性は認められる。しかし、甲は錯誤に陥った結果取り下げたのであり、安易に取り下げたわけではない。そして、実際のB土地は利用に耐えない土地なのだから、②訴えの利益についての事情は同一ではないと認められる。

よって、甲の再訴は、262条2項の「同一の訴え」には当たらない。

(4) したがって、甲は、乙に対して再訴を提起することによりA土地の明渡請求をすることができる。

*再訴提起の必要性は、**訴えの利益としての訴訟要件**として理解されます。訴えの利益の判断については、本案と密接な関連性を有することから、その判断資料の収集については**弁論主義**が妥当する。

4 なお、本問の甲は第一審で勝訴判決を得ており、控訴審でも有利に訴訟進行していたならば、同一手続を利用する手段が有利と考えられる。しかし、このことは甲の再訴を禁止するものではなく、結局、甲は①同一手続を利用する手段と②別訴手続を利用する手段を**選択的に行使できる**。

【論点】 放棄・認諾・和解と訴訟要件の具備

1. 和解

訴訟要件の具備は不要である。なぜなら、起訴前の和解(275条)が認められているし、本案判決の代用物たる請求の放棄・認諾と比べて自主的紛争処理の程度が高いからである。

2. 放棄・認諾

訴訟要件の具備は必要であると解すべきである。なぜなら、請求の放棄・認諾は本案判決の代用物であるし、調書には既判力も認められる以上、本案判決の場合と平行に考えるべきだからである。

【論点】 放棄・認諾・和解調書の既判力

請求の放棄・認諾の効果

請求の放棄・認諾は調書に記載されると「確定判決と同一の効力」が生じる（267条）。これにより、訴訟は終了し、執行力・形成力を生じる。それでは、放棄・認諾調書に既判力（114条1項）は認められるだろうか。

この点、「確定判決と同一の効力を有する」（267条）との文言を重視して、これを肯定する見解もある。

しかし、放棄・認諾は当事者の意思表示による自主的な紛争解決を尊重し、これに判決による解決と同等の効力を与えようとするものである。しかも、放棄・認諾は、その成立過程に裁判所が十分関与した上でなされるわけではない。にもかかわらず、既判力のような強力な効力を認めると、その後意思表示に瑕疵があることが判明した場合にも、再審事由（338条1項各号）に当たらない限りその無効・取消しを認め得ないことになり、放棄・認諾者に著しく酷な結果となる。

よって、放棄・認諾調書には既判力は認められないと解する。

そこで、放棄・認諾がその要件を欠き、また、意思表示の瑕疵がある場合には、放棄・認諾をした者は、その無効・取消しを主張し、口頭弁論の期日指定を申し立てて、手続の続行を求め得る。

この点について、判例は、放棄・認諾調書の既判力を肯定しつつ、放棄・認諾の意思表示に瑕疵がある場合には、放棄・認諾は無効であり既判力は生じないとする。

しかし、既判力を認めながら、再訴手続以外で無効の主張を認めるのは背理である。

（否定説の場合）

そもそも、～論パ133～。

（肯定説の場合）

したがって、紛争解決の実効性確保の要請および267条の文言を理由に放棄・認諾調書には既判力が認められると解する以上、意思表示の瑕疵に基づく放棄・認諾の無効・取消しの主張は、確定判決に対する再審事由（338条）に相当する事由がある場合に限って認められると解するのが相当である。

訴訟上の和解の効果

事例：XはYよりA土地の譲渡を受けたが、引き渡そうとしないので、所有権に基づくA土地の引渡請求訴訟を提起した。

Y所有のB土地とA土地を交換するとの訴訟上の和解が成立し、訴訟が終了した。ところが、B土地には建築制限があるため、Xの目的が果たせないことが判明した。Xはいかなる主張をなし得るか。

*放棄、認諾、和解⇒民法の類推の可否も問題となるが、既判力が生じるかがメインになるため、民法のはなしは書かずに、既判力の有無の問題を論じる。

(1) Xとしては、和解が錯誤により無効であることを主張することが考えられるが、かかる主張が認められるか。和解調書の既判力の存否、すなわち「確定判決と同一の効力」に既判力（114条1項）も含まれかと関係して問題となる。

この点、判例は、放棄・認諾調書の既判力を肯定しつつ、放棄・認諾の意思表示に瑕疵がある場合には、放棄・認諾は無効であり既判力は生じないとする。

しかし、既判力を認めながら、再訴手続以外で無効の主張を認めるのは背理である。

そもそも、和解は当事者の自主的紛争解決手段であって、裁判所の関与は形式的な審査にとどまることが多く、既判力のような強い拘束力を認めるべきではない。また、和解調書には判決の主文に相当するものがなく、その客観的範囲が不明確である。

したがって、「確定判決と同一の効力」に既判力は含まれず、和解調書に既判力は認められないと解する。そして、和解の意思表示に瑕疵がある場合にはその無効を主張することができると解する。

(2) では、無効主張が可能であるとして、Xはいかなる方法によるべきか。無効主張の方法としては、①期日指定の申立てをして旧訴手続を再開する方法と、②和解無効確認の訴え・請求異議の訴えなどの別訴提起による方法が考えられるが、いずれによるべきであろうか。

①⇒旧訴の裁判資料や手続を利用でき、訴訟経済に資する。

②⇒控訴審で放棄・認諾・和解があった場合に、審級の利益が確保できる。

そこで、当事者の便宜に鑑み、当事者は任意に選択できると解すべきである。

【論点】 和解の解除

(前提として、和解調書の効力を簡単に論じた上で、債務不履行の事実は和解以後に生じたものだから、和解調書の既判力に抵触しないことを述べる)

では、裁判上の和解の内容に不履行があった場合、解除を主張する当事者はこれをいかにして争うべきか。解除請求の審理が開始された場合に旧訴訟手続が復活するかが問題となる。*復活すれば別訴提起は二重起訴。

思うに、契約の解除は和解成立後の新たな事由に基づく権利変動であり、旧訴と別個の争いというべきである。一訴訟資料を利用すべき便宜は、当事者のみならず裁判所にもないといえる。

したがって、この場合は、新訴提起によって争うべきである。解除請求の審理が開始されても、旧訴が復活するわけではないと解する。

第3 終局判決による終了

【制度】既判力

既判力 (114条1項) とは、確定判決の判断内容の後訴での通用力ないし拘束力をいう。

制度的必要性 : 法的安定性確保(紛争の終局的解決)

⇒ 既判力は、当事者の攻撃防御が尽くされた結果に対してなされた裁判所の判断内容に終局性を与え、同一紛争の蒸し返しを許さないことによって、法的安定と紛争解決を与えようとするもので、訴訟制度に内在する必要的要請に基づく不可欠の制度的効力である。

正当化根拠 : 手続保障の充足に基づく自己責任

⇒ 既判力を有することとなる裁判は、当事者の攻撃防御が尽くされた結果に対してなされた裁判所の判断であって、それが形成される審理においては、当事者には弁論をし訴訟を進行する地位と機会が付与される。処分権主義・弁論主義を採用する訴訟構造の下においては、当事者が請求の定立及び訴訟資料の提出について権限と責任を負っていることからすると、そのような訴訟資料を基礎に形成された裁判所の判断に対しては、当事者にも責任があるということが出来る。当事者が既判力に拘束されるのは、このような手続保障と自己責任の観点に求めることができる。

思考過程(私見)

①作用する場面3つ(それぞれ具体例も一緒に)

i 訴訟物が同一、ii 先決問題、iii 矛盾関係

↓

②作用する範囲

時的範囲、客観的範囲、主観的範囲

↓

③作用の具体的内容(再訴すること自体が不合法となるわけではない！)

i 積極的作用 : 裁判所は既判力で確定された判断に拘束され、これを前提として後訴の審判をしなければならないという

↓ 作用

ii 消極的作用 : 既判力の生じた判断を争うことを許さず、それを争う当事者の申立てや主張・抗弁を排斥するという作用

訴訟判決について

訴え却下の訴訟判決が確定した場合、既判力(114条1項)が生じるか。

そもそも、既判力は、裁判所の判断内容に終局性を与えることで紛争の蒸し返しを防止し、もって法的安定性を確保するものである。そして、訴訟判決にも既判力を認めないと、同一の訴訟要件の存否についての紛争が蒸し返されるおそれがある点では異ならない。

また、114条1項の文言は、「確定判決」とするのみで本案判決に限定していない。

そこで、前訴の却下事由となった訴訟要件欠缺による訴え不合法の判断につき既判力が生じると考える。

↓

却下事由は理由中の判断にとどまらず、主文と一体となって訴訟判決の既判力が生じる対象を確定する。その結果、却下の理由とされた訴訟要件さえ補正していけば再訴が可能となる。

また、他の訴訟要件や訴訟物は全く関係なし！

ex. 債権者代位訴訟において当事者適格の欠缺を理由に却下された場合、当事者適格を基礎づける被保全債権が存在しない旨の判断には既判力は及ばない。当事者適格を欠き不合法という判断についてのみ既判力が及ぶ。被保全債権の不存在は、当事者適格の評価障害事由にすぎない。

<作用の具体例>

『原告を甲、被告を乙とする土地所有権確認請求訴訟をA訴訟とし、乙から甲に対する同一土地の所有権確認の訴えをBの訴えとするとき、A訴訟につき甲の請求を認容する判決が確定した後に起こされたBの訴えは、適法か。』

⇒前訴判決が確定した場合、その主文に包含するものに限り既判力が生じるとされるところ(民訴法114条1項)、この

規定の意義については、伝統的に訴訟物判断を意味し、これに既判力が生じると解されています。

また、既判力は口頭弁論終結時点における権利関係の存否を判断するにすぎないとの時的限界を伴うものですから、これを考慮した論理の組立が必要になります。

また、既判力の作用に関しては、再度の審判を禁止すべく既判事項を不適法として排斥する作用と理解する一事不再型説と後訴裁判所に対して矛盾判断することを禁止する作用と理解する拘束力説とがありますので、そのいずれに依拠するかによっても設問に対する解答のあり方が異なります。

A 訴訟と B 訴訟とでは訴訟物が同一であるとの理解に立ち、既判力の作用について一事不再理説に立つならば、前訴判決の基準時後の新事由が存在しない場合には、B の訴えは不適法として却下されることになります。基準時後の新事由(例えば、基準時後に乙が甲から買ったことなど)が存在するときは、その当否を審判します。

これに対し、拘束説に立つならば、基準時前の事由に関する主張は前訴判決の既判力に抵触するものとしてまずこれを排斥し、次いで基準時後の新事由がないときには請求棄却判決をし、新事由があるときにはその審理をして結論的当否を決定します。したがって、拘束力説に立つときには、設問にあるような「適法・不適法」の問題を生じないこととなります。

AB 訴訟における訴訟物が異なるとの理解に立つならば、矛盾関係において既判力が及ぶかどうかを検討した上で、時的限界の理解と既判力の作用についての議論を踏まえて結論を示すことが必要です。

【論点】 形成判決・訴訟判決の既判力

1. 形成判決

この点、形成判決とともに形成権は消滅し、既判力を生じる余地が無いとも考えられる。しかし、判決が適法になされていないことを理出とした不法行為に基づく損害賠償請求を封じるためには、形成力を発生させるだけでは足りない。

したがって、形成判決にも既判力を発生させるべきである。

2. 訴訟判決

この点、実体法上の権利関係の判断がないから、既判力は認められないとも思われる。

しかし、既判力発生基礎となる手続保障はなされているし、繰り返しによる訴訟不経済を防ぐ必要がある。したがって、訴訟判決にも既判力が発生すると考える。この場合、既判力は個々の訴訟要件ごとに生じる。

【論点】 瑕疵ある判決と判決の無効

裁判官によって言い渡された判決について、たとえ違法な事由があっても、当然に無効とはならないのが原則である。これは、後日の無効主張によって法的安定性が揺るがされることを防ぐ必要があるからである。また、自己拘束力により、裁判所も自由に判決は変更できないともいえる。

以上から、例外的に無効とされる判決は、死者に対する判決、当事者適格欠く者になされた対世効ある判決等に限られるべきである。

したがって、判決の取消は、原則として上訴、再審の訴えによることになる。

【論点】 既判力の時的限界・形成権の行使

1. 既判力の時的限界

そもそも、既判力の正当化根拠は、手続保障の充足に基づく自己責任にあるところ、訴訟当事者は、事実審の口頭弁論終結時まで訴訟資料を提出ことができ、裁判所もそれまでに提出された訴訟資料に基づいて終局判決を言い渡す。そうである以上、その時点までは手続保障が充足されていることになる。

したがって、既判力の基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解する(民事執行法 35 条 2 項参照)。

↓

第1審で確定した場合：第1審の口頭弁論終結時
控訴審で確定した場合：控訴審の口頭弁論終結時
上告審で確定した場合：控訴審の口頭弁論終結時(なぜなら、上告審は法律審だから。)

↓

既判力が基準時における権利関係の存否を確定することから、当事者は、後訴で確定された権利関係の存否を争うために、前訴の基準時前に存した事由を提出することは原則として許されず、裁判所は、当事者がそのような事由を提出しても排斥しなければならない(遮断効)。※消極的作用によって生じる

2. 形成権の行使

(1) 総論

形成権者の実体法上の地位と既判力の遮断効による法的安定の要請のいずれを優先させるか、あるいは調和点をどこに見出すかという解釈問題である。(=前訴判決によって解決済みといえるかどうか、既判力による遮断を肯定することが権利者に過酷にならないかどうか。)

↓

判例の区別基準：前訴訟物に内在・付着する瑕疵といえるか否か。

(2) 取消権(解除権)

前訴基準時前にすでに発生していた取消権を、基準時後に初めて行使し権利関係が変動したことを理由とする後訴は前訴既判力により遮断されないか(「口頭弁論の終結後に生じたもの」(民執35条2項)に該当するかが問題となる)。

そもそも、取消権は、前訴の訴訟物たる権利の発生障害事由であるから、当該請求権自体に内在付着する瑕疵に関する権利である。そうである以上、前訴で取消権を行使することが期待されるものといえる(前訴で行使することが要請される)。

(実質的にみてもこのように解するのが、取り消し得る瑕疵よりも重大な瑕疵である無効が遮断される(意思表示によって効果が発生するものではないため、問題なく基準時前の事情となるから)こととの均衡上も妥当である。)

よって、取消権の行使は、既判力により遮断されると解する。

これに対しては、無効と取消は瑕疵の重大さにより区別されているのではなく、法律行為の失効につき、表意者の意思にかからしめるか否かという立法政策によるものにすぎないとの反論がある。しかし、瑕疵の重大さにより区別されていないという前提にたつのであれば、なおさら無効の場合と同様に遮断されると扱うのが相当である。

また、民法126条が取消権の時効もしくは除斥期間を定めていることから、取消権行使は遮断されないと解すべきであるとの反論がある。しかし、この期間制限は、この期間を過ぎれば取消権行使はできないということの意味するにとどまるはずである。それを超えて、この期間内は権利行使が当然に保障されているとまで強く捉えるべきものではない。少なくとも、相手方が訴訟を提起して決着を求めてきたときまでも権利行使が保障されていると見るのは妥当ではない。なぜなら、訴訟が提起されたときには、特段の事情がない限り、被告もその訴訟の中で取消事由をも含めて決着をつけるべきであり、それを被告要求しても不当とはいえないからである。

さらに、既判力をもって確定されるのは、取消しによって消滅する可能性を内包した請求自体であるとの反論がある。しかし、このように解するとどんな場合でも請求異議が認められることになりかねない。

(3) 相殺権

前訴基準時前に成立していた相殺権を、後訴において初めて行使して前訴判決内容を争うことができるか。相殺権の行使が前訴既判力により遮断されないか(114条1項)が問題となる。

思うに、相殺に供される自働債権は、請求債権たる受働債権とは全く別個の債権であり、前訴請求権自体に内在付着する瑕疵に関する権利ではない。また、相殺は請求債権の存在を認めながら、自己の債権と対当額で消滅させるものであって、出捐を伴う点で実質敗訴にほかならず、被告に前訴で行使することを要請するのは過酷である。

したがって、相殺権の行使は、前訴既判力により遮断されず、基準時後に行使して前訴判決の内容を争うことは可能であると解すべきである(判例に結論同旨)。

cf. 相殺権も建物買取請求権も行使しようと思えば行使できたのであるから、手続保障が充足されていなかったとは

いえない。ここで問題となっているのは、前訴で行使すべきであったか、行使することを要請してよいか、遮断することが権利者に過酷な結果とならないかの問題である。

- cf. 判旨が、「相殺は当事者双方の債務が相殺適状に達したときにおいて当然その効力を生ずるものではなくて、その一方が相手方に対し相殺の意思表示をすることによってその効力が生ずるものである」ことを根拠として相殺権行使の効果が請求異議事由となることを肯定している。これは相殺権が形成権であると指摘するにすぎず、この理由付けでは取消権事例との相違点を見出すことは困難であろう(前掲・講義案 275 頁注 4)。

(4) 建物買取請求権

賃貸借契約の終了に基づく土地明渡請求訴訟で敗訴した土地賃借人が、請求異議訴訟(民事執行法 35 条)で建物買取請求権(借地借家法 13 条)を行使して、建物収去土地明渡しの強制執行を止めることができるか。建物買取請求権の行使が、前訴既判力(法 114 条 1 項)により遮断されないかが問題となる。

この点、建物買取請求権も建物収去請求に対する防御方法にすぎないことを重視して、その行使は前訴既判力により遮断されるという見解もある。

しかし、建物買取請求権は、建物収去土地明渡請求権に**内在する瑕疵に基づく権利ではなく、建物の社会的効用の維持という別個の制度趣旨に基づく独立した権利**である。とすれば、後訴での行使を認めることが制度趣旨に沿い、妥当である。また、建物買取請求権は、土地明渡請求を認めた上で行使するものであるから、**実質敗訴**を前提とする形成権である。とすれば、被告に**前訴で行使することを要請するのは過酷**。

したがって、建物買取請求権の行使は、前訴既判力により遮断されず、後にこれを主張して強制執行を止めることができる(判例に結論同旨)。

+

建物買取請求権行使が遮断されず、民執 35 条 2 項の異議事由に該当する場合、裁判所はどのような判決をすべきか(執行力の範囲が変更されるのか)。

建物買取請求権の行使の結果を異議事由にできるとすると、土地賃借人(Y)の建物買取請求権の行使の結果、建物の所有権は土地賃借人(X)へ移転することから、Y は建物収去義務を負わない。そうすると、建物収去土地明渡しの債務名義は全面的に失効するとも考えられる。

しかし、X に建物の所有権が移転する以上(or 建物買取請求権の行使は当事者間に売買契約が成立したのと同一の効果を生じさせるから、X は建物の引渡請求権を有することになる。したがって)、Y に対する建物退去土地明渡請求が可能となるころ、建物退去による土地明渡しは建物収去土地明渡請求の質の一部と解することができる。(cf. 異論はあるだろうが、退去しないと収去できない以上、退去は収去の中に包含されているとも考えられる。)

また、本件債務名義の効力を全面的に排除すると、X は再度訴えを提起しなければならないという著しい負担を負い、不当である。(紛争の一回的解決を期待した当事者の意思にも反する。)

そこで、本件債務名義は、建物退去土地明渡を求め限度で有効であり、建物収去部分の一部の執行力が排除されるにとどまると考えるべきである。したがって、裁判所としては、Y の請求の一部認容として「建物収去土地明渡しを命ずる債務名義に基づく強制執行は、建物退去土地明渡しの限度を超えては許されない」旨の判決をすべきである。

【論点】既判力の客観的範囲

既判力は、判決主文で示された**訴訟物たる権利関係の存否**についての判断についてのみ生じ、判決理由中でなされる前提問題たる権利関係についての判断には生じないのが原則である(114 条 1 項)。

なぜなら、①当事者間の**紛争の処理**としては、現に当事者が判決による処理を求めた、訴訟物たる権利関係についての判断である主文の記載に既判力を認めれば**足りる**からである。また、②訴訟物たる権利関係については、**両当事者が攻撃防御方法を集中**するから、その点に既判力を認めても不意打ちとならず、手続保障の充足によって**自己責任を問**い得るからである。さらに、③裁判所は、**攻撃防御方法について、当事者の申立順序や実体法上の論理的な順序に拘束されずに容易なものから審理**し得ることになるというように、**審理の簡易化・弾力化**にも資するからである。

【論点】相殺の抗弁と既判力

相殺の抗弁についての判断には、判決理由中の判断であるにもかかわらず、例外的に既判力が生じる(114 条 2 項)。

相殺の抗弁についての判断に既判力を認めるのは、相殺の抗弁が請求債権とその発生原因において無関係な反対債権を対当額で消滅させる効果を主張するものであるため、その判断について既判力を認めないと、**請求債権についての紛争が反対債権の存否の紛争として蒸し返され、判決による紛争解決の実効性が失われる**ことから、それを防止し、**一挙にこの点を解決する趣旨**である。

それでは、反対債権の存在を認めた上で、相殺の抗弁を認容して原告の請求を棄却した場合には、どの範囲で既判力を生じるのだろうか。

この点、請求債権と反対債権とがともに存在し、かつ相殺によって消滅したことについて既判力が生じるという見解もある。この見解は、このように解さないと、①**反対債権が初めから存在していなかったことを理由とする原告による不当利得返還請求**や、②**請求債権が別の理由で不存在であったことを理由とする被告による不当利得返還請求等**が封じられないとする。

しかし、既判力は基準時における権利関係を確定するものであるところ、請求債権、反対債権の存在は**基準時前の事由**である。また、反対債権の不存在についてのみ既判力を認めれば、紛争の蒸し返しは防止できる。すなわち、①**原告の不当利得返還請求等は請求債権の存在を先決問題とするから、前訴の請求棄却判決の既判力で封じられる(114条1項)**。また、②**被告の不当利得返還請求等は反対債権の存在を先決問題とするから、反対債権の不存在のみ既判力で確定しておけば封じられる(114条2項)**。

したがって、**反対債権の不存在についてのみ既判力が生じると解する。**

+

訴訟上の相殺の抗弁に対して、訴訟上の相殺を再抗弁として主張することができるか。

そもそも、訴訟上の相殺の意思表示は当該訴訟において、**裁判所により相殺の判断がされることを条件として実体法上の相殺の効果が生ずるものである**。そのため、相殺の抗弁に対して更に相殺の再抗弁を主張することが許されるとすると、**仮定の上に仮定が積み重ねられて当事者間の法律関係を不安定にし、いたずらに審理の錯雑を招くことになり相当でない**。

そこで、上記のような再抗弁は許されないと考える。(→訴えの追加的変更 or 別訴提起で対処)

cf. 訴訟外において相殺の意思表示がされた場合には、相殺の要件を満たしている限り、これにより確定的に相殺の効果が発生する。→再抗弁として相殺の効果を援用することはできる。

