

第0部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

第0部	もくじ	1
第1部	民事訴訟法	5
第1編	総論	5
第1章	総論	5
第1節	総論	5
第1款	民事訴訟の意義・目的	5
第2款	民事紛争解決のための手続	6
第3款	訴訟と非訟	7
第4款	民事訴訟に関する法規	8
第2章	裁判所	9
第1節	総論	9
第1款	裁判所の意義と構成	9
第2款	裁判官等の除斥・忌避	10
第3款	裁判権	12
第2節	管轄	17
第1款	管轄の概念	17
第2款	管轄の種類	18
第3款	移送	22
第3章	当事者	24
第1節	当事者の概念と確定	24
第1款	概念	24
第2款	確定	24
第3款	任意的当事者変更	27
第2節	当事者能力	28
第1款	意義	28
第2款	規律	28
第3款	欠缺の効果	30
第3節	訴訟能力	31
第1款	意義	31
第2款	規律	31
第3款	欠缺の効果	32

第4節	訴訟上の代理	33
第1款	総論	33
第2款	法定代理・法人等の代表	33
第3款	訴訟代理	37
第4款	訴訟担当	41
第4章	訴え	45
第1節	訴え	45
第1款	概念	45
第2款	類型	45
第2節	訴訟要件	49
第1款	意義	49
第2款	審理	50
第3款	訴えの利益	51
第4款	給付の訴えの利益	52
第5款	確認の利益	56
第6款	形成の訴えの利益	65
第7款	当事者適格	67
第3節	訴えの提起	71
第1款	方式	71
第2款	効果	74
第4節	訴訟物	78
第1款	訴訟物論	78
第2款	訴訟物についての処分権主義	83
第5章	訴訟の審理	95
第1節	手続の進行	95
第1款	職権進行主義等	95
第2款	期日・期間	96
第3款	送達	100
第4款	手続の停止	105
第2節	口頭弁論・準備	107
第1款	口頭弁論の意義・原則	107
第2款	口頭弁論の準備	110
第3款	訴訟記録の閲覧	113
第4款	訴訟行為	114
第5款	攻撃防御方法の提出時期等	123
第6款	弁論の併合等	126

第7款	当事者の欠席	128
第3節	弁論主義と主張	130
第1款	総論.....	130
第2款	主張責任.....	138
第3款	裁判上の自白	141
第4節	証拠法総論	145
第1款	総論.....	145
第2款	自由心証主義	149
第3款	証明度・証明責任等.....	152
第4款	証拠調べの手續	160
第5節	証拠法各論	163
第1款	証人尋問	163
第2款	当事者尋問	168
第3款	鑑定.....	169
第4款	検証.....	170
第5款	調査囑託	170
第6款	書証.....	171
第7款	証拠保全	186
第6章	訴訟の終了	188
第1節	裁判.....	188
第1款	裁判.....	188
第2款	判決.....	189
第3款	既判力—総論	196
第4款	既判力—時的限界.....	198
第5款	既判力—客観的範囲.....	203
第6款	既判力—主観的範囲・反射効	210
第7款	その他の判決効	218
第8款	訴訟費用	220
第2節	裁判以外の終了	222
第1款	総論.....	222
第2款	訴えの取下げ	223
第3款	請求の放棄・認諾.....	227
第4款	訴訟上の和解	229
第7章	複数請求訴訟	232
第1節	複数の請求	232
第1款	請求の客観的併合.....	232

第2款	請求の変更	236
第3款	反訴	239
第4款	中間確認の訴え	241
第8章	多数当事者訴訟	242
第1節	共同訴訟	242
第1款	総論	242
第2款	通常共同訴訟	244
第3款	同時審判申出共同訴訟	246
第4款	必要的共同訴訟	248
第2節	訴訟参加	258
第1款	補助参加	258
第2款	訴訟告知	265
第3款	独立当事者参加	266
第4款	共同訴訟参加	272
第3節	訴訟承継	274
第1款	総論	274
第2款	当然承継	275
第3款	参加承継・引受承継	276
第9章	上訴・再審	278
第1節	上訴	278
第1款	総論	278
第2款	控訴	282
第3款	上告	293
第4款	抗告	301
第5款	特別上訴	303
第2節	再審	304
第1款	再審	304
第10章	略式訴訟手続	312
第1節	略式訴訟手続	312
第1款	簡易裁判所の特則	312
第2款	手形訴訟・小切手訴訟	312
第3款	少額訴訟	312
第4款	支払督促	312

第1部 民事訴訟法

第1編 総論

第1章 総論

第1節 総論

第1款 民事訴訟の意義・目的

1. 民事訴訟の目的をめぐる議論の概要を理解している。
 - ・ 私法的訴権説（旧説）：実体法上の権利が満足されない場合に、訴訟手続きによる満足を求める権能は、その権利の一部（＝私法上の権利）である ← 私権は対私人だが訴権は対裁判所、確認・形成の訴えが説明できない（権利の満足ではない）
 - ・ 権利保護請求権説：当事者が有する自己に有利な本案判決を求める権利が訴権の内容（自力救済を禁止したことの代償）
 - ・ 私法秩序維持説：国家の立場から見て私法秩序のためとするもの ← 裁判は人権では？
 - ・ 紛争解決説（通説）：本案判決による紛争解決を裁判所に請求する権利
 - ・ 多元説：設置者にとっては紛争解決・当事者にとっては権利保護が目的
 - ・ 手続保障説：審理の中で両当事者に主張・立証の機会を保障するのが目的。判決は紛争解決のきっかけに過ぎず、結局は当事者間の自主的交渉で解決される ← 裁判所の判断は無意味ではない
2. 民事訴訟とそれに関係する手続（民事執行、民事保全等）やその特別手続（人事訴訟、行政事件訴訟等）との関係や相違について、その概要を説明することができる。
 - ・ 民事訴訟：実体法上の権利の存否について判断し、公権的に決定するもの。
 - ・ 民事執行：民事訴訟で得られた判決などに基づき、強制的に私人の権利を実現するもの。
 - ・ 民事保全：民事執行の実効性を担保するため、民事訴訟の結果が出るまで仮に実現するもの
 - ・ 人事訴訟：離婚等身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴えについての民事訴訟法の特例を定めるもの。真実発見を重視し、職権主義を採用、弁論主義などが適用されず対世効がある。
 - ・ 行政事件訴訟：行政活動に関わる訴訟。特に規定のないものは民事訴訟の規定が適用される。対世効や職権証拠取調べなどがある。