【論点】争点効

定義と正当根拠

争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれを審理して下したその争点についての判断に生ずる通用力(で、同一の争点を主要な先決問題とした別異の後訴請求を審理において、その判断に反する主張立証を許さず、これと矛盾する判断を禁止する効力)をいう。

その正当化根拠は、信義則もしくは当事者間の公平に求められる。すなわち、既判力が制度的効力という面を避け難いものに対して、争点効は前訴で真剣に争い裁判所がそれに示した判断を、後訴で蒸し返し矛盾する主張をするのが、相手方に対して信義に反し公平でないというところに根拠があるのである。

発生要件

①前訴後訴の両請求の当否の判断過程において**主要な争点**であること。

← 主要でない争点に拘束力を付与するのは不意打ちになるし、不意打ちにならないようにすると審理の機動性を害するからである。

②当事者が前訴においてその争点につき**主張立証を尽くした**こと、換言すれば**真剣に争った**こと。

→ ただし、この要件は、「尽くした」とか「真剣に」とかの程度を問題にするというのではなく、自白、擬制自白、証拠契約などでは争点効は生じないとするところに眼目がある。

③裁判所がその争点について**実質的な判断**をしていること。

④前訴と後訴の係争利益がほぼ同等であること(あるいは、前訴の係争利益の方が大きいこと)。

← 前訴の係争利益が少額であったとすると、当事者はその程度の訴訟追行しかしないであろうから、係争利益が高額である後訴では争点効を生じさせず、真剣に争う機会を再び与えるべきだという考慮に基づく。

⑤後訴で当事者が**援用**すること。

効果(作用としては既判力に類似)

判決理由中の判断にまで拘束力が生じ、当事者もそれに反する主張立証ができず、裁判所もこれを前提にして審理判決しなければならないことになる。

cf. 既判力との違い

- ①争点効は判決理由中の判断に生ずる。(⇔既判力は判決主文(訴訟物)に生ずる。)
- ②争点効は当事者が真剣に争い裁判所も判断を下した場合にのみ生ずる効力である。(⇔既判力は、訴訟で当事者がどのような形で争うとも常に生ずる制度的効力であり欠席判決にも生ずる。)
- ③争点効は当事者の援用による。(⇔既判力は職権調査事項である。)

論証

1 理由中の判断→後訴に影響を及ぼさないのが原則である。

しかし、判決理由中の判断だからといって全く後訴への影響を認めないとすると、**紛争の蒸し返し**を許すことになり、当事者間の公平を害する。そこで、前訴で当事者が**主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれを審理して下したその判断について**、既判力類似の一般的制度的拘束力(争点効)を認められないか。

(確かに、理由中の判断に拘束力がないことを奇貨とする実質的な紛争の蒸し返しを許すべきではない。

しかし、)このような一般的制度的拘束力を認めるにはその要件があいまいであり、かえって審理を硬直化させ、**114条1項の趣旨を没却**するおそれがある。また、対象が先決的な権利・法律関係に限られはするが、**中間確認の訴え(145条)によって**、判決理由中の判断につき拘束力を得ることは可能である(cf. この理由だけで争点効を否定することはできない。145条は先決的な権利・法律関係しか対象とすることができないのに対して、争点効はそれ以外にも契約の解釈や事実認定の問題等をも広く対象とすることができるから、145条だけではカバーしきれないからである。補足的な理由にしかならないというべきである。)

そこで、実質的な紛争の蒸し返しは、**具体的事案に応じて、信義則(2条)の適用により**、回避すべきと考える。

2 当てはめ

同じ信義則違反であっても、勝訴当事者に生ずるのは(自己に有利な判断の拘束力の根拠は)**矛盾挙動禁止**という信義則であり、敗訴当事者に生ずるのは(自己に不利な判断の拘束力の根拠は)**権利失効**という信義則であるとする。

↓前訴での当事者の訴訟追行等の具体的事実を拾う！

ex. 前訴で争点を絞った趣旨、裁判所の訴訟指揮や釈明、事件についての時間の流れ、被告側の対応策の有無(たとえば反訴提起が可能であったか)、等。

cf. 争点効理論と異なり、必ずしも前訴で主要な争点となり裁判所が判断を下していることを要しない。

《演習》

『所有権確認訴訟で、敗訴の確定判決を受けた原告が、同一被告に対し右所有物に加えた損害の賠償を請求する訴を提起した。前の確定判決は、後の訴訟に影響を及ぼすか。』

1. 既判力の客観的範囲—先決関係

前訴の訴訟物はある「物に対する所有権」であり、その不存在が前訴に対する確定判決の既判力によって確定されていることとなります。これに対し、提起された後訴は「同一物の所有権侵害を理由とする損害賠償請求」ですから、前訴と後訴の訴訟物は異なります。しかし、**後訴は、当該物の所有権が原告にあることを前提にしており、前訴訴訟物が後訴の先決関係にある**といえます。この場合に前訴判決の既判力が全く及ばないということは、前訴判決の紛争解決機能を不当に軽視することになってしまいます。このようなところから、先決関係にも既判力は及ぶと解されています。

2. 既判力の基準時+作用

もともと、民事判決の対象となる私法上の権利又は法律関係は、時の経過とともに変動する性質を有していますので、判決における判断の基準時を定めてその時点における権利の存否を確定するものです。判決の基準時前時点での権利の存否までを確定するものではなく、また、基準時後に権利変動が新たに生じることを排除するものではありません。このように既判力の発生が基準時点での判断に限定されることをもって、既判力の時的限界といわれます。その**基準時は、口頭弁論終結時**とされています。これは口頭弁論終結に至るまで、当事者は攻撃防御方法を提出することができ、裁判所の判断はこれらを基礎として形成されるからです。このことを裏側から示しているのが、確定判決の執行力を排除する請求異議の訴えにおける異議事由は、弁論終結後に生じたものに限るとする民執法35条2項であり、口頭弁論終結

日は判決書の必要的記載事項ともされています(民訴法 253 条 1 項 4 号)。

そうすると、原告が、①前訴口頭弁論終結時点において所有権を有するとして所有権侵害を主張するときは、前訴判決の既判力によって遮断されますが、②それ以後に同一物の所有権を取得し、その侵害を理由とする損害賠償請求の訴えを提起することは、前訴判決の既判力が及ばない事項に基づくものですから、前訴判決の影響を受けないことになります。また、③口頭弁論終結時前に同一物の所有権を有していたとしてその所有権侵害を理由とする損害賠償請求を後訴として提起したときは、やはり既判力は及ばないといわざるを得ません。この前後のケースは、実質的には同一紛争でありながら、訴えの形式を変えて提起した蒸し返しと評する余地があります。これに対する抑止は、既判力という厳格かつ強力な効力ではなく、信義則に照らして個別的に訴訟行為を評価してその効力を考えることになると考えられます。

《演習》

『A が死亡し、その相続人である Y は、限定承認をした。その後、被相続人 A の債権者 X は A に対して有していた金銭債権 1000 万円の支払を求め訴えを Y を相手として提起した。

この訴訟において、Y が限定承認の事実を主張したところ、これが認められ、相続財産の範囲で 1000 万円を支払えとの判決がされて確定した。その後 X が、「Y は、相続直後に相続財産を隠匿しており、限定承認には無効事由がある」と主張して、確定判決の効力を争うことができるか。』

「相続財産の範囲で支払え」との判決が確定した後、限定承認の瑕疵を主張して無留保判決を得ることができるか。「確定判決の効力を争うことができるか」との問題文からは、主文に掲げられた留保部分に既判力が生じるか否かという既判力の客観的範囲の問題と限定承認の無効事由をもって確定判決の効力を覆すことができるかという時的限界の問題とが含まれている

民事訴訟は、訴訟物として提示された権利の存否及び範囲を確定することに主たる役割があると考えると、強制執行できるか否かを問うものではなく、その責任の存否及び範囲は民事執行(請求異議の訴え)において解決されるべき問題である。本問でいえば、限定承認は責任に関するものとして、執行法上の救済手段によって現実の執行を阻止すれば足りるとして訴訟と執行との役割分担の観点を鮮明にするわけです。このような理解によれば、責任限定の留保部分が判決主文に掲げられるのは、同じく主文に現れている請求権にはそのような責任限定があることを当事者及び執行機関に対し警告的に明示する機能を有するにとどまり、既判力のある判断とはいえないと理解することになります。

↓しかし

判例：留保部分には「既判力に準ずる効力がある」

↓何故??

訴訟政策的観点から判決効による拘束力を付与する方向を考えると、以下のようにいえると思います。

訴訟物(請求権の存否及び範囲)に関する審理を経てなされる給付判決は、強制執行を目指して提起される訴えに対し、権利の存否及び範囲の公証のみならず執行力を付与する機能を営むものであって、給付訴訟に関する限り、民事訴訟と民事執行と分断させて考えるのは相当ではなく、むしろこの点を判決主文に掲げることによって、執行段階における紛争を未然に防止して執行手続の円滑性・迅速性を阻害しないようにすることが民事訴訟のみならず執行制度を含む民事手続全体の機能性の向上に資すると考えることになるでしょう。このような政策的観点から基礎づけるときには、やはり訴訟物たる権利内容の外側での議論というほかはなく、既判力そのものとはいえないため、紛争解決の実効性を確保する観点に基づき「準ずる」効力としたものでしょう。

↓時的限界

債権者が前訴において主張することのできた法定単純承認の事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存否及び効力を争うことは許されない

*これに対しては、財産隠匿という相続人の内部事情に属する事項が債権者 X の側に容易に判明することではない以上、X がそれを知ったのが前訴判決の基準時後であった場合にまで遮断効を発動させるのは酷ではないかと指摘する見解があります(高橋)。この見解は、期待可能性による既判力の調整を試みる見解

《演習》

『甲は、乙に対し、乙所有の絵画を代金額 500 万円で買い受けたとして、売買契約に基づき、その引渡しを求める訴えを提起した。次の各場合について答えよ

2 甲の乙に対する訴訟において、「乙は甲に対し、500 万円の支払を受けるのと引換えに、絵画を引き渡せ。」との判決が確定した。その後、乙が、甲に対し、この絵画の売買代金額は1000 万円であると主張して、その支払を求める訴えを提起することはできるか。』

3 小問2について

乙の売買代金 1000 万円の支払を求める訴えの提起は、甲の乙に対する絵画の引渡請求判決の既判力(114 条、115 条)に抵触し、許されないのではないか。

(1) この点、既判力は、判決主文の判断に限り効力を生ずる(114 条 1 項)。なぜなら、当事者間の争訟の処理としては現に当事者が判決による処理を求めた訴訟物たる権利・法律関係の存否の判断たる主文の記載に既判力を認めれば足りるからである。*主文判断に含まれているものとは何かについては、訴訟物として設定され、審理が尽くされた実体法上の権利の存否の判断で

(2) 本問では、確かに判決主文で「500 万円の支払を受けるのと引換え」であることは確定され、500 万円の支払債務は判決主文に掲げられている。

しかし、500 万円の支払債務は強制執行開始要件(民事執行法 31 条)として注意的に掲げられているにとどまり、訴訟物自体を構成しているものではない。

よって、乙の 500 万円の支払債務は判決主文で確定されているとはいえず、既判力は及ばない。

したがって、乙は、甲に対し、1000 万円の支払を求める訴えの提起をすることは、原則として既判力に抵触せず、許される。

(3) もっとも、常に乙が支払を求める訴えを提起することができるのとすると、紛争が不当に蒸し返され、紛争解決の実効性が確保できない。

そこで、乙の支払を求める訴えの提起が紛争の不当な蒸し返しといえ、信義則(2条)に反するといえる場合には、乙は例外的に支払を求める訴えを提起することはできない。

《演習》

Xは、Yに対し、200 万円の貸金債権(甲債権)を有するとして、貸金返還請求訴訟を提起したところ、Yは、Xに対する 300 万円の売掛金債権(乙債権)を自働債権とする訴訟上の相殺を主張した。

この事例に関する次の 1 から 3 までの各場合について、裁判所がどのような判決をすべきかを述べ、その判決が確定したときの既判力について論ぜよ。

1 裁判所は、甲債権及び乙債権のいずれもが存在し、かつ、相殺適状にあることについて心証を得た。

2 Xは、「訴え提起前に乙債権を全額弁済した。」と主張した。裁判所は、甲債権が存在すること及び乙債権が存在したがその全額について弁済の事実があったことについて心証を得た。

3 Xは、「甲債権とは別に、Yに対し、300 万円の立替金償還債権(丙債権)を有しており、訴え提起前にこれを自働債権として乙債権と対当額で相殺した。」と主張した。裁判所は、甲債権が存在すること並びに乙債権及び丙債権のいずれもが存在し、かつ、相殺の意思表示の当時、相殺適状にあったことについて心証を得た。

1 小問1について

(1) 裁判所は「Xの請求を棄却する。」との請求棄却判決を言い渡すべきである。

本問では、裁判所は甲債権及び乙債権のいずれもが存在し、かつ相殺適状にあるとの心証を得ているのであれば、甲債権はYによる相殺により全額消滅したといえるからである。

(2) この判決が確定した場合、①「甲債権が不存在である」という点、②「乙債権は200 万円の範囲で不存在である」との点につき、既判力が生じる。

ア まず①は、甲債権は訴訟物であるから、114 条 1 項により「主文に含まれるもの」に当たり、その不存在が確定する。

イ 次に②は、同条 2 項により、「相殺をもって対抗した額」すなわち 200 万円の範囲でその不存在が確定する。

これは、相殺の抗弁は理由中の判断であるから、本来であれば既判力は及ばないはずであるところ、この場合に自働債権の不存在に既判力を認めないときには、相殺によって消滅したはずの自働債権を被告によって改めて訴求され、自己の受働債権の犠牲において自働債権の負担を免れたという原告の利益が害され、紛争が蒸し返されるおそれがあるからである。

民訴法 114 条 1 項と 2 項との関係を整理すると、

①自動債権の不存在を理由に相殺の抗弁を排斥して原告の請求が認容された場合は、原告の請求にかかる訴訟物たる債権の存在は1項によって確定され、自働債権不存在という理由中の判断について既判力を付与するのが2項です。

②相殺の抗弁を容れて原告の請求が棄却された場合にも、原告の請求にかかる訴訟物たる債権の不存在が1項で確定され、相殺で消滅した自動債権が不存在であるとの判断について既判力を付与するのが2項です。設問1は②の場合です。

2 小問2について

(1) 裁判所は「YはXに対して200万円支払え。」との請求認容判決を言い渡すべきである。本問では、裁判所は甲債権が存在すること及び乙債権が存在したがその全額について弁済の事実があったことについての心証を得たのであれば、自働債権たる乙債権は消滅しており、Yの相殺の抗弁は認められないことになるため、甲債権の存在が確認されるからである。

(2) この判決が確定した場合、①「甲債権は200万円の範囲で存在する」という点、②「乙債権は200万円の範囲で不存在である」との点につき、既判力が生じる。

ア まず①は、甲債権は訴訟物であるから、114条1項により「主文に包含するもの」に当たり、その存在が確定する。イ 次に②は、同条2項により相殺のために主張した請求の「不成立」の判断について、「対抗した額」の範囲で既判力が生じる。

これは、この場合に自働債権の不存在に既判力を認めないと、被告は改めて自働債権を訴求することができ、紛争が蒸し返されるおそれがあり、原告が前訴で得た地位が覆滅させられる可能性が生じるからである。

なお、乙債権につき100万円の範囲では既判力が生じないため、その部分につきYが後訴で訴求できることになりそうであるが、その場合にはYの請求は信義則(2条)で遮断し得るため、問題ない。

3 小問3について*現場思考

(1) 裁判所は「YはXに対して200万円支払え。」との請求認容判決を言い渡すべきである。本問では、裁判所は甲債権が存在すること並びに乙債権及び丙債権のいずれもが存在し、かつ、相殺の意思表示の当時、相殺適状にあったことについて心証を得ているので、乙債権は訴え提起前の段階で、丙債権を自働債権としたXによる訴訟外での相殺によりもともと消滅しており、Yによる相殺の抗弁は認められないからである。

(2) この判決が確定した場合、①「甲債権は200万円の範囲で存在する」という点、②「乙債権は200万円の範囲で不存在である」、③「丙債権は200万円の範囲で不存在である」との点につき、既判力が生じると解する。

ア まず、①及び②は、小問2と同様の理由からである。

イ 次に、③については、小問1のように訴訟物に対する抗弁ではなく、相手の相殺の抗弁に対する再抗弁にすぎないが、この場合にも114条2項の適用があるか、条文上明らかでないため、問題となる。

この点、114条2項は1項を前提としており、相殺が訴訟物に対する抗弁である場合にのみ適用されると考えると、この場合は、小問2の弁済の判断と同様に、理由中の判断として既判力は生じないようにも思える。*=訴求債権と相殺されたわけではない。

しかし、そもそも同条項が例外的に既判力を認めた趣旨は、前述のごとく、自働債権の不存在に既判力を認めない場合に生じる不公平さにあった。

本問の場合、仮に丙債権の不存在に既判力を認めないと、Xは改めて丙債権を訴求することが認められ、Yが乙債権の負担によって得た丙債権の消滅という利益が害され、一方でXは二重の利益を得ることになるおそれがある。

また、条文の文言上も「相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断」とあり、訴訟物に対する抗弁に限定はしていない。

したがって、再抗弁にも同条項の適用があり、丙債権が200万円の範囲で不存在であるということについて、既判力が生じると解する。*類推でもOK

*200万円か300万円か、くについてもOK⇒200万円が素直

c f. 訴訟上の相殺の抗弁に対し、訴訟上の相殺を再抗弁として主張することは不合法として許されない

∴訴訟上の相殺は、意思表示によって確定的に効果が生じる訴訟外の相殺と異なり、停止条件付きで実体法上の効果を生じさせる意思表示として理解され、これによれば、仮定の上に仮定を積み重ねる結果となり、法律関係の不安定と審理の複雑化を招くおそれがあることから相当ではない。

【論点】既判力の主観的範囲

既判力は、その訴訟の**当事者間**だけに及ぶのが原則である（115条1項1号）。

なぜなら、判決は当事者間の**紛争解決**を目的とするから、当事者間を相対的に拘束すれば**足りる**し、弁論をする機会を与えていない第三者に対して解決結果を強要することは、その者の裁判を受ける権利（憲法32条）を実質上奪うことになるからである。＝**手続保障に基づく自己責任を問うるのは当事者のみ**

ただ、一定の場合には、法によって当事者以外の第三者にも既判力が拡張されることがある。

その一つは、当事者間の訴訟による**紛争解決の実効性を確保**するため、当事者と密接な関係のある第三者にも既判力を及ぼすとされている場合である（法115条1項2号ないし4号、48条）。もう一つは、法律関係を**画一的に処理**する要請から、既判力を一定範囲の第三者又は広く一般の第三者に拡張している場合である（破産法131条、会社法838条等）。
※許容性

2号・3号の許容性：代替的手続保障

4号の許容性：独自の手続保障が不要

【論点】115条1項2号

訴訟担当者と被担当者に利害対立がある場合(ex. 債権者代位訴訟や取立訴訟など)、判決効が無条件に被担当者に及ぶかが問題となるが、相手方が訴訟担当者に対し勝訴しても、被担当者からの再訴を受けなければならないとすれば、**不公平**であるし、**訴訟経済にも反する**。(何度も訴えられるのは相手方にとって煩雑であるし、訴訟経済にも反する。また、債務者保護は、訴訟告知(53条4項)、独立当事者参加(47条)、共同訴訟的補助参加への途を開くことで図りうる。) また、115条1項2号の趣旨は、**利害対立の有無にかかわらず、当事者適格を有する訴訟担当者の充実した訴訟進行によって、被担当者的手続保障が代替されている点にある**と解される。とすれば、上記のような場合であっても**無条件に**判決効が被担当者にも及ぶと解するのが相当である。

↓一般論として無条件に拡張されるとして…(以下債権者代位訴訟を例に)

もっとも、本問においては、代位債権者が当事者適格を有していなかったことが判決確定後に判明している。そこで、かかる場合にも、なお既判力が債務者(被担当者)に及ぶかが問題となる。

前述したとおり、115条1項2号の趣旨は、**代替的手続保障が確保されている点にある**と解される。とすれば、当事者適格のない訴訟担当者が訴訟を進行したために、**代替的に手続保障が図られていない場合にまで同号によって既判力を拡張する理由はない**。

そこで、訴訟担当者に当事者適格がないことが判明した場合には、判決の既判力は被担当者に**拡張されない**と考える。

【論点】115条1項3号

そこで、～が口頭弁論終結後の「承継人」(115条1項3号)に当たらないか、その意義が問題となる。

(1) そもそも、同号の趣旨は、敗訴当事者がその訴訟物たる権利関係を第三者に譲渡することによって、当事者間の訴訟の結果を潜脱し、訴訟による**紛争解決の実効性を失わせることを防止する点にある**ところ、かかる趣旨を十全化するためには「**承継人**」を訴訟物たる権利・法律関係の承継人に限定するべきではない。

(また、承継人の範囲を訴訟物と切り離して考える以上、訴訟物をにらんだ概念である当事者適格を用いて承継人の範囲を説明することは妥当でない。)

そこで、「承継人」とは、**紛争の主体たる地位を承継した者**をいうと考える。

cf. 基準時前の承継＝訴訟承継についての最三小判昭和41.3.22民集20-3-484は「紛争主体たる地位の移転」という概念を用い、承継人の範囲を適格承継よりも広く解している。

訴訟承継は、いわば生成中の既判力を誰に向けるかの問題であるのに対し、判決効の拡張は完成した既判力を誰に向けるかの問題であって、両者はパラレルに解することが可能である。

(2) 当てはめ

第三者と相手方当事者との紛争の対象たる権利義務関係が、当事者間の前訴の訴訟物たる権利義務関係から口頭弁論終結後に発展ないし派生したと見られる場合かどうか。

※主張の内容が**物権的請求権**である時に権利関係を承継した者に既判力は拡張される。一方で、**債権的な地位を譲り受けた者には既判力が拡張されない**ことになる。もっとも、**債権的請求権**であっても背後に物権が存在する場合に

は、標準時後の承継人にその効力が及ぶと解されている。ex.貸貸人が同時に所有者でもある場合

↓承継人にあたりうる。もっとも、

即時取得（民法 192 条）のように、第三者が固有の抗弁を有している場合、かかる第三者は判決効が及ぶ「承継人」（法 115 条 1 項 3 号）に当たるか。

この点判例は、かかる第三者は、「承継人」には当たらないとする（実質説）。

しかし、既判力の拡張は、第三者が基準時における前主の地位を争えないことを意味することとどまり、固有の防御方法を提出することまで遮断するものではない。とすれば、「承継人」の範囲決定に当たり、第三者の固有の防御方法の有無を考慮しなくても、その手続保障を害することはないし、実体法秩序との調和を破るものでもない。

したがって、固有の抗弁を有する第三者も当事者適格を取得した以上、既判力の及ぶ「承継人」（115 条 1 項 3 号）に当たり、既判力が及ぶと解する（形式説）。

それでは、執行力の拡張の場合も同様に解することができるだろうか。（「承継人」（同 23 条 1 項 3 号）に当たるか）

思うに、既判力の拡張は基準時における前主の地位を争えないことだけを意味するのに対し、執行力の拡張は前主の受けた執行力がそのまま承継人に及ぶことを意味するのであるから、「承継人」の範囲決定につき両者を区別して考える必要がある。

そして、第三者が固有の抗弁権を有するにもかかわらず執行力を及ぼし、第三者に執行文付与に対する異議の訴え（同 34 条）を提起する負担を課すのは公平ではない。執行力が拡張されることは承継人に、より直接的な効果（不利益）を及ぼすことを意味する。

したがって、第三者が固有の抗弁を有しない限りで、執行力の及ぶ「承継人」（同 23 条 1 項 3 号）に当たると解する（実質説）。すなわち、簡略な一応の判断（同 27 条 2 項）によって、既判力が及ぶこと及び固有の抗弁が成立しないことが認められる場合には、執行力の拡張が認められると解する。

※補足

<115 条 1 項 3 号による既判力拡張の意味>

この点について、「承継人」に当たる場合には、前訴当事者と「承継人」との間の訴訟の訴訟物の存否につき直接既判力が生じるとする見解がある。

⇒ この見解からは、紛争の主体たる地位の承継人が即時取得等の固有の抗弁を有する場合には「承継人」にはあたらないと解することになる（実質説、判例）。なぜなら、上記見解によると、既判力を拡張してしまえば固有の抗弁を有していようが関係なく、訴訟物のレベルで確定されてしまい、固有の抗弁を提出することができなくなってしまうから、「承継人」に当たらないと言わざるを得ないことになる。

承継人を含めた三者の権利関係をみ、既判力を及ぼすのが不当と見られる者を実質的に見て 115 条 1 項 3 号にいう口頭弁論終結後の承継人に当たらない、とするのである。既判力を拡張すべきかの実質を先に考え、そこから承継人であるかが決まると考える。

しかし、前訴当事者と「承継人」との間の訴訟の訴訟物の存否は、前訴において判断されていないのであるから、なぜその点につき既判力が生じるのか理論的根拠が不明である。

そこで、同号による既判力拡張の意味は、基準時における「前主の地位」を争えないことを意味することとどまる（＝前訴当事者と「前主」との間の訴訟の訴訟物の存否につき既判力が生じるに過ぎない）と考えるべきである。

⇒ この見解からは、既判力の拡張によって固有の抗弁を提出することまで遮断されないため、固有の抗弁を有する者を「承継人」から除外する必要性に乏しく、そのような者も「承継人」に含まれると解することになる（形式説）。

口頭弁論終結後の承継人に当たるかどうかは、前述の定義に従い形式的に判断するが、既判力の拡張の仕方を上記のような形でのみ捉えるのである。

【論点】115 条 1 項 4 号

請求が特定物の現実の引渡しを目的とする場合に、目的物を専ら当事者のために所持する者は、「請求の目的物を所持する者」として、当事者の受けた判決の既判力に拘束される（115 条 1 項 4 号）。

この場合、目的物の所持人は固有の実体法上の利益を有さず、手続保障を考慮する必要がないからである。

それでは、XがA会社に対して所有権移転登記請求の訴えを提起し、勝訴の判決を得たが、その訴訟係属中に通謀虚偽表示によりAからYに対して目的物につき移転登記がなされた場合に、XのYに対する移転登記請求の後訴に、前訴の確定判決の既判力を及ぼすことができるであろうか。すなわち、仮装譲受人にも既判力が及ぶかが問題となる。

この点、明文の規定がないことを理由に、これを否定する見解もある。

しかし、既判力の拡張を否定すると、原告は、仮装譲受人に対し、訴訟引受けの申立てをして訴訟承継させなければ、従来の訴訟は無駄になってしまうことになるが、実際問題として原告が仮装譲受人への占有移転に常に気付くとは限らない。

思うに、仮装譲受人には、「請求の目的物を所持する者」と同様、保護すべき固有の実体法上の利益はないといえる。とすれば、仮装譲渡かどうかの判断過程において、この者に手続保障を与えれば十分である。

よって、「請求の目的物を所持する者」の規定の類推適用により、仮装譲受人にも既判力が及ぶと解する。

したがって、前記事例においても、XA間の判決での判断を、XのYに対する移転登記請求の後訴の紛争解決基準とすることも許されると解する。

★法人格否認の法理

事案のイメージ：法人に対して訴え提起。認容。→ しかし、訴訟係属中に、敗訴しそうな背後者がその財産のすべてを自己が支配する実質的な一人会社に承継させる(形骸化事例)or 判決を免れる目的で新たに会社を設立し旧会社の財産をすべて承継させる(濫用事例)。これにより、強制執行は無意味となる。→ そこで、執行文付与の訴えを提起。認められるか。

↓

115条2号ないし4号のいずれにも該当しない。

↓

そこで、実体法上のみならず民事訴訟手続上も法人格否認の法理を適用して、本来の法人格 or 背後者に判決の既判力・執行力を及ぼすことができないか。

この点について、判例は、たとえ実体法上法人格否認の法理が適用される場合であっても、(権利関係の公権的な確定及びその迅速確実な実現を図るために)手続の明確、安定を重んずる訴訟手続ないし強制執行手続においては、その手続の性格上、判決の既判力及び執行力を拡張することは許されないとする。

(確かに、訴訟手続の安定性や画一性は、法解釈についての重要な指針であり、既判力などの基本的効力を個別事情によって左右することには慎重でなければならない。)しかし、形骸化事例はもちろん、濫用事例においても、法人格否認の法理の適用可能性を排除することは判決の紛争解決機能を著しく損なわせる。そこで、実体法上法人格否認の法理の適用によって濫用的または形骸化法人格が無視されるような場合には、本来の法人格 or 背後者を実質的に当事者と同視し、115条1項1号類推適用によって、既判力及び執行力を拡張するべきであると考えられる。(このように主観的範囲を拡張すると、不利に判決効を拡張される者の手続保障の点で問題があるように思えるが、形骸化事例の場合には、新たな法人格が法人格としての実質を持たないとされるのであるから、手続保障をする必要がないし、また濫用事例の場合も、濫用目的に該当する事実が認定される以上、新たな法人格の独立性を主張させて、判決効の排除を認めることが信義則に反するものと評価することができる。民事訴訟法判例百選 95 事件解説参照。)

cf. 判例を支持する学説の中には、明文の規定の不存在、判決効の拡張を不利に受ける者に対する手続保障の欠如を理由として挙げる。

しかし、明文の規定の不存在は実体法律関係の場合にも同様であり、また手続保障の欠如は、濫用事例や形骸化事例が問題とされている以上、手続保障の趣旨からいっても説得的な根拠とはなり得ない。結局、否定説の実質的根拠は、判例が述べるように、実体法律関係と比較した場合の訴訟法律関係の特質に尽きる。

《旧試》

『売買による所有権の取得を原因とする家屋引渡請求訴訟において、原告勝訴の判決が確定した場合、この判決の効力は次の者に及ぶか。』

イ 右訴訟の係属前から被告のためにその家屋を占有している管理人

ロ 判決確定後被告から右家屋を買い受け、登記を了した者』

1 小問イについて

(1) 本問の家屋引渡請求訴訟において、原告勝訴の確定判決の効力が家屋を占有している管理人に及ぶか、この者が当事者「のために請求の目的物を所持する者」(115 条1項4

号・民執23 条3 項)に当たるかが問題となる。

(2) この点、確定判決の効力は「当事者」のみに及ぶのが原則である(相対効の原則、115 条1項1号、民執23 条1項1号)。なぜなら、紛争解決のためには当事者に判決効を認めれば十分であるし、当事者以外の第三者に判決効を認めるとその者の自己の実体法上の利益を主張・立証する機会(手続保障)を害するからである。

しかし、請求の目的物を所持する者に対して判決効を及ぼさないと紛争解決の実効性が確保できない場合が存在する。また、この者が目的物の所持につき固有の法的利益を有しないならば、手続保障を認める必要はない。

そこで、当事者「のために請求の目的物を所持する者」とは、請求の目的物の所持につき固有の法的利益を有しない者をいうと解する。*ex 管理人

(3) 家屋管理人は、通常委任契約等に基づき建物の維持管理等を行うために占有しているにすぎない。(=被告のために家屋を占有している管理人は、被告が原告に対し明渡義務を負うに至ったことに伴い、占有管理する実体的根拠を失う関係にある)本問の家屋管理人も訴訟の係属前から被告のために家屋を占有していたにすぎず、例えば建物収去土地明渡義務者から建物を賃借している者のように、固有の法的利益を有するとはいえない。

したがって、管理人は当事者「のために請求の目的物を所持する者」として、給付訴訟の確定判決の効力である既判力、執行力が及ぶと解する。

2 小問ロについて

(1) 本問の家屋買受人は、判決確定後の買受人であることから、「口頭弁論終結後の承継人」(115 条1項3号)として確定判決の効力が及ぶかが問題となる。

【論証：紛争の主体たる地位を承継した者】

本問の家屋引渡請求の訴訟物は、所有権の取得を原因とする物権的請求権であり第三者に対してもこれを主張できる。そして本問の家屋買受人は、口頭弁論終結後に家屋の占有を取得しており当事者適格を伝来的に取得した者と認められる。(X が提起した所有権に基づく建物引渡請求における請求原因は、①X が本件建物を所有していること、②Y が本件建物を占有していること、の2 つです。同一建物を Y から買い受けた Z については、現在の所有(①)をめぐる X と対立する関係にあり、XY 間の紛争における係争物を Y から譲り受けることによって、派生的に生じることになる XZ 間訴訟の当事者適格を Y から伝来的に取得しているといえます)

ウ ところが、買受人は登記を了することにより実体法上原告に対して登記欠缺の抗弁を提出できる(民法 177 条)。かかる固有の防御方法を有する第三者であってもなお「承継人」といえるかが問題となる。

【論証：形式説】

(2) これに対して、執行力の拡張は、直接第三者に執行力が及ぶか否かの問題であるところ、第三者に異議の訴えの負担を課するのは公平ではない。

よって、第三者が固有の防御方法を有する場合には、第三者は「承継人」(民執23 条1項3号)に当たらないと解する(実質説)。

(3) 以上より、本問の家屋買受人には、確定判決の効力のうち既判力は及ぶが執行力は及ばないと考える。

*以上のところは、所有権に基づく物権的請求権を訴訟物とした場合を前提に考えました。もともと、この設例においては、旧訴訟物理論によれば、売買契約に基づく債権的請求権を訴訟物とする場合も考えられます。債権的請求権は、当該債権債務関係で結ばれている者の間でのみ行使することが許される相対的なものですから、既判力の拡張は基本的に否定されます。前訴が債権的請求のみを基礎に提起していたときには、X は既判力の拡張をあきらめて Z に対して訴えを提起せざるを得ないことになります。ただし、債権的請求権であっても背後に物権が存在する場合には、既判力が及ぶと解されており、このような解釈によって、バランスを失わないように配慮されています。

【論点】反射効理論

反射効とは、第三者が直接に判決の既判力を受けるわけではないが、当事者間に既判力の拘束力のあることが、当事者と特殊な関係(実体法上の依存関係)にある第三者にも、反射的に有利又は不利な影響を及ぼす効力をいう。

例えば、債権者 X の主たる債務者 Y に対する貸金返還請求訴訟において、Y が勝訴判決を得た場合、X が別訴によって

保証人Zに対して保証債務の履行を求めたとしても、Zは保証債務の付従性に基づき、Xに対して、Yの勝訴の結果を有利に援用し得るとするものである。

それでは、かかる明文なき反射効という効力を解釈により肯定できるだろうか。

この点、確定判決により当事者間で判決どおりの処分行為があったと同視して、反射効を肯定する見解もある。

しかし、後訴裁判所は前訴判決で確定された点につき実質審理をなし得ないという反射効の効力は、**実質的には既判力の拡張にほかならない**。にもかかわらず**明文のない**反射効を肯定すると、それが**不利益に及ぶ者の手続保障を害し**、判決の**相対効の原則（115条1項1号）に反する**。

したがって、反射効は否定すべきと解する（判例に結論同旨）。

※補足

既判力の正当化根拠：手続保障の充足に基づく自己責任

↓

手続保障は訴訟物たる権利関係を基準として考えられるべき。

↓

訴訟物が異なる(ex. 主債務と保証債務は別個の債務)。

↓

前訴の手続保障をもって、後訴の手続保障を代替することは不可。

※判例の事案が出題された場合には、注意が必要→反射効理論を肯定するか否かにかかわらず、請求異議の訴えは棄却されるものと思われる

事案：債権者Yが連帯保証人Xに勝訴して確定した。その後、別訴として、Yは主債務者Aに敗訴し確定した。その後、YはXに対して強制執行を開始したが、Xは前記主債務者の勝訴判決を援用して請求異議の訴えを提起した
判旨「保証人がすでに保証人敗訴の確定判決を受けているときは、保証人敗訴の判決確定後に主債務者勝訴の判決が確定しても、同判決が保証人敗訴の確定判決の基礎となった事実審口頭弁論終結の時までに生じた事実を理由としてされている以上、保証人は右主債務者勝訴の確定判決を保証人敗訴の確定判決に対する請求異議の事由にする余地はないものと解すべき」

《旧試》

『甲は、乙に対して300万円を貸し付け、その際、丙が乙の債務を保証したと主張して、次のように、乙及び丙に対して各別に訴えを提起した。次の各場合について答えよ。

- 1 甲が、乙に対して貸金の返還を求める訴えを提起し、その判決が確定した後に、丙に対して保証債務の履行を求める訴えを提起した場合、甲乙間の確定判決は、甲丙間の訴訟に影響を及ぼすか。
- 2 甲が、丙に対して保証債務の履行を求める訴えを提起し、その判決が確定した後に、乙に対して貸金の返還を求める訴えを提起した場合、甲丙間の確定判決は、甲乙間の訴訟に影響を及ぼすか。』

1. 主債務者に対する判決確定後の保証人に対する履行請求(設問1)

* 甲乙⇒訴訟物＝主債務の存否 甲丙⇒訴訟物＝保証債務の存否
請求原因＝消費貸借契約 請求原因＝主債務
保証契約

① 主債務の存在が確定された場合(甲の勝訴)

乙との間で主債務の存在が判決において確定されていることを有利に援用して丙に対して保証債務の履行請求をすることができるでしょうか。

保証債務は主たる債務の存在を論理的前提にしているとの実体法との整合性の観点、あるいは甲乙間訴訟の結果を甲丙間訴訟で有利に援用できるなら甲の立証負担が軽減され得るとの訴訟法的観点からすると、これを肯定する契機が生じるともいえます。

しかしながら、丙としては主債務の存在が確定されたとしても、主債務について争うことは否定されるべきではありません。保証債務は、主たる債務の存在を前提とするとはいえ、独立の訴訟物を構成するのであって、訴訟物と当事者が異なる以上、その手続保障は十分に付与されなければなりません。このことは、例えば、主債務者乙の欠席に基づく判決である場合や、乙が出頭して争った場合であってもそれが拙劣きわまりない場合があり得ることを考えると、丙

に対し主債務の存否について争う機会を付与すべきであることは明らかです。また、甲乙間で主債務存在の確定判決が存在し、甲丙間では保証債務不存在の判決が現れることは、保証契約の不成立・固有の瑕疵を主張することがあり得るので、実体法的にも何ら矛盾は生じません。

したがって、甲乙間判決が存在したとしても、甲は丙に対する訴訟においてそれを有利に援用することはできないというべきですし、裁判所としても主債務が存在することを前提に審判しなければならないとの拘束を受けることはありません

② 主債務の不存在が確定された場合(甲の敗訴)

①とは異なる問題が伏在します。甲乙間の前訴判決において主債務の不存在が既判力をもって確定されている場合には、丙が甲乙間判決の結果を有利に援用できるとすべきではないかということが問題になり、これを後訴裁判所に対する拘束という観点からみると、裁判所は、乙の主債務が存在しないことを前提に判決をしなければならないとすべきではないかが問題となります。

後訴において、甲の丙に対する請求を認容する判決がなされると、その判決は、保証契約の成立だけでなく主債務の存在を認定しているはずですから、2つの判決は実体法的観点からすると実質的に矛盾するといえます。のみならず、甲に履行した丙は、実体法上、乙に対し求償権を取得することになりますから、丙の乙に対する求償訴訟で乙が敗訴すると、結局のところ、当初の第1訴訟で勝訴した乙の利益が失われるおそれがあるともいわれます。いわゆる反射効の議論です。

もっとも、この場合においても、保証人丙の訴訟追行の拙劣さが自らの経済的出捐を招くという事態も想定されうるわけですから、そのような意味合いであっても当事者の自律的訴訟追行の自由は尊重されるべきであって、それゆえにこそ認められる民事紛争の相対的解決の原則を容易に排除することはできないというべきではないか、という反論が可能です。

既判力の正当化根拠：手続保障の充足に基づく自己責任



手続保障は訴訟物たる権利関係を基準として考えられるべき。



訴訟物が異なる (ex. 主債務と保証債務は別個の債務)。



前訴の手続保障をもって、後訴の手続保障を代替することは不可。

2. 保証人に対する判決確定後の主債務者に対する履行請求(設問2)

甲丙⇒訴訟物＝保証債務の存否

甲乙⇒訴訟物＝主債務の存否

請求原因＝①主債務

請求原因＝消費貸借契約

②保証契約

甲丙間の訴訟における訴訟物は保証契約に基づく保証債務履行請求権ですから、その存否について既判力が生じます。この訴訟における争点としては、請求原因の構成に呼応する形で、①保証契約の成否・無効事由等の保証契約固有の部分と②主債務の存否に関わる部分とが考えられます。②については判決理由中の判断にとどまるものの後訴として提起された甲乙間訴訟では、この理由中の判断と直結する部分が訴訟物として提示され審理されることになるために問題が生じます。設問1と設問2との相違は、ここに現れます。

設問1②の状況は、前訴判決の主文判断に現れている主債務の不存在が後訴の前提部分として影響するかが問題になりますので、前訴判決の批判力の拡張としても説明することができ可能性があります。

これに対し、設問2の状況は、前訴判決の理由中の判断が当事者を異にする後訴判決の主文判断に影響を及ぼすかどうかが問題になります。仮にその影響を肯定するとしても、既判力を離れた、争点効の拡張又は別訴判決の理由中の判断を当事者を異にする訴訟で援用することの可否を議論しなければならない。

●反射効への評価

「実体法上の依存関係」というだけで、紛争解決の相対性原則の例外が認められるのでしょうか。

実体法上の地位が相互に関連する者であっても、それが必要的共同訴訟ではない限りは、個別に訴えを提起することができ、当該当事者間における相対的な関係で紛争を解決する民事訴訟の仕組みと反射効の議論とは、正面衝突することが避けられないと考えます。関連する判決内容に実質的な抵触が生じることがあったとしても、それは当事者の訴訟活動の自律性を重視すべきとする民事訴訟における法原則にしたがった結果であって、これを維持すべき合理性があると

の政策判断が容易に排除されると考えるべきではありません。

また、反射効の議論は、既判力本質論との関係において、確定判決の既判力という訴訟法上の効果が実体法上の効果と同視できるかという視点も関わる問題であると思われます。

訴訟上の事実が実体上の事実を反映することが多いにしても、実体上の事実を反映することが確実なものとして保障されているわけではありません(弁論主義を想起してください)。そうすると、訴訟上の事実を対象とする審理の集積結果としての判決に与えられる効力が、実体的権利関係を直接に変動させる効果をもたらすとは考えにくいのです。また、主債務が不存在の場合に保証債務の不存在をもたらす附従性の観念は、主債務を担保するという経済的目的・機能に照らして主債務よりも重い態様ではあってはならないとの実体法上の規律ですから、主債務の不存在等の事実によって保証債務の不存在という実体法上の効果が導かれるのであって、主債務を不存在とする確定判決が存在する効果によるものではないと考えられます。このようなところにも反射効の不透明さがなおつきまとうように思われます。

《旧試》総合問題

『甲は、A土地を所有していると主張して、A土地を占有している乙に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起し、この訴訟(以下「前訴」という。)の判決は、次のとおり、甲の請求認容又は甲の請求棄却で確定した。その後、次のような訴えが提起された場合(以下、この訴訟を「後訴」という。)、後訴において審理判断の対象となる事項は何か、各場合について答えよ。

1 甲の請求を認容した前訴の判決が確定したが、その後も乙がA土地を明け渡さないため、甲は、再度、乙に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起した。

2 甲の請求を認容した前訴の判決が確定し、その執行がされた後、乙は、自分こそがA土地の所有者であると主張して、甲に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起した。

3 甲の請求を棄却した前訴の判決が確定した。その後、丙が乙からA土地の占有を譲り受けたため、甲は、丙に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起した。』

1 小問1 について

(1) 前訴の認容判決を得、乙に対するA土地の明渡請求権の存在について既判力(114条1項)を得ている。そして、後訴は同一訴訟物についての同一被告に対する訴えである。

したがって、後訴には訴えの利益が認められないのが原則である。

ただし、判決原本が滅失して執行正本を受けられないなどの事情があれば、例外的に訴えの利益が認められる。

よって、訴えの利益があるか否かという点が審理判断の対象となる。

(2) では、訴えの利益が認められる場合、いかなる事項が審理判断の対象となるか。

ア 思うに、当事者は事実審の口頭弁論終結時まで攻撃防御方法を提出できたのであるから、既判力が生じる基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解する。

本問では、前訴の事実審の口頭弁論終結時における甲の土地明渡請求権の存在が既判力により確定される。

イ したがって、かかる基準時における甲の請求権の存否を争うために提出された防御方法は、審理判断の対象とならない(遮断効)。

他方、基準時後に生じた事由は既判力によって遮断されず、審理判断の対象となる。(=前訴判決の基準時後の権利変動等の新事由の有無が審理判断の対象事項となる。本案判決をする限りにおいては、新事由の有無とそれが判決内容に影響を及ぼすか否かを審理し、前訴判決の基準時に代わり、後訴に対し新たな基準時における判断を示す必要があるから)

2 小問2 について

(1) 既判力は、「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物たる権利関係の存否の判断についてのみ生じるのが原則である(114条1項)。なぜなら、紛争の解決としては通常それで十分であるし、審理の簡易化・弾力化にも資するからである。