第2款 民事紛争解決のための手続

1. 民事訴訟以外の民事紛争解決制度との関係で、民事訴訟の特徴を理解している。
 - ・ 和解：手続の開始・終了とも双方の合意が必要。
 - 民法上の和解(民 695,696)：当事者の互譲によって紛争をやめる契約
 - ※執行証書にしないと債務名義にならない(民執 22:6)。特定物引渡債務などは無理
 - 裁判上の和解
 - 訴訟上の和解(§267)：裁判所は和解を試みることができる(§89)。調書に記載可能
 - ※調書に記載すれば確定判決と同一の効力を有する債務名義(民執 22:7)
 - 訴え提起前の和解(§275)：簡裁への和解申立てで行う。調書に記載可能
 - ※効力は§267と同じ。執行証書以外で債務名義にするために提起されることが多い。
 - ・ 調停(民事調停法)：申立てがあると相手方は応じる義務があるが、合意なくして成立しない
 - ※調停調書：裁判上の和解と同一の効力＝確定判決と同一の効力
 - ・ 仲裁(仲裁法)：双方の合意がないと行えないが、仲裁判断は双方を拘束する
 - ※仲裁判断：執行決定を経れば債務名義となる(民執 22:6/2)
 - ・ 民事訴訟：原告の提起により、被告は応じる義務があり、裁判は双方を拘束する
 - ※確定判決：最も代表的な債務名義(民執 22:1)
2. 調停制度及び仲裁制度について、その意義、種類及び手続の概要を説明することができる。
 - ・ 調停（根拠法：民事調停法）
 - 意義：調停委員の関与により、当事者の互譲を促し、条理にかなない実情に即した解決を図る
 - 種類：宅地建物・農事・商事・鉱害・交通・公害等調停という特則がある
 - 手続：相手方の民事裁判籍のある簡裁に申立て→調停委員会が主張を聞く→合意成立(§16) / 不成立(§14) / 調停に代わる決定(§17-18、適法な異議があると失効する)
 - ※非公開で、交互面接方式を採用可能。調停委員もその事案に適切な者を選びやすい
 - ・ 仲裁（根拠法：仲裁法）
 - 意義：和解可能な事案で、双方で合意する公正・独立な仲裁人に解決方法を委ねること
 - 手続：仲裁合意をする→仲裁人を定める→仲裁手続→仲裁判断（双方を拘束する）
 - ※非公開で、仲裁人も専門家を選べる。企業秘密等がある場合には便利かも。

第3款 訴訟と非訟

1. 非訟事件の種類について、その主要な例を挙げるができる。
 - ・ 非争訟性非訟事件：後見開始の審判、一般社団法人の検査役の選任など
 - ・ 争訟性非訟事件：婚姻費用分担・遺産分割の審判、借地条件変更事件など
2. 非訟事件手続の概要及びその訴訟手続との差異を理解している。
 - ・ 概要：申立て(非訟 43)→期日→決定(同 54)、取下げ・和解(§63～65)
 - ・ 上訴：即時抗告(§66)→再抗告(§74)、特別抗告(§75)、許可抗告(§77)、再審(§83)
 - ・ 差異：手続の非公開(非訟 30)、職権探知主義(同 49)、裁判形式は決定、上訴は抗告
3. 訴訟の非訟化の限界について、判例・学説を踏まえて、説明することができる。
 - ・ 訴訟事件と非訟事件の差異は実体法上の権利義務の存否を確定するものであるかどうかである。
 - ・ 非訟事件で定める内容が、事実上権利義務関係の存否自体を決しているとの批判がある
 - ・ 判例は、別途訴訟によって権利義務関係の存否を争いうる以上は、権利義務関係の存在を前提して、非訟事件でその内容を定めてもよいとしている

【最大判昭 35.7.6】純然たる訴訟の調停に代わる裁判は公開でなければならない[27002431]
金銭債務臨時調停法7条は非訟事件手続法によることを認めるが、債務の存在に争いはなく、利息・期限等を変更するだけの場合であって、権利の存否に争いがあり純然たる訴訟事件である本件には適用がない。

「八二条において、裁判の対審及び判決は、対審についての同条二項の例外の場合を除き、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。即ち、憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであって、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従つて、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却する」

【最大決昭 40.6.30】夫婦間の協力扶助の審判[27001291]

「審判は夫婦同居の義務等の実体的権利義務自体を確定する趣旨のものではなく、これら実体的権利義務の存することを前提として、例えば夫婦の同居についていえば、その同居の時期、場所、態様等について具体的内容を定める処分であり、また必要に応じてこれに基づき給付を命ずる処分である……家事審判法による審判は形成的効力を有し、また、これに基づき給付を命じた場合には、執行力ある債務名義と同一の効力を有する…(が)…二五三条三項の調停に代わる審判が確定した場合には、これに確定判決と同一の効力を認めているところより考察するときは、その他の審判については確定判決と同一の効力を認めない立法の趣旨……審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない」ので非公開でも合憲

第4款 民事訴訟に関する法規

1. 民事訴訟に係る法源の種類を挙げることができる。
 - ・ 民事訴訟：明 23 旧々民事訴訟法(1-5 編)→大 15 旧民事訴訟法→平 8 民事訴訟法
 - ・ 公示催告：明 23 旧々民事訴訟法(7 編)→改題→改題→旧非訟事件手続法→新非訟事件手続法
 - ・ 仲裁：明 23 旧々民事訴訟法(8 編)→改題→平 15 仲裁法
 - ・ 訴訟費用：民事訴訟費用等に関する法律
 - ・ 特則：行政事件訴訟法、人事訴訟法、家事事件手続法（←家事審判法）
 - ・ その他：民事執行法、民事保全法、民事調停法など
2. 民事訴訟法の歴史及び現行民事訴訟法の制定の意義について、理解している。
 - ・ 私人間紛争解決手段としての訴訟の役割の増大→少額訴訟手続きの制定
 - ・ 迅速化→争点整理手続き、集中証拠調べの原則の確認、証拠収集手段の充実
 - ・ 上訴関係→執行停止の厳格化、上告受理制度の新設、許可抗告（判例違反での抗告）
3. 民事訴訟法規の種類（強行規定・任意規定、効力規定・訓示規定）及びその意義について具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 効力規定：違反すると訴訟行為の効力が否定されるもの
 - 強行規定：これに反する訴訟行為は無効 → 裁判所は職権で調査する責任がある
 - 任意規定：これに反する訴訟行為の効力は否定されうるが当事者の合意で変更可能
 - 当事者が適時に異議を述べないと効力が排除されない（§90→責問権の喪失）
 - ・ 訓示規定：違反が訴訟行為の効力に影響をもたないもの（+制裁のない規定）
例）判決言渡期日（251-1：口頭弁論から2月以内）、準備書面提出義務（制裁を欠く例）
§90 当事者が訴訟手続に関する規定の違反を知り、又は知ることができた場合において、遅滞なく異議を述べないときは、これを述べる権利を失う。ただし、放棄することができないものについては、この限りでない
4. 民事訴訟法規の種別を踏まえ、いわゆる責問権の放棄・喪失の制度について、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 強行規定である専属管轄違反は、あとから発見されてもなお移送(§16-1)、上訴取消し(§299,312-2:3)が可能であり、また裁判官の除斥は判決確定後でも再審事由となるが、任意規定である期日の呼び出しの方式(§94)、証人尋問の方式（§201）などが適式でなかった場合は、遅滞なく異議を述べないと、後から異議を述べることができなくなる。

第2章 裁判所

第1節 総論

第1款 裁判所の意義と構成

1. 裁判所の種類を挙げることができ、民事訴訟に関するそれぞれの役割について条文を参照して説明することができる。 国法上の裁判所（官署としての裁判所）と訴訟法上の裁判所（裁判機関としての裁判所）の概念の違いを理解している。
 - ・ 裁判所の種類（裁判所法）
 - * 最高裁判所 地裁一審事件の上告審・簡裁一審事件の再上告審：5人／15人合議制
 - * 高等裁判所 地裁一審事件の控訴審・簡裁一審事件の上告審：3人合議制
 - * 地方裁判所 簡裁に係属しない請求の一審：原則1人制、例外的に3人合議制
簡裁の控訴審：3人合議制
 - * 簡易裁判所 140万円以下の不動産に関しない請求の一審（行政事件除く）：1人制
 - ※ 5名合議制の場合：地裁の大規模訴訟(§269)、地裁・高裁の特許関係訴訟(§6-1,269/2,310/2、東京地裁・大阪地裁・知財高裁で行う)
 - ・ 国法上の裁判所：裁判所書記官・事務官・執行官を含む官署としての組織
 - ・ 訴訟法上の裁判所：個々の事件に裁判権を行使する、1人又は数人の裁判官で構成する機関
2. 受命裁判官及び受託裁判官の概念及びその主要な職務を理解している。
 - ・ 受命裁判官：合議体において、法定の事項を処理するよう指定された構成裁判官の一部。
対象：和解の試み(§89)、弁論準備手続(§171)、裁判外の証拠調べ・証人尋問(§185,195)など
 - ・ 受託裁判官：裁判所間の共助(裁79)として受託裁判所の囑託を受け受託事項を処理する裁判官
対象：和解の試み(§89)、裁判外の証拠調べ・証人尋問(§185,195)など
3. 裁判所書記官の主要な役割を理解している。
 - ・ 裁判所の事件に関する記録その他の書類の作成及び保管(裁判所法60-2)、法令及び判例の調査
その他必要な事項の調査の補助(#3)などを行い、裁判官の命令に従う(#4)。訴訟記録の閲覧・謄写等(民訴91)、判決確定証明書の交付(則48)なども行う。