本問では、甲のA土地明渡請求権の存在についてのみ既判力が生じ、判決理由中の判断にすぎない甲の所有権の存在については既判力は生じない。

そして、前訴と後訴の訴訟物は異なる上、先決関係にも矛盾関係にもない*ため、前訴の既判力は後訴に作用しない。

*矛盾関係かどうかは微妙

したがって、乙の所有権ないしこれに基づく明渡請求権の存否が、後訴において審理判断の対象となりそうである。
＝一から審理

(2) しかし、そのように解しては、紛争の蒸し返しになってしまう。*そこで、前訴基準時における甲の所有権の存在につき拘束力を認められないが問題となる。

*同一土地の所有権が、甲にあるとする前訴と乙にあると主張する後訴との間には、実体法における一物一権主義を媒介として矛盾衝突が存在する

ア この点、判決理由中の判断について一種の制度的拘束力(争点効)を認める見解がある。

しかし、かかる効力を認めたのでは、審理の弾力性を確保しようとした 114 条 1 項の趣旨に反する。よって、争点効は認められないと解する。

ただし、個別的事案において、明らかに不当な結果を生ずる場合には、信義則(2 条)を適用して、後訴における主張・立証を制限すべきと解する。

イ 本問でこれをみるに、乙は、前訴において甲の所有権の存否について主張立証を尽くしたものと思われる。また、前訴で勝訴した甲は、自己の所有権がもはや争われない旨を信頼しているはずである。にもかかわらず、乙が後訴においてこれを争うのは、甲の信頼を害する行為といえる。そこで、乙が、前訴基準時における甲の所有権を争うことは、信義則に反し許されないと解する。+乙の所有権の主張も一物一権主義から許されない。

ウ したがって、前訴基準時における甲ないし乙の所有権の存否を争うために乙が後訴において提出した攻撃方法は、審理判断の対象とならない。他方、基準時後に生じた事由は、審理判断の対象となる。

3 小問 3 について*守りの答案(特殊性にいくつかないで処理)

(1) 前訴の既判力は、前訴の当事者間たる甲乙にしか生じないのが原則である(115 条 1 項 1 号)。なぜなら、既判力の正当化根拠は手続保障の充足に基づく自己責任であるところ、かかる手続保障が及んでいるのは当事者のみであるのが原則だからである。

もっとも、丙が「承継人」(115 条 1 項 3 号)に当たれば、前訴の既判力が丙にも及ぶ。そこで、「承継人」の意義が問題となる。

思うに、紛争解決の実効性を確保しようとした法の趣旨に鑑み、「承継人」とは、広く紛争の主体たる地位を承継した者をいうと解する。

丙は乙から「A 土地の占有を譲り受け」ており、紛争の主体たる地位を承継したといえる。よって、「承継人」にあたる。

(2) したがって、前訴基準時における甲の明渡請求権の不存在についての判断が丙にも拡張され、かかる請求権の存否は審理判断の対象とならない。他方、基準時後の事情については、審理判断の対象となる。

請求原因は①甲が A 土地を占有していること、②乙が A 土地を占有していること。甲が提起した後訴の請求原因は、③甲が A 土地を所有していること(①と同じ)、④丙が A 土地を占有していること。そして、この④は②を構成する乙から譲り受けたことによるものであるというのですから、かかる係争物の占有を承継したことをもって、丙は「A 土地の明渡請求訴訟」の当事者適格を乙から伝來的に取得したものとといえます(適格承継説)。

第4章 請求と当事者の複数

第1 請求の複数

【論点】 請求相互間の関連性の要否

訴えの客観的併合の要件としては、①数個の請求が同種の訴訟手続によって審判されるべきものであること（136条）、②法律上併合が禁止されていないこと、③請求について受訴裁判所に管轄権があることが必要とされる。

なお、固有の訴えの客観的併合(原始的複数)においては、併合される請求相互間に一定の関連性があることは、原則として要件とされていない。

なぜなら、訴えの客観的併合が認められることは、原告にとってはもちろんのこと、被告にとっても、どのみち応訴するのであるから、かえって別々に応訴するよりも便宜である。しかも、訴訟の開始当初から同一手続で審理されるから、訴えの変更の場合と異なり、訴訟遅延や被告の防御の困難のおそれ、審級の利益を考慮する必要もないからである。

【論点】 併合訴訟と弁論の分離・一部判決の可否

(客観的)併合訴訟においても、裁判所は弁論の分離（152条1項）や一部判決（243条2項）をすることができるであろうか。

まず、単純併合の場合、審理の重複や裁判の不統一を回避する必要から、所有権確認請求と所有権に基づく引渡請求のように各請求が互いに関連するときは、弁論の分離や一部判決をすることはできないとする見解もある。

しかし、弁論の分離や一部判決は元来裁判所の裁量に属する事項である。

したがって、単純併合では、裁判所は弁論の分離や一部判決をすることができると解する。

ただし、先決関係にある請求が併合されている場合や、基本的法律関係を共通にする請求が併合されている場合には、弁論の分離や一部判決をすることは通常は適当でない。

これに対して、予備的併合や選択的併合（旧訴訟物理論の立場）については、各請求相互の関連性と判決の矛盾防止との関係で、弁論の分離や一部判決をすることはできないと解する。

備考 なお、共同訴訟においても、通常共同訴訟の場合には（38条）、合一確定の要請がないので（39条）、裁判所は弁論の分離や一部判決をすることができると解する。

これに対して、必要的共同訴訟（40条）や独立当事者参加訴訟（47条）では、合一確定が要請されるので（40条1項、47条4項）、裁判所は弁論の分離や一部判決をすることはできないと解する。

※Term

- ・単純併合：複数の請求のすべてについて無条件に判決を求める場合
- ・予備的併合：法律上両立し得ない複数の請求に順位を付し、先順位請求が認容されることを後順位請求の審判申立ての解除条件として併合する場合
- ・選択的併合：同一の目的を有し法律上両立することができる複数の請求を、そのうちの一つが認容されることを他の請求の審判申立ての解除条件として併合する場合

【論点】 客観的予備的併合と上訴

1. 原審が主位的請求棄却、予備的請求認容→被告のみが控訴

主位的請求棄却・予備的請求認容の第一審判決に対して、被告のみが控訴した場合、不服申立てがなされた予備的請求のみならず、主位的請求も控訴審に移審する（控訴不可分の原則）。

そして、控訴審の審判対象は当事者の不服申立てにより定まり（296条、304条）、控訴審は控訴人の不服の範囲を超えて不利益な判決をなし得ない（不利益変更禁止の原則）。

それでは、控訴審が主位的請求につき理由ありと判断した場合、不服申立てのない主位的請求棄却部分につき審理・判決することは許されるか。審理・判決することが不利益変更禁止の原則に反しないかが問題となる。

この点、主位的請求と予備的請求が表裏一体の関係にあり、主位的請求が排斥されたからといって、原告に控訴・附帯控訴（293条）の申立てを期待するのは酷であるとして、これを肯定する見解もある。

しかし、主位的請求と予備的請求は当事者にとって等価値とはいえず、原告は主位的請求棄却の原審の結論に対して不服があれば控訴・附帯控訴をすべきであり、そのことを期待することは十分可能。

そもそも、控訴審の審判対象は当事者の不服申立てにより定まるという原則は、民事訴訟法上の基本原理である処分権主義の現れであり、安易に変更すべきではない。

したがって、原告の**附帯控訴がない限り**、控訴審が主位的請求棄却部分につき審理・判決することは、不利益変更禁止の原則に反し**許されない**と解する（判例に結論同旨）。

↓

控訴審は、**主位的請求棄却部分**については**第1審の判決を維持**しつつ、**予備的請求**について第1審判決を取消し、**請求棄却判決**すべきである。

cf. 控訴・附帯控訴しない限り、原告は主位的・予備的請求の双方で敗訴しうるが、自己責任の問題。

cf. 選択的併合の場合

各請求は等価値であるから、控訴・附帯控訴の申立てを期待することは困難である。したがって、全部審理判断すべきである。

※原告のみが控訴

予備的請求にも理由がないとの判断に至った場合、控訴審は第一判決の予備的請求認容部分を取り消すことはできない。予備的請求の認容について被告から控訴も付帯控訴もない以上、原告が第一審判決で得た利便を奪うことはできない（民訴法304条）からである（**不利益変更禁止原則**）。

従って、この場合には控訴審は控訴棄却判決をしなければなりません

2. 原審が**主位的請求を認容**、**予備的請求棄却**→**被告のみが控訴**

上訴審で**予備的請求認容の判決を下すことが出来るか。**

1. 移審の問題

両請求は**密接不可分の関係**（付従的一体性）にあるから、主位的請求が排斥される可能性がある限り、予備的請求も控訴審に**移審**すると考える。

cf. 控訴不可分の原則は理由とならない。

同原則は、確定遮断・移審効が原判決の一部に対し不服を申し立てたとしても、その全部について生ずることをいう。→ 同原則は**一審で審理がなされた場合**に適用されるもの。

本件では、予備的請求については一審で審理されていない。

2. 審判対象の問題

予備的請求についても**自ら審判**できると解する（原告による控訴・附帯控訴は不要）。

なぜなら、**両請求は一体の関係**にあり、一審において**予備的請求も実質上は既に審理済み**といえ、**審級の利益を害することはない**からである。（+控訴審でも訴えの変更を行い予備的に訴えを追加することが許される（297条、143条）こととの均衡）

cf. 論パ194とは問題の所在が異なる。予備的請求については、第一審判決がないため、被告にはいまだ保護されるべき利益は生じておらず、不利益変更禁止の原則に反するかどうかは問題とならない。

ここでは、予備的請求については第一審で判断されていないことから審級の利益が害されないかが問題となるのである。

【論点】 訴えの変更

1. **訴えの変更**とは、**訴訟係属後に**、原告が当初からの手続を維持しつつ、当初の審判対象を変更することをいう。

2. 訴えの変更の態様としては、追加的変更、交換的変更の二つがある。

追加的変更とは、当初からの請求を維持しつつ新請求についても審判を求める場合である。それに対して、**交換的変更**とは、従来の請求に代えて、新請求につき審判を求める場合である。

交換的変更の法的性質には争いあるも、**訴えの追加的変更と訴えの取下げの組み合わせ**であると考えられる。いったん係属した審判対象を訴訟の審理から除くことは取下げに他ならないからである。

請求の範囲の変更のうち、請求の縮減については、訴えの変更の一態様と見ることもできそうである。しかし、一部請求が処分権主義からして当然できることからすれば、請求の縮減は、訴えの一部取下げと見るべきである。

cf.この点、判例は、交換的変更は、訴えの取下げと追加的変更との複合にほかならないとする。

しかし、交換的変更がなされた場合には、新請求の審判のために従来の審理が利用できることと、旧請求の訴え提起による時効中断効が訴え交換後も存続するという効果を認める必要性が大きい。かかる効果は訴訟終了を目指す訴えの取下げとは相いれない。遡及消滅するので(262条1項)

したがって、訴えの交換的変更を訴えの変更の独自の態様として認めるべきと解する。

ただし、被告の旧請求につき請求棄却判決を受ける利益は無視できず、訴えの交換的変更が認められるためには、訴えの取下げについての261条2項を類推適用し、被告の同意を要すると解すべきである。

3. 要件

- (1) 訴えの変更が認められるためには、訴えの併合の一般的要件に加えて、①請求の基礎に変更がないこと（請求の基礎の同一性）、②事実審の口頭弁論終結前であること、③著しく訴訟を遅延させないことが必要とされる（143条1項）。

②の要件について

「事実審の」という限定は143条にはなく、第二編「第一審の訴訟手続」の中に規定されていることから、「第一審の」口頭弁論終結前と読むのが素直である。しかし、297条により準用されているから、結局「事実審の」口頭弁論終結前といてよい。

なお、控訴審で訴えの変更がなされると、相手方の審級の利益が害されるのではないかとも思えるが、この点については、請求の基礎の同一性が認められた以上、第一審において主要部分についてはすでに審理済みであるといえるから審級の利益を害するとはいえない。（⇒控訴審での反訴については同意が必要である(300条)。なぜなら、反訴提起の要件である関連性はかなり広く認められているからである。）

では、いかなる場合に請求の基礎に変更がないといえるか。「請求の基礎」の同一性の意義が問題となる。

思うに、「請求の基礎」の同一性は、被告が防御目標を予想外のものに変更されて困惑することを避けるための、被告保護の要件である。

とすれば、「請求の基礎」の同一性とは、被告の利益を害しない場合、すなわち①新旧両請求の利益関係が社会生活上共通であり、②旧請求をめぐる裁判資料の継続利用が可能であることをいうと解する。

ただ、被告が同意した場合または異議なく応訴した場合には、請求の基礎の同一性は要求されないと考える。（∵被告保護の要件だから当然(注意：他の要件は必要！)

cf. 同一性が否定されたとしても…

被告の主張事実に立脚して訴え変更がなされた場合にまで否定されるのか。

そもそも、請求の基礎の同一性が要求された趣旨は、前述したとおり、被告の利益保護にあるところ、被告の提出した防御方法に立脚して訴えの変更を行う場合には、被告にとって予想外の変更とはいえず、被告が困惑することはない以上、上記趣旨は妥当しない。

そこで、かかる場合には、たとえ被告が現実にも同意しなくても、訴えの変更は許されると考える。

- (2) 手続的要件としては訴えの変更は書面でなされる必要がある(143条2項)。
(3) なお、交換的変更をするには相手方の同意も要件とされる。交換的変更は旧請求の継続を消滅させるので、相手方の既得地位が無に帰するおそれがあるからである。

甲は、その所有するA建物を乙が不法に占有していると主張して、乙に対し、A建物の明渡しを求める訴えを提起した。これに対し、乙は、A建物は既に取り壊されており、現在ある建物はその跡地に新築されたB建物であり、その所有権は乙にあると主張した。そこで、甲としては、仮に乙の主張が正しいとすれば、B建物の敷地であるC土地の所有権に基づいて、乙に対し、B建物を収去してC土地を明け渡すことを求めようと考えている。甲は、どのような手続をとることができるか。(平成2年度第2問)

1(1) まず、本問で甲がとることのできる手続としては、別訴を提起することが考えられる。

この点、甲の別訴は二重起訴(142条)として禁止されるのではないかが問題となるが、甲の旧請求は所有権に基づくA建物の明渡請求であるのに対し、新請求は土地所有権に基づくB建物収去C土地明渡しの請求であり、実体法上別個の権利に基づくものであるから、両請求は訴訟物を異にし、二重起訴には当たらないというべきである。

(2) しかし、現在ある建物は、A、Bいずれかであり、両請求は実体法上両立しないから、新請求は旧請求の予備的請

求の関係にある。よって、別手続で審理されると、弁論が併合(152条1項)されない限り、判断の矛盾抵触を生じ、あるいは両者とも棄却されるおそれがある。

= 「A建物は既に取り壊されており、現在ある建物はその跡地に新築されたB建物であり、その所有権は乙にある」との乙の主張は、後行訴訟では原則として顧慮されないからです。つまり、別訴によるときは、別個の訴訟物について、異なる訴訟法関係形成することは何ら妨げられず、乙がB建物の所有を否認又は譲渡による所有権喪失を主張して土地占有の事実を争うことは、特段の事情のない限り、許されます。

また、一般に、別訴によることは両当事者にとって手数がかかり、訴訟経済に反する等の不利益も存する。

2(1) そこで、甲は、旧訴の手続中において、B建物収去C土地明渡しを予備的請求として*追加できないか。*加點(乙が言っていることが本当かどうか分からないから)。訴えの追加的変更(143条1項)の可否が問題となる。

これが許されるためには、訴えの併合の一般的要件に加えて、①請求の基礎に変更がないこと、②著しく訴訟手続を遅滞させないこと、③事実審の口頭弁論終結前であること、が必要である(143条1項)。

本問では、このうち、「請求の基礎に変更がない」こと(①)、すなわち、請求の基礎の同一性があるかが問題となる。(2) 思うに、この要件が課されるのは、新請求の裁判資料が旧請求の裁判資料と全く異なることとなって被告の防御活動が困難となるのを避けるためである。= 『訴訟資料の利用可能性の観点から関連する紛争を効果的に取り込む(関連性のない紛争を雑多に取り込まない)と同時に予想外の請求に変更されないという被告の防御上の利益に配慮する趣旨』

とすれば、請求の基礎の同一性とは、新旧両請求の利益関係が社会生活上共通であり、かつ新請求において旧請求をめぐる裁判資料の継続利用が可能であることをいうと解すべきである。ただし、この要件は被告保護の要件であるから、被告の同意や応訴があれば、右要件を満たす必要はないと考える。

(3) これを本件についてみると、明渡しを求める対象は建物か土地かでありその違いは大きく、両請求の利益関係は社会生活上共通とはいえない。更に、A建物の所有権を基礎付ける裁判資料を、C土地の所有権を基礎付ける裁判資料として継続的に利用できるともいえない。

よって、請求の基礎の同一性は認められない。

したがって、乙の同意や応訴がない限り、甲は、訴えの追加的変更をなし得ないのが原則である。

(4) しかし、甲は、乙が主張した甲の請求の積極否認の内容となる、当該建物はAではなくBであるという重要な間接事実の主張に応じて訴えの変更を申し立てているのであり、にもかかわらず甲の訴えの変更を認めないのは甲に酷である。そこで、被告の主張事実^に立脚して訴え変更がなされた場合、請求の基礎の同一性の要件を満たさずとも訴えの変更を認めるべきではないか問題となる。=被告の主張事実^に立脚して訴え変更がなされた場合にまで否定されるのか。

そもそも、請求の基礎の同一性が要求された趣旨は、前述したとおり、被告の利益保護にあるところ、被告の提出した防御方法に立脚して訴えの変更を行う場合には、被告にとって予想外の変更とはいえず、被告が困惑することはない以上、上記趣旨は妥当しない。

そこで、被告の主張事実^に立脚して訴え変更がなされた場合に、被告が請求の基礎の同一性の要件のないことを主張することは、信義則(2条)に反して許されず、請求の基礎の同一性を欠いても訴え変更は可能と解する。

したがって、甲は、著しく訴訟手続を遅滞させたり、事実審の口頭弁論終結後であるなどの事情がない限り、請求の基礎の変更の有無を問うことなく、新請求の追加的予備的変更(143条1項)が可能である。

3 以上より、甲は、別訴提起と訴えの追加的予備的変更の手続をとることができる。

【論点】新請求が他の裁判所の専属管轄に属する場合

訴えの変更後の請求が他の裁判所の専属管轄に属する場合や、訴訟要件を欠く結果になる場合、かような訴えの変更は適法か。

思うに、これを認めなければ、新請求による訴訟は別訴によることとなる。しかし、別訴によるよりも訴えの変更を認めたほうが、従前の訴訟手続を利用でき、訴訟経済に資する。しかも、独立した起訴の場合、当初から管轄がない請求に対しては、却下ではなく移送によるから、かかる取り扱いとの均衡を図るべきである。

したがって、訴えの変更を適法とした上で、管轄裁判所に移送する手続をとるべきである。

【論点】反訴

1. **反訴**とは、係属中の本訴の**手続内で、関連する請求につき、被告が原告に対して提起する訴え**である。

原告には訴えの客観的併合、訴えの変更が認められるとされる。とすれば、公平の観点から、被告にもそれに対応した手段が認められるべきである。また、反訴を認めることによって、**審理の重複・矛盾する判決が下されることも回避**できる。反訴の趣旨はこのような点にある。

2. 要件

それでは、反訴が認められるためにはどのような要件が必要か。

この点、複数請求訴訟の**一般的要件に加えて**、①「本訴の目的である請求又は防御の方法と**関連する請求**」（146条1項本文）であること（反訴請求と本訴請求との**関連性**）が必要である。**右関連性**は、訴えの変更（143条）について要求される請求の基礎の同一性に対応し、**両請求がその内容又は発生原因において共通性があること**。または、**反訴請求が本訴請求を理由なからしめる事実と内容又は発生原因で共通する場合**にも認められる。さらに、②本訴事実審口頭弁論終結前であること、③著しく訴訟手続を遅延させないことも必要である。

なお、**控訴審での反訴提起**については、**原告の同意又は応訴を必要とする**（300条）。

それでは、右同意はあらゆる場合に必要なのであろうか。

思うに、控訴審での反訴提起に原告の同意又は応訴を必要とする趣旨は、**原告（反訴被告）の審級の利益を保護**する点にあるところ、**反訴請求につき実質上一審裁判所で審判がなされた限り、原告の審級の利益は害されない**。

よって、この場合には、原告の同意がなくとも反訴を提起できると解する（判例に結論同旨）。

例えば、土地明渡請求訴訟の第一審で、被告が賃借権を有する旨の抗弁が認められた場合、その控訴審で、被告が賃借権の確認を求める反訴を提起するに際しては、原告の同意を要しない。

【論点】反訴請求と本訴との関連性

本訴請求が占有権に基づくものである場合、本件に基づく反訴請求との間に**関連性を認めうるか**。民法202条との関係で問題となる。

思うに、旧法下と異なり、現行法上は、占有訴訟と本件訴訟の併合を禁ずる規定は無い。また、民法202条2項は防御方法の提出を制限したにすぎず、反訴請求の提起を禁ずる条項は存在しないということになる。

しかも、本件の場合、反訴を認めたほうが、被告の便宜、訴訟経済に資する。

したがって、本訴と反訴請求の**関連性を肯定し、反訴請求は適法である**と考える。

【論点】反訴要件を欠いた反訴

反訴要件を欠いているが、独立して訴えの要件を備えている場合、これを分離して審判することは認められるか。

この点、当事者意思、訴訟経済との合致との観点からすれば、**分離審判を認めるべきであるか**に見える。しかし、訴え提起の方式は要式行為であるから、安易に反訴提起の手続をもってこれに代えることは出来ない。

したがって、**分離審判は認められず、本件反訴提起は不適法却下される**にとどまる。

【論点】訴えの変更と反訴の比較

①**事実審の口頭弁論終結前**であること、著しく訴訟手続を遅滞させないこと、複数請求訴訟の**一般的要件**（管轄があること、同種の手続による処理が可能なこと（136条））

→両方の手続で共通して必要とされる

②**請求の基礎の同一性**

→反訴では請求の**関連性**

③控訴審における相手方の同意→訴えの変更では不要、反訴では必要

∵訴えの変更による新たな請求に関連する事項は一審で必ず審理されているから、手続保障に欠けていない
→反訴でも同様の事情があれば、同意は不要となる

④交換的変更における相手方の同意→反訴は必ず追加的変更なので問題にならない

【論点】 中間確認の要件

①請求の前提問題の確認に限定される

→請求の基礎の同一性、請求の関連性、訴訟手続遅延のおそれについては考慮する必要がない、手続保障の問題もない、相手方の同意も不要

②事実審の口頭弁論終結前であること、複数請求訴訟の一般的要件は必要

第2 当事者の複数

総論

共同訴訟とは、1つの訴訟手続に複数の原告又は被告が関与する訴訟形態をいう。

<通常共同訴訟、固有必要的共同訴訟及び類似必要的共同訴訟の違いについて>

①合一確定の要請の有無

「合一確定の必要」とは、40条によって訴訟資料の統一と手続進行の統一が要求されることをいう。通常共同訴訟においては、39条の共同訴訟人独立の原則が適用され、合一確定の要請がない。(もちろん、訴訟共同の必要もない。)