第2款 裁判官等の除斥・忌避

1. 除斥と忌避の相違について理解し、回避について説明することができる。
 - ・ 除斥は裁判官の公正さを疑わせる定型的な事由（事件との一定の関係）がある場合に、当然にその裁判官を職務執行から排除するものであり(§23)、裁判は確認的で、除斥事由があるのに除斥されなかった場合は絶対的上告理由(312-2:2)、再審事由(338-1:2)となる。忌避はそれ以外の公正な裁判を妨げる可能性を示す一定の事由が存在する場合に、当事者の申立てによる裁判により裁判官を当該裁判の職務執行から排除するもの(§24)。回避は裁判官自身が除斥原因・忌避原因があることを認めて、監督権のある裁判所の許可を得て職務執行を自ら行わないようにする制度である(則 12)。
2. 除斥原因について、条文を参照してその内容及び根拠を説明することができる。
 - ・ 事件の当事者あるいは当事者と法定の関係があるか、既に事件に関与した場合について、定型的に規定している(§23-1)。1～3号は当事者との身分上の関係、4～6号は事件との直接の関与であり、いずれも公正を疑わしめるか、予断を抱いている場合である
 - §23-1 裁判官は、次に掲げる場合には、その職務の執行から除斥される。ただし、第六号に掲げる場合にあっては、他の裁判所の囑託により受託裁判官としてその職務を行うことを妨げない
 - 一 裁判官又はその配偶者若しくは配偶者であった者が、事件の当事者であるとき、又は事件について当事者と共同権利者、共同義務者若しくは償還義務者の関係にあるとき
 - 二 裁判官が当事者の四親等内の血族、三親等内の姻族若しくは同居の親族であるとき、又はあったとき
 - 三 裁判官が当事者の後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき
 - 四 裁判官が事件について証人又は鑑定人となったとき
 - 五 裁判官が事件について当事者の代理人又は補佐人であるとき、又はあったとき
 - 六 裁判官が事件について仲裁判断に関与し、又は不服を申し立てられた前審の裁判に関与したとき
 - ・ 6号の解釈：前審は当該事件の下級審に限る（差戻し時の原判決関与裁判官の排除：§325-4）
 - 【最判平 22.5.25】小野リース事件[25442210]
 - 「民訴法23条1項6号にいう「前審の裁判」とは、当該事件の直接又は間接の下級審の裁判を指すと解すべきであるから、労働審判に対し適法な異議の申立てがあったため訴えの提起があったものとみなされて訴訟に移行した場合において、当該労働審判が「前審の裁判」に当たるといえることはできない（なお、当該労働審判が同号にいう「仲裁判断」に当たらないことは明らかである。）。したがって、本件訴訟に先立って行われた労働審判手続において労働審判官として労働審判に関与した裁判官が本件の第1審判決をしたことに違法はない」
3. 忌避事由の意義について、判例・学説を踏まえて、説明することができる。
 - ・ 忌避事由としては、単に裁判官の訴訟指揮が一方に有利・不利になるといった程度では足りず、裁判官と当事者が特別に友好的・敵対的、当事者・目的物と利害関係あり、従前の手続関与など、公正さを疑わしめる客観的事情が必要であるとされている
 - ・ 忌避事由と認めなかった例
 - 【神戸地決昭 58.10.28】当事者の一方と裁判官が別件訴訟の対立当事者
 - ←一般論としては該当しても、別件訴訟が裁判官の訴訟指揮についての国賠訴訟なので該当しない
 - 【最判昭 30.1.28】相手方訴訟代理人の女婿[27003083]
 - 「原審における裁判長たる裁判官が、原審における被上告組合の訴訟代理人の女婿であるからといって、右の事実は民訴三五条所定事項に該当せず、又これがため直ちに民訴三七条にいわゆる裁判官につき裁判の公正を妨ぐ

べき事情があるものとはいえない」(立木売買契約存在確認)

【名古屋高決昭 63.7.5】 国賠事件の担当裁判官に訟務検事の経歴があった場合

【最決平 3.2.25】 対象最高裁規則を制定した裁判官会議に参加したこと

福岡地裁・家裁甘木支部廃止の最高裁規則の制定の取消し請求

4. 除斥・忌避の申立てがあった場合の手續について、条文を参照して説明することができる。
- ・ 所属裁判所(簡裁の場合のみ所在地管轄地裁)の合議体の決定で裁判を行う(§25-1,2)
 - * 裁判官はその除斥・忌避の裁判に関与できない(#3→通常、他の合議体が行う)
 - * 除斥・忌避の理由がない旨の決定に即時抗告可能／あるとする決定に不服申立て不可(#4,5)
 - * 申立て後、決定まで訴訟手続きは停止する(§26)
 - ・ 忌避申立ての濫用の場合は簡易却下を認める(刑訴 24 参照)。

【札幌高決昭 51.11.12】 忌避申立てを濫用として簡易却下してよい[27650607]

「忌避の申立てが忌避理由の疎明をまたず、申立ての時期、態様、主張される忌避事由等からその主張自体において本来の忌避目的を逸脱してなされていると客観的に認め得る場合、すなわち申立てが忌避権の濫用に当たると明らかに認め得る場合には、前記法第四〇条の適用を認める実益も必要もなく、前記民事訴訟の理念及びこれに基づく手續上の信義則が裁判所のみならずこれに関する者にも及ぶものであることからみて裁判制度の有効且つ健全な維持運営のために右適用はむしろ否定される……この場合には同条の規定に拘らず忌避原因ありと主張された裁判官自らにおいても当該忌避の申立てを却下することが要請されている……(刑事訴訟法第二四条参照。)」

第3款 裁判権

1. 民事裁判権の定義を理解し、その権能の具体例を挙げることができる。

- 民事裁判権:裁判所が私人間の権利関係についての争いを解決するために行使し得る権能の総体
例:訴訟関係書類の送達、証拠提出命令、口頭弁論期日呼び出し、判決言渡しなど

→对人的制約(天皇、外国使節など)、対物的制約(国際裁判管轄)

【最判平 1.11.20】判例(天皇の民事裁判権)[憲掲 27805172]

「天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばない」(不当利得返還請求→訴え却下/棄却(訴状却下すべきだが、破棄するほどの違法でないため))

【最判平 18.7.21】外国政府も主権を害しない限り民事裁判権から免除されない[28111583]

「今日においては、外国国家は主権的行為について法廷地国の民事裁判権に服することを免除される旨の国際慣習法の存在については、これを引き続き肯認することができるものの……外国国家は私法的ないし業務管理的な行為についても法廷地国の民事裁判権から免除される旨の国際慣習法はもはや存在しない」「外国国家は、その私法的ないし業務管理的な行為については、我が国による民事裁判権の行使が当該外国国家の主権を侵害するおそれがあるなど特段の事情がない限り、我が国の民事裁判権から免除されない」「私人との間の書面による契約に含まれた明文の規定により当該契約から生じた紛争について我が国の民事裁判権に服することを約することによって、我が国の民事裁判権に服する旨の意思を明確に表明した場合にも、原則として、当該紛争について我が国の民事裁判権から免除されない……なぜなら、このような場合には、通常、我が国が当該外国国家に対して民事裁判権を行使したとしても、当該外国国家の主権を侵害するおそれはなく、また、当該外国国家が我が国の民事裁判権からの免除を主張することは、契約当事者間の公平を欠き、信義則に反する」

【最判平 21.10.16】米国ジョージア州事件[H20 受 6:民集 63-8-1799]

ジョージア港湾局の日本での職員が解雇無効確認等を請求したもの→一部認容/却下/破棄差戻し

「外国国家は、その主権的行為については、我が国の民事裁判権から免除され得るところ、被上告人は、連邦国家である米国の州であって、主権的な権能を行使する権限を有することができるから、外国国家と同様に、その主権的行為については我が国の民事裁判権から免除され得る。しかし、その私法的ないし業務管理的な行為については、我が国による民事裁判権の行使がその主権的な権能を侵害するおそれがあるなど特段の事情がない限り、我が国の民事裁判権から免除されない…(最判平 18.7.21 参照)…上告人は……現地職員として被上告人に雇用されたものであり、勤務を継続することにより州港湾局の企業年金の受給資格を得ることが可能であるのみでなく、極東代表部には我が国の厚生年金保険、健康保険、雇用保険及び労働者災害補償保険が適用されていたというのであるから、本件雇用関係は、被上告人の公権力的な公務員法制の対象ではなく、私法的な契約関係に当たる……極東代表部の業務内容も、我が国において被上告人の港湾施設を宣伝し、その利用の促進を図ることであって、被上告人による主権的な権能の行使と関係するものとはいえない。以上の事情を総合的に考慮すると、本件雇用関係は、私人間の雇用契約と異なる性質を持つものということとはできず、私法的ないし業務管理的なものというべき……本件解雇は……上記のような雇用契約上の地位にあった上告人を解雇するというものであり、私人間の雇用契約における経済的な理由による解雇と異なるところはなく、私法的ないし業務管理的な行為に当たる」「本件解雇は私法的ないし業務管理的な行為に当たるところ、原審が指摘するところは、我が国が民事裁判権を行使することが被上告人による主権的な権能の行使を侵害するおそれがある特段の事情とはいえないから、被上告人が我が国の民事裁判権から免除されるとした原審の前記判断は、外国国家に対する民事裁判権免除に関する判断を誤った違法なもの」

2. 裁判権と国際裁判管轄の関係を理解している。

- 当事者及び訴訟物の双方の点で、事件と時刻との間に一定の関連性が認められれば裁判権がある

→どの程度の関連性が必要かという対物的制約が国際裁判管轄＝民事裁判権の対外的限界

- 判例による形成：裁判籍のいずれかがあれば、特段の事情がない限り認められる

【最判昭 56.10.16】マレーシア航空事件上告審判決（逆推知説）[27000119]

「国際裁判管轄を直接規定する法規もなく、また、よるべき条約も一般に承認された明確な国際法上の原則もいまだ確立していない現状のもとにおいては、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理にしたがつて決定するのが相当であり、わが民訴法の国内の土地管轄に関する規定、たとえば、被告の居所（民訴法二条）、法人その他の団体の事務所又は営業所（同四条）、義務履行地（同五条）、被告の財産所在地（同八条）、不法行為地（同一五条）、その他民訴法の規定する裁判籍のいずれかがわが国内にあるときは、これらに関する訴訟事件につき、被告をわが国の裁判権に服させるのが右条理に適うものというべきである」

【最判平 9.11.11】ドイツ在住日本人への預託金請求[28022344]

「我が国の民訴法の規定する裁判籍のいずれかが我が国内にあるときは、原則として、我が国の裁判所に提起された訴訟事件につき、被告を我が国の裁判権に服させるのが相当であるが、我が国で裁判を行うことが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反する特段の事情があると認められる場合には、我が国の国際裁判管轄を否定すべき」

【最大判昭 39.3.25】遺棄・行方不明の場合などは日本で離婚請求を認める[27001929]

【最判平 8.6.24】ドイツで離婚が確定したが日本では無効→離婚請求認容[28010783]

- 国際裁判管轄関連規定(平 23 改正、3/2～3/12)

一般管轄(3/2)、特別管轄(債務履行等 3/3、消費者契約・労働関係 3/4、会社法・法人関係 3/5)、併合請求等(3/6、反訴 146-3)、国際裁判管轄の合意(3/7)、応訴による管轄(3/8)、特別の事情による訴えの却下(17 条移送類似、3/9)、法令による専属国際裁判管轄の場合の例外(3/10)、職権証拠調べ(3/11)、管轄権の基準時(訴えの提起の時、3/12)

- 3. 宗教団体の内部紛争における審判権の行使について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

- 消極説：宗教的教義・価値判断に国は介入できず、必要な場合は却下（判例、主に憲法学者）
- 中間説：宗教教団の自律的決定を前提に、本案判決をすべき（日蓮正宗管長事件大野反対）
- 積極説：事実を審査して終局的事件解決を図るべき（主に民訴学者）
- 判断基準(判例)：訴訟物の内容と攻撃防御方法の2点で判断する