これに対して、必要的共同訴訟においては、判決が共同訴訟人ごとに区々となることが許されず、合一確定が要請される(40条)。

②訴訟共同の必要性の有無(必要的共同訴訟の中でさらに区別される)

「訴訟共同の必要」とは、講学上、一定範囲の者の共同訴訟となることが要求されることをいう。

固有必要的共同訴訟は、訴訟共同の必要があるのに対して、類似必要的共同訴訟は、訴訟共同の必要はない。

cf. このように、日本現行法の必要的共同訴訟は、言葉から予想される場所とは異なり、合一確定の必要に着目して設けられており、訴訟共同の必要のないものも、必要的共同訴訟(類似必要的共同訴訟)とされている点に注意すべきである。

cf. 訴訟共同の必要はあるが、合一確定の必要はないという類型は日本法には存在しない。

【論点】共同訴訟人間の証拠共通、共同訴訟人間の主張共通

共同訴訟人独立の原則(39条)とは、通常共同訴訟では、各共同訴訟人は他の共同訴訟人の訴訟追行に制約されることなく、それぞれ独自に訴訟を進行し、その効果を受けるという建前をいう。

これは、通常共同訴訟は、元来個別に提起し審判され得る訴訟を便宜的に併合したものにすぎず、裁判の統一は、弁論・証拠調べが同一期日・同一裁判官の下で行われることにより、事実上期待されるにすぎないことに基づく。

各自独立に請求の放棄・認諾、和解、自白、上訴、訴え・上訴の取下げなどを行うことができ、その効果も行為者と相手方との間においてのみ生ずる。また、1人について生じた中断・中止の効果も他の者に影響を与えない。その結果、訴訟資料は各共同訴訟人に共通ではなくなるし、訴訟の進行も結果も、かつまた、判決の確定時期も異なり得る。

裁判所も、訴訟の具体的状況に応じて、弁論の分離や一部判決をすることもできる。

通常共同訴訟では、上訴人とならないだけでなく、移審や確定遮断の効果も他の共同訴訟人には及ばない(注意：訴えの客観的併合の場合の上訴不可分の原則は、主観的併合訴訟には適用されない。なお、必要的共同訴訟の場合は、法40条の適用によって同様の結論になるのであって、上訴不可分の原則の結果ではない。)

Q 共同訴訟人間の証拠共通

共同訴訟人独立の原則からすれば、共同訴訟人の1人による証拠提出は、他の共同訴訟人には影響を及ぼさないはずである。しかし、常にこのように解しては、審理の重複回避、判決の矛盾回避といった通常共同訴訟の趣旨が必ずしも活かされない(事実上の利点にとどまるが…)。そこで、共同訴訟人の1人が提出した証拠につき、援用なくして他の共同訴訟人との関係でも判決の基礎とすることができないか、いわゆる共同訴訟人間の証拠共通を認めることができるかが問題となる。

確かに、証拠の申出自体には、(当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際には必ず当事者が申し出た証拠によらなければならないという)弁論主義の第三テーゼが妥当する。

しかし、いったん証拠が提出されれば当該証拠の評価は裁判官の自由であり、裁判における事実の認定は裁判官が自由に形成する心証に委ねられるところ(自由心証主義、247条)、一つの歴史的事実に対する心証は一つしかあり得ない。それにもかかわらず、共同訴訟人間の証拠共通を認めなければ、裁判官に不合理な事実認定を強いることになり、自由心証主義に抵触するおそれがある。(とすれば、証拠レベルにおいては弁論主義を厳格に適用すべきではなく、むしろ審理の重複・判決の矛盾抵触の回避のため、共同訴訟人独立の原則を修正した方が望ましいといえる。)

したがって、共同訴訟人間の証拠共通は認められると考える。

Q 共同訴訟人間の主張共通

共同訴訟人独立の原則からすれば、共同訴訟人の1人が行った主張の効力は、他の共同訴訟人には及ばないはずである。しかし、常にこのように解しては、審理の重複回避、判決の矛盾回避といった通常共同訴訟の趣旨が必ずしも活かされない(事実上の利点にとどまるが…)。そこで、共同訴訟人の1人が主張した事実につき、援用なくして他の共同訴訟人との関係でも判決の基礎とすることができないか、いわゆる共同訴訟人間の主張共通を認めることができるかが問題となる。

この点について、共同訴訟人間に当然の補助参加関係を認めた上で、主張共通を肯定する見解がある。

当然の補助参加関係

⇒ 当然の補助参加関係理論は、共同訴訟人間に補助参加の利益が存在する場合には、たとえ申出がなされていなくても補助参加があったものとして取扱い、それによって主張共通を導こうとする理論である。

すなわち、訴訟の結果について利害関係を有する場合には(42条)、43条・44条所定の補助参加手続を経なくても、当然に補助参加があったものとして扱われ、その結果、一部の共同訴訟人(補助参加人として扱われる者)がある事実を主張すれば、他の共同訴訟人(被参加人として扱われる者)も当該主張を行ったことになる(45条1項、2項)。よって、共同訴訟人の1人の主張の効力が他の共同訴訟人にも及ぶことになるのである。

しかし、いかなる場合に、この当然の補助参加関係が認められるのか**明確な基準を欠き**(補助参加の利益の判断は必ずしも容易ではない)、**訴訟の混乱を招きかねず採用しがたい**。(＋参加の申出(43条1項)及びそれに対する異議(44条1項)がないにもかかわらず、一々参加の利益の有無を審査しなければならないとすると、裁判所の負担の増大をもたらすことにもなる。＋補助参加の申出がないにもかかわらず補助参加の効力を認める根拠がない。このような処理を容認すると、事実上、法40条の適用があったのと同じことになり、通常共同訴訟において妥当する共同訴訟人独立の原則(39条)に正面から反することになる。)

そもそも、通常共同訴訟は、**本来別個に訴訟を提起し**審判され得る数個の請求が**便宜上同一手続**で審判されているにすぎない。つまり、**便宜上併合された訴訟ごとに弁論主義が妥当することになる**(別訴として存在する場合と同視されるわけである)。そうである以上、**明文がないにもかかわらず、弁論主義(ここでは第1テーゼ)という基本原則に例外を認めることは妥当ではない**。(通常共同訴訟において判決矛盾を回避することができるという利点はあくまでも事実上のものであり、法律上の強い要請ではないのである。)

また、主張共通を認めなくても、**裁判所の適切な釈明権行使**(149条1項)により、不都合な事態は回避することができる(積極的釈明の限界は問題となり得るが…)

したがって、共同訴訟人間の主張共通は否定し、原則どおり他の共同訴訟人の援用が必要であると解する。

⇒ 他の共同訴訟人の援用がない限り、当該主張をしていない共同訴訟人との関係においては、当該事実を判決の基礎とすることができない(弁論主義の第1テーゼ)。

甲は、土地の所有権に基づき、その土地上に建物を所有する乙に対して建物取去土地明渡しの訴えを提起し、次いで、右建物を乙から賃借して居住している丙に対して建物退去土地明渡しの訴えを提起した。その後、この二つの事件は、併合して審理された。

次の各場合について答えよ。

- 1 乙のみが甲乙間の賃貸借契約の成立を主張した場合、この乙の主張は、甲丙間の訴訟に影響を及ぼすか。
- 2 乙も丙も、甲乙間の賃貸借契約の成立を主張したが、乙のみがその立証のために証拠の申出をし、その取調べが行われた場合、この証拠調べの結果は、甲丙間の訴訟に影響を及ぼすか。

(昭和53年度第2問)

1 小問1について

(1) 甲乙間の建物取去土地明渡しの訴えと甲丙間の建物退去土地明渡しの訴えは、**もともと別個の訴訟**が併合されたにすぎず、また**判決効が拡張される場面でもない***ため**通常共同訴訟**に当たると解する。*類似必要でもないということ

★★★(2) 共同訴訟人独立の原則からすれば、共同訴訟人の1人が行った主張の効力は、他の共同訴訟人には及ばないはずである。しかし、常にこのように解しては、審理の重複回避、判決の矛盾回避といった通常共同訴訟の趣旨が必ずしも活かされない(事実上の利点にとどまるが…)。そこで、共同訴訟人の1人が主張した事実につき、援用なくして他の共同訴訟人との関係でも判決の基礎とすることができないか、いわゆる**共同訴訟人間の主張共通を認めることができるか**が問題となる。

この点について、共同訴訟人間に当然の補助参加関係を認めた上で、主張共通を肯定する見解がある。

当然の補助参加関係

⇒ 当然の補助参加関係理論は、共同訴訟人間に補助参加の利益が存在する場合には、たとえ申出がなされていなくても補助参加があったものとして取扱い、それによって主張共通を導こうとする理論である。

すなわち、訴訟の結果について利害関係を有する場合には(42条)、43条・44条所定の補助参加手続を経なくても、当然に補助参加があったものとして扱われ、その結果、一部の共同訴訟人(補助参加人として扱われる者)がある事実を主張すれば、他の共同訴訟人(被参加人として扱われる者)も当該主張を行ったことになる(45条1項、2項)。よって、共同訴訟人の1人の主張の効力が他の共同訴訟人にも及ぶことになるのである。

しかし、いかなる場合に、この当然の補助参加関係が認められるのか明確な基準を欠き(補助参加の利益の判断は必ずしも容易ではない)、訴訟の混乱を招きかねず採用しがたい。(＋参加の申出(43条1項)及びそれに対する異議(44条1項)がないにもかかわらず、一々参加の利益の有無を審査しなければならないとすると、裁判所の負担の増大をもたらすことにもなる。＋補助参加の申出がないにもかかわらず補助参加の効力を認める根拠がない。このような処理を容認すると、事実上、法40条の適用があったのと同じことになり、通常共同訴訟において妥当する共同訴訟人独立の原則(39条)に正面から反することになる。)

そもそも、通常共同訴訟は、本来別個に訴訟を提起し審判され得る数個の請求が便宜上同一手続で審判されているにすぎない。つまり、便宜上併合された訴訟ごとに弁論主義が妥当することになる(別訴として存在する場合と同視されるわけである)。そうである以上、明文がないにもかかわらず、弁論主義(ここでは**第1テーゼ**)という基本原則に例外を認めることは妥当ではない。(通常共同訴訟において判決矛盾を回避することができるという利点はあくまでも事実上のものであり、法律上の強い要請ではないのである。)

また、主張共通を認めなくても、裁判所の適切な釈明権行使(149条1項)により、不都合な事態は回避することができる(積極的釈明の限界は問題となり得るが…)。

したがって、共同訴訟人間の主張共通は否定し、原則どおり他の共同訴訟人の援用が必要であると解する。

⇒ 他の共同訴訟人の援用がない限り、当該主張をしていない共同訴訟人との関係においては、当該事実を判決の基礎とすることができない(弁論主義の第1テーゼ)。

(4) したがって、乙の主張は甲丙間の訴訟に影響を及ぼさない。

2 小問2について

★★★(1) 共同訴訟人独立の原則からすれば、共同訴訟人の1人による証拠提出は、他の共同訴訟人には影響を及ぼさないはずである。しかし、常にこのように解しては、審理の重複回避、判決の矛盾回避といった通常共同訴訟の趣旨が必ずしも活かされない(事実上の利点にとどまるが…)。そこで、共同訴訟人の1人が提出した証拠につき、援用なくして他の共同訴訟人との関係でも判決の基礎とすることができないか、いわゆる共同訴訟人間の証拠共通を認めることができるかが問題となる。

確かに、証拠の申出自体には、(当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際には必ず当事者が申し出た証拠によらなければならないという)弁論主義の第三テーゼが妥当する。

しかし、いったん証拠が提出されれば当該証拠の評価は裁判官の自由であり、裁判における事実の認定は裁判官が自由に形成する心証に委ねられるところ(自由心証主義、247条)、一つの歴史的事実に対する心証は一つしかあり得ない。それにもかかわらず、共同訴訟人間の証拠共通を認めなければ、裁判官に不合理な事実認定を強いることになり、自由心証主義に抵触するおそれがある。(とすれば、証拠レベルにおいては弁論主義を厳格に適用すべきではなく、むしろ審理の重複・判決の矛盾抵触の回避のため、共同訴訟人独立の原則を修正した方が望ましいといえる。)

したがって、共同訴訟人間の証拠共通は認められると考える。

(3) したがって、乙の申出による証拠調べの結果は、甲丙間の訴訟に影響を及ぼし得る。

【論点】主観的選択的併合・主観的予備的併合の可否

主観的予備的併合とは、共同訴訟人と相手方との間の、実体法上両立しない請求につき、主位原告の、又は主位被告に対する請求の認容を解除条件として、予備的に予備的原告の、又は予備的被告に対する請求の審判を求める場合をいう。例えば、本人を主位被告として契約の履行を請求し、その請求が無権代理を理由として棄却される場合に備えて、代理人を予備的被告とする場合である。

このような共同訴訟の形態が認められるであろうか。明文なく問題となる。

この点、原告にとっての便宜及び裁判の統一の必要性から、主観的予備的併合を認める見解もある。

しかし、予備的被告に対する訴訟は、主位被告に対する請求の認容判決が確定すれば、予備的被告の同意なしに遡及的に訴訟係属が消滅してしまう。しかも、後日再び同一請求について訴えられる可能性もある。これでは予備的被告の地位は不安定であり、また原告の便宜に比べて不公平である。

また、共同訴訟人と相手方間との間の実体法上両立し得ない複数の請求につき、原告の申立てにより、弁論と裁判の分離を禁ずることとする同時審判申出共同訴訟（41条）によって、主観的予備的併合とほぼ共通の目的を達することができる。

したがって、主観的予備的併合は認めるべきではないと解する（判例に結論同旨）。

主観的予備的併合訴訟における予備的被告の不利益は解消されるのか。

(1) 被告の不利益(応訴上著しく不安定、不利益な地位)

- i いつ自分に対する請求の審理に入るのか不明であり、他人に対する主位請求の審理に終始拘束されることになる。
- ii 主位被告に原告が勝訴し、認容判決が確定すれば、予備的被告への請求は解除条件が成就するから判決は出されず(主位被告に対する請求を認容する判決が出るということは予備的被告に対する請求を棄却する判決が出る可能性が極めて高いにもかかわらず、その機会が一方的に奪われる)、予備的被告の同意なしに遡及的に訴訟係属は消滅してしまう。しかも、後日再び同一請求について訴えられる可能性もある。

(2) 同時審判申出共同訴訟(41条)

- i 通常共同訴訟であるから、当初から両被告に対する請求の審理が行われる。
- ii 通常共同訴訟であり、ただ弁論の分離・一部判決が禁止されるにすぎないから、両被告に対して判決が出されるし、被告の同意なくして消滅しない。また、判決が出され既判力が生じている以上、再び同一請求について訴えられる可能性もない。(いずれの訴訟についても上訴がなされた場合に限り併合されるにすぎないため(41条3項)、上訴との関係で限界はあるが、少なくとも第1審においては原告の請求が両方とも棄却されるという事態を防止するという目的は達成できる。)

批判:『共同訴訟形態は、あくまで通常共同訴訟であるため、被告の一方が上訴したときは、当該被告との関係における請求のみが移審することとなり、その全体が移審するわけではない。そしてこの場合、原告は、少なくとも被告のいずれか一方に対しては勝訴判決を得ることができ、同時に他方に対しては敗訴判決を受けることになるはず。この点、被告の一方に対して敗訴した原告としては、勝訴した他方については満足していたとしても、仮に敗訴被告が上訴してその部分だけが移審すると、控訴審では敗訴する危険が生じ、結果的にみて、双方に敗訴するおそれが生じる。そのため、原告としては、敗訴被告による上訴の可能性を慮って、自らも上訴を提起して併合形態を維持しておくことを事実上余儀なくされる。』

反論:『論理的に合一確定が要求されるが共同訴訟人間に利害対立がある場合であり、主張・証拠共通の原則も明示の援用がない限り許されるべきではないし、主観的予備的併合を認める場合を一定の場合に限定しないと、必ず勝てる訴訟形態だけに濫用のおそれも大きい。主観的予備的併合によらざるを得ない事情を被告側が作り出している場合はともかく、それ以外の場合は、同時審判を行う通常共同訴訟として取り扱うほうが、共同訴訟人間の利害の相違による訴訟活動の相違を反映できてむしろ妥当ではないだろうか』

【論点】同時審判申出訴訟

1. 同時審判の申立の要件は①実体法上両立しない請求であること②控訴審の口頭弁論終結時までには申出があることである。

①両立しないとは法的に択一関係にあることである。そして、かかる関係は請求原因事実の一部が抗弁事実の一部となるような場合が「法律上両立しえない」場合に認められる。複数被告に対する請求が「事実上」両立しえない場合(ex・契約の相手方が甲か乙のいずれかだとして履行を請求する場合など)は適用されない。

2. また、同時審判の申出の制度は原告の両負けを防ぐためのものであるから、原告は控訴審の口頭弁論終結時まで撤回できる(規則19条1項)。

【論点】 必要的共同訴訟における共同訴訟人独立の原則の修正

必要的共同訴訟とは、判決が各共同訴訟人ごとに区々となることが許されず、**法律上合一確定が要請**される共同訴訟をいう（40条）。

必要的共同訴訟においては、合一確定の要請が働くため、共同訴訟人間で裁判資料及び訴訟進行の統一を図ることが必要となる。

そこで、必要的共同訴訟においては、共同訴訟人独立の原則（39条）が修正される。

すなわち、まず、裁判資料の統一の見地から、共同訴訟人の一人がした訴訟行為は、それが他の共同訴訟人にとっても有利なものである場合には、全員のために効力を生じ、不利なものは他の共同訴訟人にはもとより、行為者についても効力は生じない（40条1項）。逆に、相手方のなした訴訟行為は、共同訴訟人の一人に対してなされたものであっても、全員に対して効力を生じる（同2項）。

また、訴訟進行の統一の見地から、共同訴訟人の一人について手続の中断あるいは中止の事由が生じた場合には、訴訟の進行は、共同訴訟人の全員について停止される（同3項）。

さらに、合一確定が要請される以上、裁判所は、**弁論を分離**したり（152条1項）、**一部判決**（243条2項3項）をすることは許されず、判決の確定も全員について上訴期間の経過があったときに初めて生じると解する。

【論点】 類似必要的共同訴訟における合一確定の要請の意義

類似必要的共同訴訟とは、**単独で訴え又は訴えられるが**、判決効拡張による判決の矛盾を防止するため、**いったん共同訴訟とされた以上は合一確定が要請**される共同訴訟をいう。

ここで、合一確定の必要ある場合とは、類似必要的共同訴訟の目的が判決効拡張による**判決の矛盾回避**にある以上、同一人に対する判決の効力の衝突を避けなければならない**法律的要求のある場合**、すなわち、**共同訴訟人の一人が受けた判決の既判力（114条1項）が、他の共同訴訟人にも及ぶ場合**をいうと解する。

類似必要的共同訴訟の例としては、**数人の株主が提起する株主総会決議取消しの訴え（会社法831条）・同無効確認の訴え（同830条2項）、数人の債権者による債権者代位訴訟（民法423条）**等がある。

【論点】 通常共同訴訟と固有必要的共同訴訟の区別

固有必要的共同訴訟とは、利害関係人の全てが訴え又は訴えられなければ、当事者適格が認められない共同訴訟類型をいう。ex 会社法855条

では、いかなる場合に固有必要的共同訴訟となるのか。通常共同訴訟と固有必要的共同訴訟の区別の基準が、明文なく問題となる。思うに、**民事訴訟は実体権の実現・処分のプロセス**である（以上、当事者適格の選別にあたっては**実体法上の管理処分権の帰属の態様等が基準**となるはずである）。

もっとも、一方で、**当事者適格は訴訟進行権という訴訟上の権能に関わる問題**でもある（以上、その決定については、紛争解決の実効性、訴訟経済等の諸要請との関係における**訴訟政策的判断が必要不可欠**である）。

そこで、**実体法上の管理処分権の帰属態様を基準**としつつ、**訴訟政策的観点から調整**を図るのが妥当と解する。

★共有関係訴訟

<総論>

①実体法的観点

実体法上の管理処分権が、全体として全員に帰属するのか（共同で行使する必要がある）、各人にそれぞれ帰属しているのか（共同で行使する必要はない。単独行使可能な実体権）。

持分権・共有権、保存行為（民法252条ただし書）、不可分債権・不可分債務（民法428条以下）など。

②訴訟法的観点

裁判を受ける権利（憲法32条）の侵害のおそれ、手続保障を充足させる必要性の有無・程度、合一確定の要請の有無・程度、訴訟経済、手続の安定、紛争解決の実効性など

<各論>

1 原告側が共同訴訟人（共同所有者→第三者）

(1) 共有・合有の場合

①実体法的観点

★共有持分権

→ 各共有者は、それぞれ共有物の全部を、その持分に応じて自由に使用することができる（民法 249 条）。そうである以上、自己の持分権について妨害状態が生じている場合には、持分権に基づく妨害排除請求権を単独で行使することができる（保存行為という構成を持ち出す必要はない）。

★共有権

→ 共有者全員の有する一個の所有権（管理処分権）であるため、それ自体は単独で行使することができない実体権である。

↓しかし…

☆保存行為

共有者各人に管理処分権が認められることになる（単独行使可能）。

i 共有権の確認

この場合、共有者全員の有する一個の所有権、すなわち共有権そのものが訴訟物となっており、共有者全員との間で矛盾のない解決を図る必要性が高い。個別に共有権の確認がなされたとしても、相互に矛盾したものであれば、紛争の直接的かつ抜本的な解決が図られないからである（確認の利益を基礎づけられない？）。

よって、「保存行為」には当たらない（最一小判昭 46・10・7 民集 25-7-885）。

↓

固有必要的共同訴訟となるため、共有者全員が原告となって訴えを提起すべきである。なお、訴えの提起に同調しない者がいる場合には、その者を被告として訴えを提起することもできる（最一小判平 20・7・17）。

ii 妨害排除請求としての所有権移転登記「抹消」登記手続請求

当該請求は不実の登記を消滅させるにすぎず（登記を受領するという側面がない）、共有物の現状を維持する行為といえるから、保存行為に属するといえる。そして、保存行為については、実体法上、各人に単独の処分権を認めている（民法 252 条ただし書）。