* 訴訟物が当事者間の具体的権利関係又は法律関係とみなされること

→抽象的違憲確認、宗教上の地位の確認は許されない（法律上の地位でもあれば許される）

【最大判昭 27.10.8】警察予備隊違憲訴訟[27003388]

【最判昭 44.7.10 民集 23-8-1423】銀閣寺事件[昭 41 才 805]

臨濟宗相国寺派宛責任役員・代表役員・住職地位確認請求→一審：棄却→控訴：取消・確認（住職却下）→被告上告：破棄自判（却下）・他上告棄却

「同寺の住職たる地位は、元来、儀式の執行、教義の宣布等宗教的な活動における主宰者たる地位であつて、同寺の管理機関としての法律上の地位ではないというのであるから、住職たる宗教上の地位に与えられる代表役員および責任役員としての法律上の地位ならびにその他の権利義務（たとえば、報酬請求権や寺院建物の使用权など）のすべてを包含するいみにおいて、権利関係の確認を訴求する趣旨であれば格別、右代表役員および責任役員としての法律上の地位の確認請求をすると共に、これとは別個にその前提条件としての住職たる地位の確認を求めるとするのは、単に宗教上の地位の確認を求めにすぎないものであつて、法律上の権利関係の確認を求め

るものとはいえず……このような訴は、その利益を欠くものとして却下を免れない」

【最判平 7.7.18】檀徒地位確認訴訟[平 4 才 1260]

檀徒地位確認請求→一審：棄却（係争中死亡の原告は却下）→原告控訴：取消・却下→原告上告：破棄差戻し
「宗教法人法は、檀徒等の信者については、宗教法人の自主性を尊重しつつその最終的な意思決定に信者の意見が反映されるよう、宗教法人の一定の重要な行為につき、信者に対して公告をするものとしている……が、信者と宗教法人との間の権利義務ないし法律関係について直接に明らかにする規定を置いていないから、檀徒等の信者の地位が具体的な権利義務ないし法律関係を含む法律上の地位といえることができるかどうかは、当該宗教法人が同法一二条一項に基づく規則等において檀徒等の信者をどのようなものとして位置付けているかを検討して決すべき」事実を踏まえたうえで「被上告人においては、檀信徒名簿が備え付けられていて、檀徒であることが被上告人の代表役員を補佐する機関である総代に選任されるための要件とされており、予算編成、不動産の処分等の被上告人の維持経営に係る諸般の事項の決定につき、総代による意見の表明を通じて檀徒の意見が反映される体制となっており、檀徒による被上告人の維持経営の妨害行為が除名処分事由とされているのであるから、被上告人における檀徒の地位は、具体的な権利義務ないし法律関係を含む法律上の地位といえることができる。そうすると、被上告人における檀徒の地位は宗教上の地位にすぎず、本件訴訟は具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争に当たらないとして、本件訴えを却下した原判決には法令の解釈適用を誤った違法がある」。

* 訴訟物についての攻撃防御方法が法令の適用に適するもの

→宗教上の教義の解釈などに及ぶ場合は不可

【最判昭 55.1.11】種徳寺事件[昭 51 才 958]

①住職→(宗)曹洞宗宛罷免無効確認、檀徒宛損害請求、②(宗)種徳寺→住職宛不動産等引渡請求→一審：①曹洞宗宛却下、檀徒宛棄却、②認容 → 住職控訴(①につき新たに住職地位確認請求)：住職却下、他棄却 → 住職上告：曹洞宗・種徳寺宛棄却、檀徒宛却下(上告理由の記載なし)

①「曹洞宗においては、寺院の住職は、寺院の葬儀、法要その他の仏事をつかさどり、かつ、教義を宣布するなどの宗教的活動における主宰者たる地位を占めるにとどまるというのであり……種徳寺の住職が住職たる地位に基づいて宗教的活動の主宰者たる地位以外に独自に財産的活動をすることのできる権限を有するものであることは上告人の主張・立証しないところである……このような事実関係及び訴訟の経緯に照らせば、上告人の新訴は、ひつきよう、単に宗教上の地位についてその存否の確認を求めるにすぎないものであつて、具体的な権利又は法律関係の存否について確認を求めるものとはいえないから、かかる訴は確認の訴の対象となるべき適格を欠くものに対する訴として不適法である……（最判昭 44.7.10 参照）。もつとも、上告人は、被上告人曹洞宗においては、住職たる地位と代表役員たる地位とが不即不離の関係にあり、種徳寺の住職たる地位は宗教法人種徳寺の代表役員たりうる基本資格となるものであるということをもつて、住職の地位が確認の訴の対象となりうるものように主張するが、両者の間にそのような関係があるからといって右訴が適法となるものではない」

②事件で住職地位を認めなかったのは矛盾との指摘に対し「上告人が住職たる地位を有するか否かは、右事件における被上告人種徳寺の請求の当否を判断するについてその前提問題となるものであるところ、住職たる地位それ自体は宗教上の地位にすぎないからその存否自体の確認を求めることが許されないことは前記のとおりであるが、他に具体的な権利又は法律関係をめぐる紛争があり、その当否を判定する前提問題として特定人につき住職たる地位の存否を判断する必要がある場合には、その判断の内容が宗教上の教義の解釈にわたるものであるような場合は格別、そうでない限り、その地位の存否、すなわち選任ないし罷免の適否について、裁判所が審判権を有するものと解すべきであり、このように解することと住職たる地位の存否それ自体について確認の訴を許さないこととの間にはなんらの矛盾もないのである」

【最判昭 56.4.7】板まんだら事件（創価学会寄附金返還請求事件）[27000141]

寄附金返還請求→一審：請求却下→原告控訴：錯誤原因審査のため破棄差戻し→被告上告：破棄自判（一審同旨）

「信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は・・・本件訴訟の帰すを左右する必要不可欠のものと認められ・・・訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となつていと認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであつて、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらぬものといわなければならない」

(寺田意見) 返還請求自体は法律上の争訟だが、原告主張の錯誤の判断ができない以上、その立証がなく、返還請求は根拠がないので棄却すべき。本件では一番に被告が控訴していないので、民訴法上却下のままでよい

【最判平 1.9.8】蓮華寺事件[27805251]

宗教法人→前代表役員：建物明渡請求、前代表役員→宗教法人：代表役員・責任役員地位確認請求

→一番：建物明渡請求認容、他却下→前住職控訴：全部却下→双方上告棄却

「審理判断する前提として、その者の宗教団体上の地位の・・・選任、剥奪に関する手続上の準則で宗教上の教義、信仰に関する事項に何らかかわりを有しないものに従つてその選任、剥奪がなされたかどうかのみを審理判断すれば足りるときには、裁判所は右の地位の存否の審理判断をすることができるが、右の手続上の準則に従つて選任、剥奪がなされたかどうかにとどまらず、宗教上の教義、信仰に関する事項をも審理判断しなければならないときには、裁判所は、かかる事項について一切の審判権を有しない以上、右の地位の存否の審理判断をすることができない」したがって、具体的な権利義務・法律関係の訴訟も「教義、信仰の内容に立ち入ることなくしてその効力の有無を判断することができず、しかも、その判断が訴訟の帰趨を左右する必要不可欠のものである場合」は「法律上の争訟」に当たらない」として控訴審の判断を維持。

【最判平 5.9.7】日蓮正宗管長事件[27815981]

日蓮正宗の代表役員・管長（法主）たる特定人へのその地位の不存在確認→一番却下→控訴棄却→上告棄却

日蓮正宗の教師が法主の継承手続きが不正として訴えたもの。

「特定の者の宗教活動上の地位の存否を審理、判断するにつき、当該宗教団体の教義ないし信仰の内容に立ち入つて審理、判断することが必要不可欠である場合には、裁判所は、その者が宗教活動上の地位にあるか否かを審理、判断することができず、その結果、宗教法人の代表役員の地位の存否についても審理、判断することができない、この場合には、特定の者の宗教法人の代表役員の地位の存否の確認を求める訴えは、裁判所が法令の適用によつて終局的な解決を図ることができない訴訟として、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に当たらない」（大野反対）選定の間接事実（披露や責任役員の承認等の社会的事実）から判断可能で判断すべき（破棄差戻し）

【最判平 11.9.28 判時 1252-1】宗教上の問題と法律上の争訟[平 8 才 754]

代表役員地位確認・建物明渡請求（日蓮正宗法主からの罷免）→一番：却下→控訴棄却→上告棄却

「阿部日顕が日蓮正宗の教義にいう血脈相承を受け右処分権限を有する法主の地位に就いたかどうか、本件紛争の本質的な争点となつているとともに、右処分の効力を判断するために不可欠である」事案

「本件は、宗教団体とその外部の者との間における一般民事上の紛争などとは異なり、宗教団体内部における教義及び信仰の内容を本質的な争点とするものであり、訴訟の争点につき判断するために宗教上の教義及び信仰の内容について一定の評価をすることを避けることができないものであるから、本件訴訟は法令の適用によつて最終的解決を図ることのできないものであつて、上告人の訴えを却下すべき……法律上の地位の確認を求める請求であつても、請求の当否を判断するために抗弁事実について判断することが不可欠であり、かつ、当該抗弁事実が宗教上の教義及び信仰の内容に係り裁判所がこれを審理判断することが許されない場合においては、抗弁事実のみを不適法として排斥することは許されず、当該訴えは不適法として却下されるべきものである」

(元原反対)「憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有する裁判所としては、かかる結果【=宗教法人が法の適用の外になり、宗教上の行為をするのに著しい支障を来す】を回避するために、宗教上の行為や宗教上の事項の決定、役職員の任免等の効力に関しては、宗教法人自らが宗教上の行為を行ったこと、宗教上の事項の決定や役職員の任免を自立的に行ったことが認められる場合には、その結果をそのまま承認し、それを前提として裁判をすることができる」と解すべきである。このように解することが、宗教法人

法八五条の趣旨とする宗教法人の自律権を尊重することになる」→「代表役員選任登記のある法人登記簿の謄本や、登記申請書に添付された宗教法人法六三条二項に定める登記事由を証する書面の存在、就任式の挙行や就任あいさつ状の送付、あるいは新法主による儀式の開催の事実等によって、教義や信仰の内容に立ち入ることなく認定・判断することが可能」、罷免処分も、宗規に則って行われたかを判断すれば足りる。

【最判平 21.9.15 判時 2058-62】玉龍寺事件[平 20 受 1565]

①(宗)玉龍寺(X1 代表)→Y1 建物退去土地明渡・所有権移転登記、Y2 建物収去土地明渡請求、②(宗)玉龍寺(Y1 代表)→X1 代表役員登記抹消手続請求、③ ②事件独立当事者参加(参加人 Y1,被参加人 X1)→一審：①認容、②③却下→Y1,Y2,玉龍寺(Y1 代表)控訴：Y1 宛建物退去土地明渡請求取消・却下、他控訴棄却→玉龍寺(X1 代表)上告：棄却 ※Y1 が上位宗教法人から擯斥処分を受けて住職の地位を失ったとするもの。