よって、訴訟法上も、単独で行使することができる（「共有権」に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記「抹消」登記手続請求権）。

iii 所有権「移転」登記手続請求

抹消の場合と異なり、登記の受領という側面がある以上、共有者の一人にすぎない原告名義に全部の移転登記を命ずるのは実体関係を反映しない登記を作出するに等しく、抹消の場合と同列に考えることはできない（移転登記は、共有者全員の登記を実現するのが目的であるところ、一人による移転登記請求は、もし一人だけの登記にしてしまうのであれば実態に合わない不当な請求であり他者を害することになる）。そのため、所有権移転登記手続請求を、現状維持行為としての保存行為ということとはできない。

よって、共有者全員を原告として訴訟に関与させる必要があるといえ、固有必要的共同訴訟とされた。

☆不可分債権

建物の占有の移転という性質上不可分の給付を求める建物明渡請求権は、不可分債権といえる。そして、不可分債権は、実体法上、各債権者が単独ですべての債権者のために行使することができる権利である（民法 428 条）。

c f. 建物明渡請求は、抹消登記請求と異なり、占有の受領という側面があるため、移転登記請求の場合と同じく、保存行為という構成を採用しづらかったのであろう。

②訴訟法的観点

判例は言及していない。

☆通常共同訴訟という結論に傾く要素

固有必要的共同訴訟と解すると、訴訟提起を困難にし、裁判を受ける権利が制約されるおそれがあるということ。

☆固有必要的共同訴訟という結論に傾く要素

合一確定の要請が強い。手続保障を充足させる必要性が高い。

(2) 総有の場合

①実体法的観点

★入会権

構成員全員に総有的に帰属するものである以上、単独で行うことはできない（個々の構成員は、入会権そのものの管理処分については入会部落の一員として参与しうる資格を有するだけで、共有におけるような持分権またはこれに類する権限を有するものではない。）。

→入会権そのものの確認訴訟や入会権に基づく妨害排除請求訴訟は、固有必要的共同訴訟。

→共有でない以上、民法 252 条を適用することはできない。

↓そこで…

★使用収益権

使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能である以上、各自単独で行うことができる。

→ 使用収益権の確認訴訟や使用収益権に基づく妨害排除請求訴訟は、通常共同訴訟。

しかし、使用収益を行う権能は、本件山林に立ち入って採枝、採草等の収益行為を行うことのできる権能にとどまるため、特段の事情のない限り、地上権設定に関する登記が存在することのみによっては格別の妨害を受けることはない。よって、使用収益権に基づく妨害排除請求として登記抹消手続請求はできない（「請求棄却」であって、「却下」ではない）。

②訴訟法的観点

いろいろ…

そうすると…

↓

入会権自体に基づいて地上権設定仮登記抹消登記請求をするべきであるが、これは固有必要的共同訴訟にあたるため、全員が原告となって訴訟を提起するしかない。

ただ、全員を共同原告にするのは事実上不可能であるため（相続等によって権利者が変わり、その者の行方が不明である場合や、訴え提起に反対する者がいる場合）、入会権者の提訴権を事実上奪うという批判が出される。

そこで、①原告とならないものを被告にして、訴えを提起することが考えられる。行方が不明の者に対しては公示送達の方法により対処することが可能である（民訴 110 条以下）。

↓しかし、煩雑な手続を経なければならない…

そこで、②入会団体自体を当事者として訴えを提起することが考えられる（明文のない任意的訴訟担当）。これによれば、規約等において必要とされる総会の議決等の手続による授權（多数決）で足りることになる。（cf. 法人格なき社団についても当事者能力は認められている（民訴 29 条）。）

2 被告側が共同訴訟人（第三者→共同所有者）

①実体法的観点

共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、～土地所有者は、必ずしも全員に対して同時に訴えを提起し、同時に判決を得ることを要しない。

②訴訟法的観点

i 固有必要的共同訴訟と解するならば、手続上の不経済と不安定を招来する可能性がある。

→ 争う意思を全く有しない共同訴訟人をも被告としなければならない。

→ 被告たる共同訴訟人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたった者がある場合でも、当該被告がこれを認諾し、または原告がこれに対する訴えを取下げ等的手段にでることができず、いたずらに無用の手続を重ねなければならない。

→ 被告全員の把握は必ずしも容易ではない。

ii 通常共同訴訟であると解しても、一般に、土地所有者は、共同相続人各自に対して債務名義を取得するか、あるいはその同意をえたとでなければ、その強制執行をすることが許されないのであるから、直ちに被告の権利保護に欠けるものとはいえない。

c f. 不動産の共有名義の所有権移転登記の抹消登記手続請求

⇒固有必要的共同訴訟（最判昭 38・3・12 民集 17-2-310）。

これは各共有者に対する判決が別個になされて判断がまちまちになると解決の実効性が損なわれるとの訴訟法的見地からの理解が可能であるほか、判決で敗訴することは実体法上共有物の処分に相当することから、共有者の1人は他の共有者の同意がない限り、単独で共有物の処分をすることができないとする実体法的見地からの理解、あるいはその双方による説明が可能です。

3 共同所有者間

(1) 遺産確認の訴え・相続権不存在確認の訴え ⇒ 固有必要的共同訴訟

①実体法的観点

共同所有関係（「何を」「誰と」共有しているのかという関係）を審判の対象とするものであるから、共同訴訟人全員につき合一に確定すべきである。

②訴訟法的観点

遺産帰属性や相続欠格事由の有無等は、当該訴えに続く遺産分割審判手続の基本的な前提となる事項であるため、遺産分割審判の手続及び右審判の確定後において、上記の点に関する紛議の発生を防止する必要性が高く、合一確定の必要性が高い。（訴えの利益が認められる実質の根拠に着目。共有持分権確認の訴えでは代替できない。）

当事者全員を把握することが容易であることが多い。また、訴えを提起することに同調しない者を被告として訴えを提起することも可能である。以上から、提訴権（裁判を受ける権利（憲法32条））を事実上奪うことにもならない。

(2) 遺言無効確認の訴え ⇒ 固有必要的共同訴訟ではない

共同相続に関する遺言については様々な遺言の内容が考えられ（遺贈のみならず、後見人の指定など）、その中には共同相続人の全員に必ずしも強い利害関係を有しないものもある可能性があり、このような遺言については、関係当事者間で訴訟を行うことにより紛争が終息することも考えられる。

一方、遺産の帰属性（遺産分割対象の範囲）や、相続人の欠格事由の有無等（遺産分割当事者の範囲）については相続人全員について強い利害関係が認められるので全員で訴訟を行うことにより紛争を解決する必要がある。

このような違いから、判例の判断の差異を説明できると思われる。

(3) 単独登記をした共有者に対して、共有持分権に基づき所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟 ⇒ 通常共同訴訟

①実体法的観点

共有持分権→単独行使可能

②訴訟法的観点

同上



持分権に基づく請求の範囲は、その持分の範囲に限られるか。（ex. 共有持分権に基づく妨害排除請求として「全部」の抹消登記手続請求をすることができるか。）

確かに、被告たる共有者も共有持分権を有している以上、自己の持分についてのみの一部抹消登記手続請求しかできないのが原則である（最判昭59・4・24）。

しかし、不動産登記制度の趣旨は、本来、その実体的権利関係を公示することのみならず、実体的権利関係の変動の過程を公示することによって、不動産取引の安全を図る点にある。そうである以上、問題となっている登記が実体的権利関係の真実の変動の過程を反映していない不実の登記である場合には、全部抹消することが上記の制度趣旨に合致するといえる。

そこで、実体的権利関係の真実の変動の過程を反映していない不実の登記については、例外的に、共有持分権に基づき、保存行為として、その全部の抹消を請求することができる（東京高判平8・5・30）。

【論点】固有必要的共同訴訟と訴えの取下

類似必要的共同訴訟における訴えの取下

類似必要的共同訴訟では、もともと訴訟共同の必要は存在しないのであるから、一人による又は一人に対する訴えの

取下げは適法となる。

固有必要的共同訴訟における訴えの取下を

訴えが一人につき取り下げられると、全員が当事者となるという固有必要的共同訴訟の前提が崩れ、**当事者適格の欠缺により他の者との関係でも訴え却下となってしまふ**。これは、他の共同訴訟人にとって、**請求認容 or 棄却判決を得る機会を失うことになるため不利益**となる。

よって、固有必要的共同訴訟では一人による又は一人に対する訴え取下げは許されず、行為者との関係においても、取下げの効力は生じない**(40条1項反対解釈)**。

【論点】明文無き主観的追加的併合の可否

主観的追加的併合とは、訴訟の係属中に、第三者が当事者に対する請求の併合を求めたり、従来の当事者が第三者に対する請求の併合を求めることで、第三者が追加的に当事者となり、共同訴訟となる場合をいう。

現行法上、主観的追加的併合を明文をもって認めたものとしては、共同訴訟参加(52条)、準独立当事者参加(47条)、参加承継・引受承継(49条ないし51条)がある。

それでは、**明文のない場合にも主観的追加的併合を認めることができる**だろうか。

確かに、主観的追加的併合を認めることは、審理の重複や判決の矛盾を防止する意味で有用とも思われる。

しかし、明文がない主観的追加的併合を一般的に認めることは、**訴訟を複雑なものとし、訴訟遅延を招くおそれがある**。また、第三者を訴訟に参加・引受けさせる必要があるときは、**新訴の提起と弁論の併合(152条1項)**で対処し得る。**(裁判所に委ねるといふ発想)**

よって、明文なき主観的追加的併合を認めることはできないと解する(判例に結論同旨)。

総論

	当事者適格	判決効の拡張
独立当事者参加 (47条)	○	—
共同訴訟参加 (52条)	○	○
共同訴訟的補助参加 (解釈)	× (注意)	○
補助参加 (42条)	—	—

注意：共同訴訟参加をすることが可能であるにもかかわらず補助参加の途を選択した場合には、補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解し、40条1項の類推適用など、共同訴訟参加をしたのと同様の効力を認めることは相当ではないといふべきである(最判昭63. 2. 25)。→この場合は、単なる補助参加人としての地位しか認められない。

<共同訴訟参加(52条)について>

ex. 株主総会等の決議の不存在又は無効確認の訴え(会830条)・取消しの訴え(会831条)に、他の株主が共同訴訟人(当事者)として参加する場合

要件

- i 訴訟の係属中
- ii 判決効が拡張される地位にあり、当事者適格を有すること

効果

- i 類似必要的共同訴訟になる。
- ii 固有必要的共同訴訟で当事者たるべき者が欠落していた場合にも、その欠落していた者が共同訴訟参加することにより、当事者適格を欠くという瑕疵は治癒される。

【論点】独立当事者参加

<三面訴訟の審判>

各当事者の手続保障を確保しつつ、紛争を統一的に解決する必要(矛盾のない合一確定)

↓

40条1項ないし3項が準用(47条4項)。

+

弁論の分離(152条)、一部判決(243条2項、3項)は許されない。

<注意>

必要的共同訴訟のように判決矛盾を回避するために合一確定の「必要」があるとまではいえない。既判力が拡張されるわけでもなく、判決矛盾の危険は生じないからである(だからこそ通常共同訴訟によることもできるのである)。この意味で、独立当事者参加の場合における40条の準用は本質的な合一確定の要請によるものではない。当事者のイニシアティブをもって独立当事者参加がなされた以上、実体的に両立しない多面的な紛争を訴訟上のみならず実体的にも矛盾なく一挙に解決しようとしたものが独立当事者参加なのである。

⇒ いったん独立当事者参加により三面訴訟が生じた以上、実体的にも矛盾のない解決をしてもらうという利益をどこまで重視するかが重要なポイントとなる。

【論点】独立当事者参加の要件

1. 詐害防止参加(47条前段)の要件

「訴訟の結果によって権利が害される」とは、客観的に詐害的訴訟進行が行われている場合に、その結果、間接的に自己の権利を侵害される恐れがある者をも包含すると解する(判決効が及ぶ者に限定されない)。

当事者の訴訟進行の態様の具体例：準備もせずに欠席しているような場合、自白・請求の放棄・認諾等の不利な訴訟行為をしようとしている場合、上訴すべきなのに当事者がしようとならない場合のなど。

2. 権利主張参加(47条後段)の要件

権利主張参加：「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」

⇒ 他人間の訴訟における請求と参加人の請求とが論理的に両立しえない関係にあることが必要である。

注意：「請求の趣旨レベルで」論理的に両立し得ないと言う場合、その意味するところは論者によって異なる。請求の趣旨は実体的な権利・法律関係が反映されているものであるから、「実体的な権利・法律関係＝訴訟物レベルで」という意味で使う論者と、請求の趣旨の表面上の記載を重視し、文字通り「請求の趣旨レベルで」という意味で使う論者がいる。(以下の二重譲渡事案で分かれる。)



当てはめ：二重譲渡事案

確かに、対抗要件による実体法上の権利帰属の相対性から(民法上、Xを起点とした二重譲渡の場合、YとZは登記を具備するまで互いに自ら所有権を主張できないとされているので、互いに相手の主張を排斥できない。)、両譲受人の移転登記手続請求権は論理的に両立することになる(訴訟物のレベルで両立するか否かをみている。)

しかし、同一不動産の登記はYかZのいずれか一方しか具備できない以上、同じ不動産につき移転登記を求めるYの請求とZの請求は請求の趣旨レベルで両立しないというべきである(請求権＝訴訟物自体は両立しても、「Yに移転登記手続をせよ」ということと「Zに移転登記手続をせよ」ということは両立しない。法的には併存するが、一方が履行されれば他方の履行は不可能になるという意味で両立しない。)。そして、Yが勝訴して登記を具備すると、Yは対抗要件を満たし、Zの地位は法的に害されるので、Zの権利主張参加は認められるべきである。(二重譲渡を受けた二人が互いの請求を排斥できないことは本案審理の問題である。)

よって、独立当事者参加することができる(通説)。

cf. 訴訟物レベルで考える説であっても、一物一権主義を介在させ、実体法上非両立と説明することもできる。

【論点】上告審での独立当事者参加の可否

上告審で第三者は独立当事者参加をなしうるか。

思うに、上告審では、参加人の請求の当否の審判ができない。また、この者は下級審で敗訴したわけでないから、上告の利益もない。

したがって、本論点は否定的に解するべきである。

【論点】敗訴当事者の一部の者による上訴

独立当事者参加においては、合一確定の要請から、一人の上訴により、全判決の確定が遮断され上級審に移審すると解されている(上訴不可分の原則)。(←訴えの客観的併合の場合の上訴不可分の原則は、主観的併合訴訟には適用されない。)

その場合、上訴しなかった者の地位はどうなるのであろうか。上訴審においては不服の限度でのみ審判し得るとされる(296条1項、304条)こととの関係で問題となる。

この点、上訴により判決の確定が阻止されるが、これは敗訴当事者にとって利益であるから、40条1項が準用され、上訴しない当事者も上訴したことになり、上訴人となるとする見解がある。

しかし、主体的に争う意思がない者を上訴人とするのは当事者の通常の意味に反する。また、上訴しなかった者も敗訴した場合には、上訴費用を負担すべきことになるが(61条)、これは不当である。(さらに、三面訴訟の当事者には連合関係がない以上、敗訴当事者の一人が上訴しても、これを他の敗訴当事者のために有利な行為とみることはできず、むしろ40条2項にいう共同訴訟人の一人に対する訴訟行為と解すべきである。)

そこで、上訴しなかった者は被上訴人にとどまると解する(40条2項準用、判例に結論同旨)。

【論点】独立当事者参加と上訴審の審判 X→Y；Z参加/第1審Z勝訴、Yのみ上訴/控訴審Y勝訴⇒XZ間を○→×??

独立当事者参加がなされ、一審判決がなされた後、当事者の一人が上訴しなかった場合、上訴審で、この者の敗訴部分をこの者に有利に変更することができるか。

確かに、上訴しなかった者は被上訴人となると解され、この者に有利な判決をすることは、不利益(利益)変更禁止の原則(304条)に反し、できないようにも思われる。(Xは不服申立てしていないから)

しかし、このように解すると、合一確定により、多面的紛争を一挙に矛盾なく解決しようとした独立当事者参加制度の趣旨に反するおそれがある。

そこで、不利益(利益)変更禁止の原則が合一確定の要請から修正され、上訴審は、合一確定に必要な限度で上訴しなかった者の敗訴部分をこの者に有利に変更ことができると解する(判例に結論同旨)。

【論点】独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解の効力

この点、和解内容が他の当事者にとって訴訟上不利でない限り、これを有効とする見解がある。(cf. この見解は、独立当事者参加の場合における40条の準用が、本質的な合一確定の要請によるものではないことを重視している。そうである以上、必要的共同訴訟の場合とは異なり、合一確定の要請を貫徹する必要はないと考えている。)

しかし、法が、独立当事者参加訴訟において40条1項ないし3項を準用した趣旨は、いったん三面訴訟関係が成立した以上は、(たとえ判決効の矛盾が生じなくとも、)三当事者間の法律関係を実体的にも矛盾なく合一に確定しようとした点にある(47条4項による準要は、政策的な判断に基づくともいえる)。

それにもかかわらず、二当事者間のみで裁判上の和解をすれば、上記趣旨は没却される(cf. 判決矛盾の回避という強い要請はないが、法が40条を準用した以上、三面訴訟関係が一旦成立した後は、参加人は矛盾のない判決を得る利益を有すると考える)。

したがって、二当事者間で行われた裁判上の和解は無効と解する。

【論点】債権者代位訴訟と独立当事者参加

1 代位債権者(甲)が受けた判決の効力は被代位者(乙)にも及ぶ(115条1項2号)。→実質的に当事者は同一。乙が第三債務者(丙)に対して売買代金債権の支払請求をする場合の訴訟物たる権利関係は代位訴訟のそれと同一。そこで、乙の独立当事者参加は、二重起訴の禁止(142条)に抵触しないか。

そもそも、同条の趣旨は、被告の応訴の煩、重複審理による訴訟不経済、事実上の判決矛盾の危険という弊害を防止する点にあるところ、独立当事者参加の場合には訴訟の合一確定を図るため(47条4項、40条参照)、被代位者の提起した訴えと代位訴訟の審理は同時になされるので、上記弊害は生じない。(また、被代位者の利益を擁護し、一挙に紛争を解決する必要性もある。)

そこで、被代位者による独立当事者参加は、二重起訴の禁止には抵触しないと考える。

2 そうだとしても、甲の代位権行使により、乙は代位債権の管理処分権を失う結果、当事者適格を欠くことになるのではないか。

確かに、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対する通知又は債務者の了知があれば、債務者は代位の目的となった権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失うため、この処分行為に当たる訴え提起もできなくなる(非訟事件手続法76条2項参照)。

(このことは、債務者の訴え提起が独立当事者参加によるものであっても異ならない。)

しかし、債権者による代位権行使の着手が違法の場合、すなわち当事者適格を基礎づける被保全債権が存在せず、債権者が訴訟追行権を有しないことが判明した場合は、債務者は訴訟追行権を失っていないことになる。

そこで、債権者の訴訟追行権の存否を争って、独立当事者参加すること自体は否定されないと解する。

【論点】類似必要的共同訴訟における一人の上訴

事例：Yは、X社の株主として、他の株主Zと共同して株主代表訴訟を提起している。その後、第一審で被告勝訴の判決が下されたことを受けて、Yのみが上訴した。

1. 本事例で、Yは、X社の株主として、他の株主Zと共同して株主代表訴訟を提起している。この点、数人の株主による責任追及の訴え(株主代表訴訟、会社法847条)については、法定訴訟担当者たる適格者相互間に直接に判決の効力が拡張される訳ではないが、本人たる被担当者に拡張され(115条1項2号)、その反射的效果として、他の適格者に拡張されるので、類似必要的共同訴訟と考える。

本問で、第一審で被告勝訴の判決が下されたことを受けて、Yのみが上訴しているが、かかる上訴の効果がZにも及ぶのか。

2. この点、一般に必要的共同訴訟においては、判決の合一確定の要請から、共同訴訟人の1人の訴訟行為は、それが全員の利益となるような場合にだけその効力を生じる(40条1項)。そして、終局判決に対して共同訴訟人の1人が上訴したときには、同条項によって全員について上訴の効果が生じると解する。共同訴訟人にとって上訴は有利な行為だからである。かかる場合、全員について確定遮断効及び移審の効果が生じ、さらに全員が上訴人としての地位を取得する。

3. もっとも、株主代表訴訟のような類似必要的共同訴訟においては、既に訴訟を進行する意思を失った者に対し、その

意思に反してまで上訴人の地位に就くことを求めることは相当でない。

また、複数の株主によって株主代表訴訟が進行されている場合であっても、株主各人の個別的な利益が直接問題となっているものではないから、提訴後に共同訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がない。

【論点】 脱退の効果

独立当事者参加後、当初の訴訟当事者が脱退した場合、二当事者訴訟に還元される。かかる訴訟脱退の法的性質をいかに解するべきか。

脱退者は、以後自身で訴訟を進行する意思がなく、**残存当事者の訴訟進行の結果に従うという訴訟上の処分行為をする意思を有している**と解するのが脱退当事者の合理的意思に合致する。そこで、訴訟脱退とは、自己の訴訟上の地位を参加人・相手方間の訴訟進行の結果にゆだねることを条件として、参加人及び相手方と自分との間の請求について、勝った残存当事者に対して、**放棄・認諾することをあらかじめ陳述する性質の訴訟行為**であると解する。

もつとも、かく解すると、**放棄・認諾に含まれない脱退者に対する効力は認められず、紛争の一回的解決を図れないこと**になる。そこで、脱退当事者を含めた紛争の一回的解決を図るべく、参加人との関係を含めて**制度上合理的な効果**が付与されると解する。

※「相手方」(48条)の同意→相手方当事者を指す。参加人は含まない cf 取下げ

∵ 条文の文言

∵ 参加人にも判決効が及ぶので不都合は無い

【論点】 補助参加

補助参加とは、他人の訴訟の結果につき利害関係を有する第三者が、**当事者の一方を勝訴させることで、間接的に自己の利益を守るため**、補助参加人として当該訴訟に参加することをいう(42条)。

異議のないときには補助参加の利益は審理されることなくそのまま補助参加人の手続関与が許されるのに対し、異議が述べられたときは、補助参加の利益が積極的に認定されない限り、補助参加は許されないという構造に変質する(44条)。

【論点】 補助参加の要件

補助参加が認められる要件としては、①「訴訟の結果」について②「利害関係」を有することが必要である(42条)。

まず、補助参加を認めることで**第三者の手続保障**を図ろうとした補助参加制度の趣旨にかんがみれば、**広く補助参加を認める必要がある**。そこで、「訴訟の結果」には、判決主文中の判断のみならず、**ひろく判決理由中の判断も含まれるもの**と解する。

もっとも、あまりにも広く補助参加を認めすぎると、**訴訟の複雑化を招く**。そこで、「利害関係」には**法律上の利害関係のみが含まれ、事実上の利害関係は含まれない**と解する。

→ 法律上の利害関係を有する場合とは、**当該訴訟の判決が参加人の私法上または公法上の法的地位または法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合**をいう。

ex . 単なる一般債権者は事実上の利害関係しかない。一方で、**抵当権等の担保権を有する場合や、債務者が無資力で債権者代位権を行使できるような場合には、法律上の利害関係が認められる**。

【論点】 補助参加の効力

補助参加における判決の「効力」(46条)はいかなる性質を有するか。

この点、「効力」とは**既判力(114条1項)が拡張されるものとする見解もある**。

しかし、**一定の内容的制約を伴った既判力を認めることは既判力の本質に反する**し、また、訴訟係属の事実を通知(訴訟告知)しただけで、既判力が第三者に及ぶとすることは妥当でない。

思うに、既判力が裁判所の公権的判断を下した事項につき蒸し返しを防止するという法的安定の要請に基づくのに対して、**補助参加人に対する判決の効力は、補助参加人が被参加人を補助して訴訟進行した以上、その敗訴の責任も分担すべきであるという公平・禁反言の理念に基づいて認められるものである**。46条の趣旨

そこで、この補助参加人に対する判決の効力は、既判力とは異なった**補助参加に特殊な効力(参加的効力)**と解する(判例に結論同旨)。具体的には、参加的効力は、①**敗訴した場合のみ生じ**、②**被参加人・参加人間のみに及び**、③**主文中の判断のみならず判決理由中の判断にも及ぶ**と解する。

もっとも、「効力」の客観的範囲は、**③理由中の判断のうちでも、判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断等に限ると考える**(訴訟告知の事案につき、最判平14.1.22)。なぜなら、主文を導き出すために必要でない部分すなわち傍論は、**そもそも説示するか否か及びその範囲は裁判所の裁量に属するにもかかわらず、そこに参加的効力を及ぼすと、参加的効力の発生及びその範囲がまさに偶然に左右されることになるからである**。

【論点】 補助参加人の訴訟上の地位

補助参加人はその**独自の利益を確保**するために訴訟参加する者であるから、この点で、訴訟進行上の地位の被参加人からの**独立性確保が要請**される。一方、補助参加人は**当事者として独自の請求を立てて参加する者ではない**から、**右独立性を貫徹することはできない(従属性)**。

まず、補助参加人の訴訟上の地位の**独立性から**、補助参加人は、**原則として、独自の判断で一切の訴訟行為をなし得る**(45条1項本文)。

しかし、補助参加人の訴訟上の地位の**従属性から**、補助参加人は、①**被参加人のなし得ない行為(同ただし書)**や、②**被参加人の行為と矛盾・抵触する行為(同2項)**はなし得ない。また、補助参加人の利益は、**既存の訴訟を前提として被参加人を勝訴させることにより実現されるものであるから**、③**訴訟の処分・変更や被参加人に不利な行為も許されない**と解する。

Example

①の具体例：時機に後れた攻撃防御方法の提出、自白の撤回など

②の具体例：すでに被参加人が裁判上の自白をしている事項を争うことなど

③の具体例→前者について：訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解など
→後者について：自白、上訴の取下げなど

被参加人の実体法上の形成権を直接訴訟上行使することは許されるか。

この点、第三者が他人の私法上の権利に無断で干渉することは妥当でない以上、被参加人の私法上の権利(形成権)については、法が特別に認めている場合(民法423条、436条2項、457条2項)を除き、参加人は行使できないと解する見解がある。

しかし、参加人は、被参加人を勝訴に導く独自の利益を有している以上、勝訴するための攻撃防御方法の提出をできる限り認めるべきである。また、被参加人には、異議権が留保されているので、直接行使を認めても、別段被参加人の保護に欠けることはない。

したがって、被参加人の実体法上の形成権を直接行使することは許されると考える。

被参加人のために有用なものは補助参加人が行使してもよいとする見解が有力です。

しかし、このような権利はもともと権利主体のみが行使できるはずであるとして、実体法が特別に許容している場合(民法423条、436条2項、457条2項等)を除き、原則としてこれを否定するのが通説です。

実体法上、権利者の行使意思にかからしめている形成権を他人である補助参加人が行使できるとするのは、被参加人の応訴方針決定等に対する干渉として行きすぎであろうと思われます(被参加人としては、訴訟展開の有利・不利をみながら予測しつつ攻撃防御方法を組み立て、あえて取消権や相殺権を行使しない戦略をもつときに、背後から補助参加人によって形成権を行使されたのでは、結果が有利であろうとも、被参加人の自律的訴訟活動は実質的に損なわれるのではないかと思います)。また、特に、相殺は被参加人に犠牲を強いることが不可避ですから、補助参加人による行使を認めるべきではないと考えます。

【論点】争点ごとの補助参加の可否

事例：共同不法行為(民法719条1項)に基づく損害賠償請求訴訟において、過失割合に関して被害者、損害額について不法行為者に補助参加

この点、複数当事者間における利害共通と利害対立の関係が見られる以上、これを反映させるため、かかる補助参加の形態もみとめられるかに思える。

しかし、補助参加の目的は当事者の一方を勝訴させる目的によるものであって、かかる態度をとることを法は予定していない。かような態度をとるには、独立当事者参加の手法を利用するべきである。

したがって、かかる補助参加の形態は認められない。

共同訴訟的補助参加

共同訴訟的補助参加とは、訴訟物につき当事者適格を欠くことから、共同訴訟参加はできないが判決の効力を受ける第三者が補助参加する場合をいう。

例えば、破産管財人が破産財団に関してなす訴訟の判決の効力は、当然に破産者に及ぶが、この訴訟に破産者が補助参加する場合である。

当事者適格を欠くため、当事者として訴訟に参加することはできないが、判決効の及ぶような第三者には、通常の補助参加と異なり必要的共同訴訟に準じた手続上の地位を保障すべきことから、解釈上認められるものである。

では、共同訴訟的補助参加人はどのような地位に立つのか。

この点、共同訴訟的補助参加人は、当事者適格を欠くので補助参加人としての従属性を完全には脱却できないが、判決効を受ける者であるから、その独立性が可及的に強化されなければならない。そこで、次のように考える。

- ① 参加人は訴訟物につき被参加人の行為と抵触する行為もできる(40条1項類推適用)。
しかし、この独立性を理由に参加的効力を免れることはできず、逆に46条の制約なしに参加的効力を生じる。
- ② 参加人に中断・中止事由を生じた場合、参加人を除外して訴訟手続を進行させたのでは参加人の利益を害する場合には、訴訟手続が停止する(40条3項類推適用)。
- ③ 参加人の上訴期間は被参加人とは独立に起算される。
- ④ ただし、あくまで補助参加人であるから、自ら訴えの変更・取下げをすることはできず、また、当事者尋問手続には

より得ない。

甲は、乙に対し、自己の所有するA土地について偽造書類によって甲から乙に所有権移転登記がされているとして、甲から乙への所有権移転登記の抹消及びA土地の所有権確認を求めて訴えを提起した。

1 乙の債権者である丙は、甲乙間の訴訟に補助参加することができるか。

2 甲乙間の訴訟の係属前にA土地を乙から買い受けたと主張する丁が甲乙間の訴訟に参加した。この場合に、丁は、それまでの訴訟の中で乙が自白した事実を争うことができるか。(平成13年度第2問)

1 小問1について

本問で、乙の債権者である丙が、甲乙間の訴訟に被告乙側へ補助参加(42条)するためには、①「訴訟の結果について」、②「利害関係を有する」必要がある。

(1) ここで補助参加とは、他人間の訴訟の結果につき利害関係を有する第三者が当事者の一方を勝訴させて自己の利益を図るため訴訟に参加することをいう。

(2) では、丙は、①「訴訟の結果について」、②「利害関係を有する」か。

ア この点、①「訴訟の結果」とは、主文の判断のみならず判決理由中の判断まで含むと解する。なぜなら、判決理由中の判断につき影響を受ける第三者にも手続的な保護を図るべきだからである。*有力説で書かれているが通説でOK

また、②「利害関係を有する」とは、事実上の利害関係があるだけでなく、法律上の利害関係まで必要と解する。(当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合)

なぜなら、事実上の利害関係しか有しない者が訴訟に参加することを防ぎ、訴訟の複雑化を防止する必要があるからである。

イ これを本問についてみると、①丙はA土地の帰属という判断につき影響を受けるといえるが、*通説でも①はみたす。

②丙は乙の単なる一般債権者であって経済的利害関係を有するにとどまる。(乙の所有を維持させることによってA土地に対する強制執行を行うための責任財産保全であるとか、A土地を担保に借入をさせて自己の債権に対する弁済を促すという限度にとどまると考えられ、法的利害として現実化していない段階での事実上の利益を有するにすぎない)

したがって、丙は法律上の利害関係を有する第三者とはいえず、甲乙間の訴訟に補助参加することはできない。

ただし、丙がA土地上に抵当権等の担保権を有する場合や債権者代位の要件を満たすような場合には、法律上の利害関係を有するものとして甲乙間の訴訟に補助参加することができる。=乙が無資力の場合(T11.7.17参照)

2 小問2について

(1) 甲乙間の訴訟の係属前にA土地を乙から買い受けたと主張する丁が甲乙間の訴訟に参加している。丁がそれまでの訴訟中で乙が自白した事実を争うことができるかは、丁の参加形態による。

本問では、丁の参加形態が明らかでないことから、場合を分けて検討する。

(2) 丁が乙に補助参加した場合

『乙を勝訴させることを通じて、自らの所有権を維持・確保すると利害関係は、補助参加の利益を基礎づけます。乙が敗訴したときには、丁は乙に対し担保責任を追及できる関係にもあります。したがって、丁は補助参加をすることができます。』

ア まず、補助参加人の訴訟上の地位の独立性から、補助参加人は、原則として、独自の判断で一切の訴訟行為をなし得る(45条1項本文)。

しかし、補助参加人の訴訟上の地位の従属性から、補助参加人は、①被参加人のなし得ない行為(45条1項ただし書)や、②被参加人の行為と矛盾・抵触する行為(45条2項)はなし得ない。また、補助参加人の利益は、既存の訴訟を前提として被参加人を勝訴させることにより実現されるものであるから、③訴訟の処分・変更や被参加人に不利な行為も許されないと解する。

イ ここで、自白とは、口頭弁論及び準備期日における相手方の主張と一致する自己に不利益な事実の陳述をいうところ、自白は訴訟行為に当たる。

そして、補助参加人が被参加人の自白した事実を争うことは「抵触」に当たる。

ウ 本問でも、丁が乙の自白した事実を争うことは、乙の訴訟行為と抵触することになる。

したがって、丁は乙が自白した事実を争うことができない。

(3) 丁が独立当事者参加(47条)した場合

ア 丁は、甲乙間の訴訟の目的が自己の権利であるとして、独立当事者参加(47条1項)することができる。=権利主張参加 / 『甲に対して所有権確認請求、乙に対して所有権確認及び移転登記手続的求を定立』

イ この場合、判決矛盾を防止し、紛争を一時的に解決する必要がある。かかる合一確定の要請から、必要的共同訴訟の規定(40条1項ないし3項)が準用されている(47条4項)。

40条1項は、その一人の訴訟行為は全員に利益である場合にのみ効力を生ずるとする。

ウ これにつき本間をみるに、乙のなした自白が甲のみならず丁にとっても利益である場合には、全員に効力が生じるが、丁に不利益であれば、効力は生じない。

したがって、乙の自白が丁に不利益であるときは、自白した事実を争うことができる。

(47条4項・40条1項ゆえに) *丁に不利益と認定して OK

債権者 X の保証人 Y に対する保証債務履行請求訴訟に、債務者 Z は、Y を補助するため参加した。

1 第一審で Y 敗訴の判決が、言い渡され、その判決書の正本が平成 20 年 7 月 31 に Y に、同月 5 日に Z に、それぞれ送達された。Y はこの判決に対して何もしなかったが、Z は同月 18 日に控訴状を第一審裁判所に提出した。この控訴は適法か。

2 Y 敗訴の判決が確定した後、Y は、Z に対し、求償金請求の訴えを提起した。仮に、Y が、主債務の存在を疑わしめる重要な証拠であって Z の知らないものを所持していたにもかかわらず、XY 間の訴訟において、その証拠の提出を怠っていた事実が判明した場合、Z は、Y Z 間の訴訟において、主債務の存在を争うことができるか。(平成 20 年度第 2 問)

1. 設問 1

補助参加人も上訴の提起ができることについては明文の定めがあります(45条1項本文)。

被参加人 Y への判決正本の送達は平成 20 年 7 月 3 日であり、補助参加人 Z へのそれは 7 月 5 日であるとき、Z が控訴状を提出した 7 月 18 日時点では、Z の受送達日を基準にすると提訴期間内の適法な控訴といえますが、Y を基準にしたときは既に控訴期間が経過しているため不適法となります。ここに問題が所在します。

補助参加人が被参加人の異議を受けつつ参加したような場合には、被参加人に対する判決送達の時期を知り得ないことがあり得るので、このような不都合を避けて補助参加人の独立性を指向するならば、補助参加人独自の上訴期間の計算をすべきであるということが出来ます。現在の手続規律としても補助参加人は被参加人とは独立して期日の呼出しを受け、判決の送達も受ける以上、このように解すべきであるとするわけで、す。このような見解によれば、設問の控訴は適法であると理解されます。

しかし、もともと請求は、被参加人と相手方との間のものであって、これを前提に非当事者として介入・干渉しているにとどまる補助参加制度においては、補助参加人の独立性も基本的前提である従属性を掘り崩さない限度で認められるにすぎないはずです。被参加人ができなくなった控訴を補助参加人に認める必要はないというべきでしょう。被参加人との間に協調関係が存しないことなどから被参加人に対する判決送達時期を知り得ないとしても、自ら独自に判決の送達を受けている以上、速やかに裁判所に対して被参加人に対する送達時期を確認した上で、前記のような反対説が危惧する場合であればなおさら被参加人の上訴期間を頼みにせず、直ちに自ら上訴を提起すべきであると考えられます。このようなどころから、補助参加人の控訴を被参加人の上訴期間内に限定する通説・判例が支持されます。

したがって、設問の控訴は不適法と解されます。

2. 設問 2

Z が Y を補助するために参加した保証債務履行請求に対する裁判の効力は、一定の除外事由がある場合を除き、Z に対しても及ぶものとされます(46条)、この判決効は、ZY 間にこれに関する後訴が係属した場合に影響を与えることになるわけですが、その内容・性質をどのように理解すべきかは解釈に委ねられた問題です。

判決効の中核とされる既判力は、訴訟物判断について生じるのが原則であるところ、前訴における補助参加人と被参加人との間には請求は存在しません。従ってまた、前訴判決について生じる判決効は理由中の判断について生じるものと理解しなければなりません。

さらに、既判力は形式的画一的に発生すると理解されているところ、ここでの判決効には補助参加人が十分な訴訟

活動を展開することができず、被参加人と共同戦線を張ることができなかった場合を除外事由としており(46条各号)、これらの点は、いずれも既判力とは異質なものとイワなければなりません。このようなところから、この場合の判決効力は、補助参加人が被参加人に協力して訴訟進行したにもかかわらず、被参加人が敗訴した場合にその責任を共同分担すべきとの衡平の原則に基づく」と解するのが通説です。これを「**参加的効力**」といいます。

これによれば、前訴(債権者 X の保証人 Y に対する保証債務履行請求訴訟)に主債務者 Z が参加して主債務の不存在を主張立証したにもかかわらず主債務者 & 保証人側が敗訴したときは、主債務の存在(理由中の判断)について**参加的効力**が働き、Z は、Y に対して主債務の不存在を主張することはできないこととなります。その結果、Y の Z に対する求償金請求の後訴では、保証人が勝訴することになり、保証人・主債務者間の求償に関する調和的解決が図られることとなります。このようなところが、敗訴責任の共同分担との説明が意味するところです。

この点、「主債務の存在を疑わしめる重要な証拠であって Z の知らないものを所持していたにもかかわらず、XY 間の訴訟において、その証拠の提出を怠っていた事実が判明した場合」というのは、**46条4号**に該当すると考えられます。Z としては提出しようにもできない**重要な証拠が存在し、それを提出できる地位にあった Y の訴訟活動が拙劣な場合**であるにもかかわらず、参加的効力を及ぼすことによって敗訴の責任を Z に負担するよう求めるのは不当であると考えられるからです。

【論点】訴訟告知

1 制度趣旨

第三者に訴訟参加の機会を与える(被告告知者の利益)とともに、告知者が敗訴した場合に被告告知者に参加的効力を及ぼすことによって、敗訴責任を分担させることができる(告知者の利益)ところに意義がある(53条)。

2 訴訟告知を受けうる者の範囲(要件の問題)

当該訴訟に参加することができる第三者である(同条1項)。(cf. 訴訟参加一般と規定されているから、補助参加だけでなく、独立当事者参加、共同訴訟参加をなし得る者でもよい。しかし、沿革的には補助参加と結びついて発展した制度であり、現在でも補助参加の利益のある者への告知が典型例だと考えられている。)

↓訴訟告知がなされた場合…

3 告知者が訴訟に参加しなかった場合

(1) 被告告知者は、告知によって当然に補助参加人の地位を取得するものではなく、訴訟に現実に参加するか否かも自由である。しかし、たとえ参加しなくても、告知者・被告告知者間に参加的効力が生じることとなる(53条4項、46条)。

↓実際に参加していないにもかかわらず、常に参加的効力が生じるのか…

(2) 主観的範囲

訴訟告知を受けた者が、42条にいう訴訟の結果につき法律上の利害関係を有する場合に限られる。

(⇒補助参加の場合と異なる。つまり、補助参加の場合には、相手方から異議が出ない限り、補助参加の利益が認められなくても補助参加が認められる(44条1項参照)。そして、実際に補助参加した以上、補助参加の利益の有無にかかわらず、参加的効力が及ぶのである。)

↓補助参加の場合の解釈と同じ…

ア 法律上の利害関係の意義

「当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合」をいう。

イ 「訴訟の結果」の意義

前述したとおりである。判例ははっきりしない。

↓参加的効力が生じるとして…

(3) 客観的範囲(53条4項によって準用される場合であっても、補助参加の場合と同じである。)

判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否の判断のみならず理由中の判断についても及ぶ。ここでいう理由中の判断とは、判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断等に限られる。

ex. 表見代理を肯定して請求を認容した場合、**代理権不存在の判断は傍論**となる。なぜなら、表見代理の要件として代理権の不存在は含まれておらず、判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定をはいえないからである。

cf. たとえ、理由中の判断のうち判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断等であっても、告知者と被告者が訴訟追行を協同する立場にない事項(利害が共通しない事項)については、敗訴責任分担の根拠たる公平・禁反言の法理が妥当しないから、当該事項についても、参加的効力は及ばない。

↓参加的効力を及ぼすことができない場合の他の手段

- ①Yに対して別訴を提起し、裁判所に対して弁論併合(152条)の職権発動を促す。(現実的)
- ②主観的追加的併合(当事者のイニシアティブ)(判例によると認められない。)
- ③主観的予備的併合(判例によると認められない。)
- ④同時審判の申立て(41条)

4 **被告者が告知者の相手方に参加した場合**

被告者が告知者の相手方に参加した場合、告知者と被告者との間に参加的効力が生じるか。

この点、訴訟告知が告知者の敗訴責任分担のための制度であることを強調し、これを肯定する見解がある。

しかし、訴訟告知は、**被告者のための手続保障制度でもある**。そうである以上、被告者は、積極的に利害を共通する告知者の相手側に補助参加し得ると解すべきである。そして、現実に参加がなされ、訴訟告知の役割を終えたにもかかわらず訴訟告知の効力(53条4項)が残るとなると(53条4項により告知者側に参加したことになる)、**どちらに参加するか被告者の選択の自由を害する**(相手に参加して告知者に不利な訴訟をして告知者が敗訴すると、53条4項によって敗訴責任が分担されてしまうからである。しかも、この場合、訴訟告知による参加的効力と補助参加による参加的効力が併存してしまう…)

また、相手方に補助参加した場合には、**被告者は告知者と協同して訴訟を追行したわけではなく、禁反言の法理が妥当しないため、敗訴責任分担の前提を欠く**。

したがって、被告者が告知者の相手方に参加した場合、告知者と被告者との間には**訴訟告知による参加的効力も補助参加による参加的効力も生じないと解する(否定説)**。(cf. 東京高判昭和60年6月25日は、訴訟告知による参加的効力も補助参加による参加的効力も否定した。)

ただし、告知者の相手方に参加した被告者が、前訴で当該争点について十分な主張立証活動を行っていたような場合には、信義則上、後訴で当該争点について争えなくなることはあり得る。

【論点】訴訟承継

訴訟承継とは、訴訟係属中、当事者の死亡や係争物の譲渡等により**紛争主体たる地位の交替**が生じた場合に、新たに紛争主体となった第三者に**新当事者として従前の訴訟状態を引き継がせる**制度である。

紛争主体たる地位の交替が生じたにもかかわらず、従来の当事者との間で訴訟を続行して判決を言い渡しても紛争の解決は得られない。また、従前の訴訟を御破算にして相続人や係争物の譲受人に対する別訴提起によるのでは、**訴訟経済や当事者の公平**に反する。そこで、訴訟係属中の死亡や係争物の譲渡を訴訟手続に反映させ、訴訟の続行を図ったのが、訴訟承継の制度である。

訴訟承継には、**法律上当然に**訴訟承継が生じる**当然承継**と（124条参照）、従来の当事者ないし第三者の**参加申出**、訴訟引受けの申立てにより訴訟承継が生じる**参加承継・引受承継(特定承継)**とがある（49条ないし51条）。

1. 訴訟承継の弊害と対策

①訴訟承継主義の弊害

訴訟承継主義を採る場合の問題点は、係争物の譲渡を覚知する手段が対立当事者側に保障されていないということである。そのため、旧来の当事者により訴訟が続けられ、それにより判決が得られたとしても、強制執行が空振りとなってしまうという弊害が生じかねない。

また、仮に途中で係争物の譲渡が判明し、譲受人を訴訟に引き入れることができたとしても、訴訟外の譲渡の時点と訴訟引受の時点との間には時間が流れており、その間における前主譲渡人のした訴訟行為を譲受人に引き継がせられるか、という問題を生ずる。（通説は、これは無理だとし、訴訟は訴訟外で譲渡のあった時点からやり直さなければならない、とするのである。対立当事者にとっては、やはり痛手である。（後述）

②弊害を回避する方法

処分禁止の仮処分（民事保全法58条）ないし**占有移転禁止の仮処分**（同法62条）を用いるという方法。

2. 訴訟承継の原因

特定承継は訴訟係属中に当事者の一方と第三者との間に、「係争物」の「譲渡」が行われた場合に生ずる。そして、「係争物」とは訴訟物たる権利関係のみならず、その基礎をなす実体関係をも含むものである。また、「譲渡」とは移転的承継（代位取得・転付命令）、設定的承継（賃貸借、抵当権の設定など）を問わない。

3. 訴訟承継人の範囲

(1) そもそも、訴訟承継制度の趣旨は、**従前の訴訟資料を利用し当該手続内における紛争の実質的解決を確保することで、訴訟経済・当事者間の公平を図ろう**とした点にある。かかる**趣旨を十全化**するためには、承継人とは、広く**紛争の主体たる地位を承継した者**をいうと解するのが相当である。

(2) 当てはめ

新請求と旧請求とが主要な争点（攻撃防御方法）を共通にし（＝前主との間の訴訟資料が利用でき、かつ、承継人もまた前主の訴訟資料に依存する関係にある場合）、承継人との紛争が旧当事者間の紛争から派生ないし発展したものと社会通念上みられる場合

cf. 当事者適格を伝來的に取得した者と解すると、説明できない事案が生じる。

↓

Yに対する請求：「賃貸借契約の終了に基づく建物取去土地明渡請求」である（債権的請求権）。

これに対して、XとZとの間には何ら直接の契約関係にない。また、XのYに対する請求権は債権的請求権であるから、これが契約当事者でないZを拘束することはない。そこで、Zに対する請求：「所有権に基づく妨害排除請求権としての建物退去土地明渡請求」となり（物権的請求権）、両請求権は当事者・法的根拠とも異なるものとなる。

↓

判例の旧訴訟物理論を前提とすると、元の訴訟の訴訟物は債権的請求権となるため、当該債務の帰属者のみが当事者適格を有し、債務の目的物を他に移転しても直ちに適格を喪失することはないはずである。つまり、Zが建物の占有を取得したとしても、それによって訴訟物に関する適格を承継したことにはならない。また、被告に対する請求と承継人に対する請求とはそれぞれ独自の発生原因を有するものであるから、被告の義務が移転承継されるということは理論上

あり得ない。

以上から、上記判例を伝統的な思考様式ないし適格承継の観念で説明し尽くせない。それにもかかわらず、判旨が占有の承継を認め、「紛争の主体たる地位」を承継したという評価を加えていることからすると、そこではもはや適格承継を基準に検討しているのではない。むしろ「紛争の主体たる地位」とは、経済的利害対抗関係の当事者として観念されているものといえることができる。

4. 訴訟承継と固有の抗弁

承継人が固有の防御方法を有する場合にも訴訟承継を認めるべきか。

この場合に別訴を提起させると、承継人に前主と共通の攻撃防御方法の主張を認めることになり、訴訟経済及び当事者間の公平を図るといふ訴訟承継制度の趣旨を没却する。また、固有の抗弁に関しては、代替的な手続保障が及んでいない以上、承継人はそれを提出できるのであり、その手続保障上の問題もない。

そこで、承継人が固有の防御方法を有する場合にも訴訟承継を認めるべきであるとする。

5. 承継人の地位

承継した者はどのような地位に立つか。

そもそも、訴訟係属中に実体上紛争の主体たる地位が変動した場合、それまでの訴訟追行の結果を生かし、**従来の当事者の既得の地位を保障する必要がある**。一方、**承継人の手続保障**については、訴訟物について強い利害関係を有していた前主の訴訟追行によって代替されているといえる。

そこで、**当事者間の公平及び訴訟経済**という訴訟承継制度の趣旨に鑑み、実体法上紛争の主体たる地位が変動した場合、承継人は、**原則として、承継時点での被承継人の訴訟進行上の地位をそのまま承継する**と考える。民事訴訟法 49 条が、旧当事者の訴え提起による時効中断等の実体的効果が新当事者のために訴訟係属時に遡って維持されると規定しているのもかかる趣旨であると解する。

⇒ 時効中断・期間の遵守の効力が及ぶ。弁論、証拠調べ、裁判の効果も及ぶ。前当事者がなし得なくなった訴訟進行上の行為は自由にはできない。

⇒ 承継原因の発生前に承継人に不利な訴訟追行をしていた場合には、たとえ承継人が自己に不利な訴訟行為がなされていることを知らなかったとしても、前主の地位をそのまま承継することになる(承継人の知・不知を問わない)。

ただし、**前主と相手方の馴れ合いによって自白がなされていた場合**にまで、承継人が拘束されるとすると、承継人の手続保障が不十分となってしまう。そこで、かかる場合には、**信義則上、例外的に、前主の地位を引き継がない**と考える。

⇒ 承継原因の発生によって、もはや利害関係のなくなった前主が訴訟の処分につながるような訴訟追行をしている場合にも、**当然かつ全面的に被承継人に訴訟状態の承継を肯定することは妥当でない**。

なぜなら、このような場合には、**承継人の手続保障が前主によって代替された**とはいえないからである。そこで、**承継原因発生時以後の被承継人の訴訟追行の具体的な態様によっては、当該訴訟行為に例外的に拘束されないと考える**。(→訴訟外で承継原因が発生した時点からやり直すことになる。)

家屋の明渡訴訟で、被告である居住者が第三者に占有を譲渡した場合に、訴訟の係属中と明渡を命じた判決確定後とで、訴訟法上どう異なるか。(昭和 27 年度第 3 問)

1. 判決確定後の場合について

(1) この場合、本問「被告」が受けた判決の既判力が本問「第三者」に拡張されるか。

本問「第三者」が、既判力の拡張を受ける「口頭弁論終結後の**承継人**(115 条 1 項 3 号)にあたるか」が問題となる。
ア そもそも、同号の趣旨は、敗訴当事者がその訴訟物たる権利関係についての地位を第三者に譲渡することによって、当事者間の訴訟の結果を潜脱し、訴訟による紛争解決の実効性を失わせることを防止する点にあるところ、かかる趣旨を十全化するためには「承継人」を訴訟物たる権利・法律関係の承継人に限定するべきではない。

そこで、「承継人」とは、紛争の主体たる地位を承継した者をいうと考える。

イ では、本問「第三者」が**固有の防御方法を有する場合も同号の「承継人」にあたるか。**

この点、判例は固有の防御方法を有する者は「承継人」にあたらないとする。しかし、既判力の拡張は、第三者が基準時における前主の地位を争えないことを意味するにとどまり、固有の防御方法を提出することまで遮断するものではない。とすれば、「承継人」にあたると解しても、固有の防御方法を有する者の手続保障を害することはない。そこで、かかる者も「承継人」にあたると解する。

ウ 本問の「第三者」は被告から占有を承継しており、紛争の主体たる地位を承継している。

よって、固有の防御方法の有無を問わず、「承継人」として既判力の拡張を受ける。具体的には、前訴基準時における前主の地位を争うことはできない。

ただし、前訴の訴訟物が賃貸借契約の終了による返還請求権であった場合等、債権的請求権であった場合には、債権の相対性に鑑み、前訴原告が所有者でもあった場合に限り、本問「第三者」は既判力の拡張を受けると解する。*加
点事由

(2) では、執行力の拡張を受ける「承継人」(民事執行法 23 条 1 項 3 号)にもあたるか。

思うに、既判力の拡張は、基準時における前主の地位を争えないことだけを意味するのに対し、執行力の拡張は、前主の受けた執行力がそのまま承継人に及ぶことを意味するのであるから、「承継人」の範囲につき両者を区別して考える必要がある。そして、固有の防御方法を有する者にも執行力を拡張し、異議の訴え(同 34 条)を提起する負担を課すのは公平でない。そこで、固有の防御方法を有する者は、執行力の拡張を受ける「承継人」にはあたらないと解する。

(3) したがって、本問「第三者」は、固有の防御方法を有しない場合に限り、「承継人」として執行力の拡張をも受け
る。

2. 訴訟の係属中の場合

(1) この場合、本問「第三者」が 49 条以下の「承継人」にあたるとすれば、原告は本問「第三者」を訴訟に引き込み
(引受承継、50 条)、また、「第三者」は自らその訴訟に参加することができる(参加承継、51 条・49 条)。そして、か
かる場合には、訴訟経済や当事者の公平に鑑み、従前の訴訟状態は承継人に引き継がれると解する。具体的には、①
時効中断・期間遵守の効果が承継人に及ぶ(49 条、51 条)のみならず、②承継前に行われた弁論・証拠調べ・裁判はす
べて承継人についても効力を有し、また、③前当事者がなしえなくなった訴訟進行上の行為は自由にはできないと解
する。

(2) では、本問「第三者」が 49 条以下の「承継人」にあたるか。「承継人」の範囲をいかに解するべきかが問題とな
る。

ア 思うに、訴訟承継の制度は生成中の既判力を承継人に及ぼすものであるから、訴訟承継における「承継人」の範囲
は、既判力の拡張における「承継人」の範囲と統一的に解するのが妥当である。

そこで、「承継人」とは、紛争の主体たる地位を承継した者をいうと解する。

そして、固有の防御方法を有する場合も「承継人」にあたると解する。

イ したがって、本問「第三者」は「承継人」にあたり、従前の訴訟状態が引き継がれる。

ただし、訴訟物が債権的請求権であった場合には、既判力の拡張と同様に、原告が所有者でもある場合に限り訴訟
状態が引き継がれると解する。

丙は甲乙間で締結され賃貸借契約を基礎に、甲の承諾の下、乙丙間で締結した転貸借契約に基づいて引渡しを受け
て占有しているという事実関係を抗弁として主張することが考えられます。丙の主張(地位)は、乙の主張及びこれ
を支える訴訟資料に依存しているわけです。

甲は、乙に対して 500 万円を貸し付けたとし、乙を被告としてその支払を求める訴えを提起した。乙は、甲の請求
を争っていたところ、訴訟の係属中に丙にこの債権を譲渡した旨の通知が甲から乙にされた。

1 乙が丙をこの訴訟に引き込みたいと考えた場合、乙はどのような方法をとることができるか。

2 丙がこの訴訟に引き込まれた場合、丙はどのような訴訟上の地位に立つか。

3 丙がこの訴訟に引き込まれた後に、甲丙間の債権譲渡の事実が存在しないと判断される場合には、裁判所
はどのような裁判をすべきか。 (平成 3 年度第 2 問)

設問 1

乙としては、丙に対する債務不存在確認請求の別訴を提起して弁論の併合を求める方法が考えられます。

しかしこの方法は、そもそも迂遠な方法ですし、弁論の併合が法律上保障されているわけではありません。より**直截な方法として引受承継(民訴法 51 条)**を検討すれば足够了。引受承継が認められたときは、**乙は甲との間で形成された訴訟状態・訴訟資料を丙との間でも利用することができます**し、後述するように、**統一的解決を図ることができます**。

乙は、**引受承継の申立てにおいて、丙に対する債務不存在確認請求を定立すべき**であると考えます。丙が履行を求める給付訴訟を提起するのが通例です(債務不存在確認訴訟の本訴誘発機能)。それで足りるのであって請求の定立までは不要ではないかともいえます。また、かかる訴えが提起されたときには、債務不存在確認の訴えは確認の利益を欠くものとして却下されることになるため、乙が貼付した印紙が無駄になる可能性は百定できません。しかしながら、丙による請求定立を必要としないと解するとき、丙が引受決定に応じて訴えを提起しなかった場合の処理に窮することになります。承継手続の明確性を重視するとともに、後述のとおり、同時審判共同訴訟審理の発動を求める点において、引受承継の申立てに訴え提起の実質を認めてよいと考えます。

設問 2

引受決定によって丙が訴訟に引き込まれた場合、**甲乙間で形成された訴訟状態が原則として丙との関係でも引き継がれる**と理解されています。承継前に行われた弁論・証拠調べの結果が維持され、甲が既になしえなくなった訴訟行為(例えば、甲が行った自白を撤回して争うこと)などは、丙も行うことができないと解されます。これは引受承継申立人である乙の利益(甲との関係における公平)及び訴訟経済の観点が重視されていることを意味します。

これが訴訟承継という制度が企図する機能であり、自ら提起した甲が訴訟追行した結果としての訴訟状態は、丙にとっても最善の状態である(引受決定時までの攻撃防御の機会を実質的に代替されている)と措定されていると考えられます。その上で、**丙は当事者として固有の攻撃防御方法を提出することができる**と理解されています。

設問 3

甲の乙に対する履行前求については、**乙の債権喪失の抗弁が認められないこと**になりますから、**これを前提にして(請求原因と乙が提出したその余の抗弁の審理の結果知何によって)、請求認容又は棄却の本案判決をすべき**こととなります。

乙の丙に対する債務不存在確認請求は**被告適格のない者に対する訴え**として、丙が乙に対して履行請求を定立したときには原告適格のない者が提起した訴えとして取り扱われます。**当事者適格の欠缺**ということになれば、**訴え却下の訴訟判決**をするのが理論的帰結になります。もっとも、債権の帰属は本案における請求を基礎づける事実であると考えられることや**丙が債権譲受を主張して提起する再訴を既判力によって遮断すべく本案判決をすべきである**との考えもあります。

また、甲が脱退しているときは、乙丙間の訴訟における判決のあり方も、上記と同様に考えることとなります。もっとも、脱退当事者である甲に対しても判決効は及ぶとされますから(民訴法 50 条 3 項, 48 条)、乙丙間判決と論理的に矛盾のない判決効を考案しなければならないこととなります。

第3篇 上級審手続

第2章 控訴

第2 控訴権の発生

【論点】 上訴の利益 (控訴の利益)

当事者は、判決に対して不服を申し立て、その取消しを求めることができる (281 条、311 条)。

もっとも、上訴が認められるには、上訴人に上訴の利益 (不服の利益) のあることが必要であるが、どのような場合に上訴の利益が認められるのであろうか。

この点、原裁判よりも実体法上、更に有利な判決を求め得る可能性があれば不服の利益を認めるという考え方もある (実質的不服説)。

しかし、この考え方は**基準として不明確**であり、上訴を認める範囲が広くなりすぎ妥当でない。

したがって、**原審における当事者の申立て(請求の趣旨)と、その申立てに対して与えられた原裁判(主文)とを比較して、量的・質的に後者が前者に及ばない場合**に不服の利益を認めるべきと解する (形式的不服説 判例に結論同旨)。

その帰結として、①請求の全部認容判決については被告が、請求の全部棄却判決については原告が、それぞれ上訴できる。また、②請求の一部認容・一部棄却判決については原告・被告ともに上訴できる。そして、③訴え却下判決については原告のみならず、被告も請求棄却判決を求める利益を有するから、上訴できることになる。

- ・ 全部認容判決について原告は、上訴の利益を有しないため、上訴することはできない。しかし、附帯控訴(293 条 1 項)の方式により、請求の拡張をなし得る。
- ・ 相殺の抗弁により全面勝訴した原告も上訴できる。なぜなら、相殺によって自己の債権が消滅したことについて既判力が生じ、実質敗訴といえるからである(114 条 2 項)。
- ・ 同様に**明示なき一部請求**の場合も、上訴を認めないと債権全体に既判力が発生してしまい、もはや後訴で争うことが出来なくなる。かような不利益に鑑みれば、自己責任を課するのは妥当ではなく、上訴の利益を認めるべきである。

甲は、乙に対して、不法行為に基づき 100 万円の損害賠償請求の訴えを提起した。

1 訴えの不適法却下の判決に対して、乙は控訴できるか。

2 甲は、全部勝訴の判決を受けた後、損害額は 150 万円であることが判明したとして、控訴を提起することができるか。

3 訴えの提起後 3 年たって、甲の全部勝訴の判決が言い渡された後に、甲の右の控訴提起があった場合はどうか。 (昭和 50 年度第 2 問)

小問 1

(1) 乙が控訴をなし得るためには、適法要件として、控訴の利益が必要である。そこで、いかなる場合に控訴の利益を認められるか問題となる。

(2) この点、原裁判において全部勝訴判決を得たとしても、**実体的により有利な判決が期待できる場合**には不服の利益ありとする見解もある。

しかし、それでは控訴の利益が認められる範囲が広すぎ、かつ**基準が明確でない**点で妥当ではない。

思うに、処分権主義(246 条)の下、当事者が自主的に形成した申立事項につき全部勝訴の判決を得たのであれば、その当事者に原判決に対して不服があるとはいえない。また、形式的にとらえた方が一義的に明確である。

よって、控訴の利益は、**当事者の申立てと原判決の主文とを比較して、後者が前者に質的・量的に及ばない場合**に認められると解する(形式的不服説、判例に同旨)。

(3) 本小問で、乙が訴えの不適法却下の判決を求めている場合には、原裁判は申立ての全部認容であるから、控訴の利益は認められず、乙は控訴できない。

これに対して、**乙が請求棄却の判決を求めている場合**には、訴えの不適法却下という原判決は、乙の申立てに及ばない。なぜなら、訴えの不適法却下判決では、訴訟要件が満たされた場合には再訴の可能性があるのに対し、請求棄却判決であれば再訴は既判力 (114 条 1 項) で遮断されるからである。

したがって、この場合には**控訴の利益が認められ、乙は控訴できる。**

小問 2

(1) 本問において損害額が 100 万円ではなく 150 万円であると判明しても、甲は全部認容判決を得ている以上、形式的

不服説からは控訴の利益がなく、控訴を提起できないのが原則である。

(2) しかし、原判決が確定することで残額を請求する機会が失われる場合には、控訴をなそうとする者は原裁判によって不利益を受けたといえるから、例外的に控訴の利益を認めるべきである。

では、甲は原判決の確定により残額を請求する機会を失うといえるか。甲が別訴により残額 50 万円につき請求することが既判力(114 条 1 項)に抵触し許されないのではないか、一部請求において既判力が及ぶ範囲が問題となる。

※訴訟物が 150 万なら不服の利益あり、というようなはいりでも OK

(3) 思うに、処分権主義の下では原告の意思は尊重されるべきであるし、試験訴訟の必要性からも、一部請求は認められるべきである。ただし、これを無制限に認めると、別訴は被告に対する不意打ちとなる。

そこで、原告が一部であることを明示して請求した場合に限って債権の一部は独立した訴訟物となり、既判力の及ぶ範囲がその部分に限定されると解すべきである(判例に結論同旨)。

(4) 本問で、甲が一部であることを明示していた場合には、別訴は許されるから控訴の利益を例外的に認める必要はなく、甲は控訴することができない。

しかし、甲が一部であることを明示していなかった場合には、別訴は許されない。

よって、甲には例外的に控訴の利益が認められ、請求拡張のために控訴できる。

小問3

(1) 前述のように一部であることを明示していた場合には、控訴の利益は認められず、甲は控訴できない。*

(2)ア では、一部であることを明示していない場合はどうか。本小問では、甲は訴えの提起後 3 年たってから控訴提起をしているので、残額 50 万円の部分は時効により消滅しており、甲の控訴提起は許されないのではないか。明示なき一部請求における時効中断の範囲が問題となる。

イ 思うに、時効中断効が生じるのは、権利関係が判決の既判力によって確定され、従来継続してきた事実状態が法的に否認されるからである(権利確定説)。そうであるなら、既判力は訴訟物について生じる(114 条 1 項)以上、時効中断効が生じるのは訴訟物のみであると解すべきである。

一部であることを明示なき一部請求においては、訴訟物は債権全体であり、時効中断効も全体につき認められると解する。

ウ よって、一部であることを明示がない場合には、150 万円全額について時効中断効が生じ、残額の 50 万円は時効消滅しておらず、甲は 150 万円に請求を拡張して控訴できる。

*明示の一部請求論の立場によれば、明示がなされたことに基づき、残部について後訴提起を可能とする枠組を設定しながら、一部請求訴訟係属中であるにもかかわらず、その残部そのものが消滅時効にかかってしまう可能性を認めることになる。そこで、このような不都合性を附避するための理論構成を考案する必要がある。

訴訟物自体は当該一部に限定されるとしても、訴え提起段階で債権全体について時効中断効が発生すると構成することが考えられる。

この場合、一部請求であっても審理の対象となるのは債権全体の存否であり、これについて攻撃防御活動が展開され、裁判所の判断が示されるという審理の実質を直視するもの。これは明示の一部請求論から演繹される結果が、事案の解決として不相当なまでの訴訟物の分断をもたらす場合にこれを回避する判例理論において採用されているところ(相殺の抗弁についての外側説を明示した判例、明示の一部請求訴訟の前訴で敗訴した原告が再度提起した残部請求を信義則によって排斥した判例などに表現されているところである)と考え方と軌を一にするものといえる。この構成は、訴訟物の範囲と時効中断効の範囲とが一致しないという意味では、伝統的な訴訟物と時効中断効の範囲に関する理解とは異なることにはなるけれども、むしろ訴訟物の範囲と時効中断効の範囲とを完全に一致させる必然性はなく、訴え提起による時効中断効の趣旨・根拠との関係から判断すべきとされている。このような理解によれば、150 万円のうち 50 万円については時効は完成しておらず、請求を拡張するための控訴は可能であると解することができる。

【論点】不利益変更禁止の原則と相殺の抗弁

相殺の抗弁を認めて請求棄却判決が下されたことに対し、原告のみが控訴したとする。続く控訴審で、訴求債権の不存

在が判明したとき、改めて訴求債権の不存在を理由として請求棄却をすることが出来るか。

確かに、控訴審における**審判対象は反対債権・訴求債権の存在を含めた全体**である。反対債権のみが審判対象とすれば、訴訟物が無くなり不当であるし、訴求債権についての審理ができなくなると、訴求債権が不存在であるとの心証を得た裁判所が、反対債権不存在のときに請求を認容しなければならず不当だからである。

しかし、ここで債権の不存在を理由とした判決の変更は、**不利益変更の禁止に抵触**する。したがって、**被告の附帯控訴が無い限り、かかる判決の変更は認められない**と解する。

c f. 相殺の抗弁により請求棄却判決を得た被告が控訴をすることの適否

請求棄却判決を受けた被告は、いわゆる全部勝訴判決を受けているわけですから、原則として控訴の利益を有しないと解されます(形式的不服説)。しかしながら、相殺の抗弁によって請求棄却を導いた場合には、**相殺以外の抗弁によって請求棄却判決を得ることによって無益に債権を失わない利益を有している**というべきですから、この場合には、例外的に控訴の利益は**肯定**される

【論点】附帯控訴の法的性質

附帯控訴は控訴の一種か。そうであるとすれば、申立の利益が必要となる。

しかし、附帯控訴は控訴権消失後にも主張できることから、性質は別に考えるべきである。また、控訴人は申立の範囲を自由に拡張できることからすれば、均衡上被控訴人に審判対象の拡張する権限を認めたものとみるべきである。

したがって、附帯控訴は控訴の一種ではなく、控訴審における特殊の攻撃防御方法であると解するのが**適当**である。よって、申立の利益も**必要ない**。