「上記懲戒規定 5 条 1 号は、「宗制に違反して甚だしく本派の秩序を紊した」ことを剥職事由として定めているところ、包括法人において、法階は、管長が叙任することとされているのであるから（管長及び管長代務者規程 3 条 1 項 6 号、法階規程 1 条 2 項）、被上告人の上記行為が上記剥職事由に該当するか否かが問題となっているのであれば、必ずしも宗教上の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断する必要はなかった……しかし、上告人は、被上告人の上記行為が懲戒規定 4 条 1 項 3 号【＝宗旨又は教義に異議を唱え宗門の秩序を紊した】所定の擯斥事由に該当する旨主張しているのであって、この主張及び上記擯斥事由の内容に照らせば、本件訴訟の争点である上記擯斥処分の効力の有無を判断するには、宗教上の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断することを避けることはできないから、上告人の訴えは、裁判所法 3 条にいう「法律上の争訟」に当たらず、不適法……所論引用の判例（最判平 1.9.8、同 5.9.7、同 5.11.25）は、事案を異にし、本件に適切でない」

第2節 管轄

第1款 管轄の概念

1. 管轄の概念について、事務分配との相違などをも踏まえて、理解している。
 - ・国内の多種多様な裁判所の間における、裁判権行使の事務分掌であり、裁判所にとっては事務分配であるが、訴えを提起する者にとって事件がどの裁判所に提起すべきかの定めで管轄となる。
2. 管轄決定の基準時を理解し、その根拠を説明することができる。
 - ・管轄は訴えの提起の時を標準とする(§15)。訴訟要件は一般に口頭弁論終了時が基準であるが、管轄は手続の安定のため、訴えの提起の時を基準時とする。また、職権で証拠調べが可能(§14)。

第2款 管轄の種類

1. 管轄の種類について、職分管轄・事物管轄・土地管轄、法定管轄・指定管轄・合意管轄・応訴管轄、専属管轄・任意管轄それぞれの区別及び各管轄の意義を説明することができる。

・実現する目的からの分類

* 職分管轄 異質の司法作用を機能を異にする機関に配分する管轄

判決裁判所・執行裁判所（民執3）、上訴の審級裁判所（審級管轄）

人事訴訟（家裁）、少額訴訟・起訴前の和解・公示催告手続（簡裁）、

→法定管轄・専属管轄。

* 事物管轄 第一審を地裁・簡裁のいずれの管轄とするか（訴額140万円・不動産・行政事件）

→任意管轄ゆえ、合意や応訴で変更されうる

・簡裁専管：訴額140万円未満かつ一般事件（不動産関係は地裁共管、行政事件は地裁専管）

・地裁専管：訴額140万円以上、140万円未満のうち行政事件は専管・不動産関係は簡裁共管

* 土地管轄 所在地を異にする種類の同じ裁判所間の事件の分担

※訴額：訴訟物についての全面勝訴判決で直接受ける利益の客観的評価(§8,9)

【最決平23.5.18】§38後段の共同訴訟でも訴額計算は合算される[25443421]

移送決定→抗告棄却→許可抗告：原決定破棄・原々決定取消し

「法38条後段の共同訴訟であって、いずれの共同訴訟人に係る部分も受訴裁判所が土地管轄権を有しているものについて、法7条ただし書により法9条の適用が排除されることはない……なぜなら、法7条は、法4条から法6条の2までを受けている文理及び条文が置かれた位置に照らし、土地管轄について規定するものであって事物管轄について規定するものではない……法7条ただし書の趣旨は、法38条後段の共同訴訟において、一の請求の裁判籍によって他の請求についても土地管轄が認められると遠隔地での応訴を余儀なくされる他の請求の被告の不利益に配慮するもの……簡易裁判所ではなく当該簡易裁判所を管轄区域内に置く地方裁判所において審理及び裁判を受けることにより被告が不利益を被ることがあり得るとしても、上記と同様の配慮を要するとはいえないからである」(3社への過払い金返還請求を併合訴訟としたうち、1社が簡裁への移送を請求したもの)

・管轄権発生の根拠による分類

* 法定管轄 法律により一義的に決定されるもの

* 指定管轄 具体的事件で上級裁判所が決定で指定する管轄裁判所(§10)

※管轄裁が法律上/事実上裁判権行使不可(全裁判官病気など)、管轄区域不明確で管轄不定

* 合意管轄 当事者の合意によって管轄裁判所を定めること(§11)。任意管轄である。

* 応訴管轄 原告が管轄違いで出訴したが、被告が管轄違いの抗弁を提出しなかった場合

→本案の弁論・弁論準備手続の申述後、専属管轄に反しない限り管轄が認められる

・強制力の有無による分類

* 専属管轄 当事者の意思などによる変更を許さないもの

例：特許権等(§6)、再審(§340)、人事訴訟(人訴4)

会社の組織・責任追及の訴え(会社法835-1,848)

効果：控訴事由(§299-1)、絶対的上告事由(§312-2:3)だが、再審事由にならない

* 任意管轄 当事者の意思により変更が許されるもの。控訴審で主張不可(§299-1)

2. 普通裁判籍について、自然人と法人に分けて条文を参照して説明することができる。被告の普通裁判籍が一般的な管轄原因となる理由を説明することができる。
- ・ 訴えは、被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所の管轄に属する(§4-1)
 ∴ 訴えを提起するかどうかは原告の任意であるが、被告は応訴が義務付けられるから、被告の生活の本拠地の裁判所に認めるのが公平にかなう。「原告は被告の法廷に従う」
 - ・ 自然人：住所→居所→最後の住所(#2)
 - * 海外所在で治外法権の日本人（大使等）：最高裁規則で定める(#3)→東京都千代田区(則6)
 - ・ 法人：主たる事務所・営業所→代表者その他の主たる業務担当者の住所(#4)
 - * 外国法人：日本における主たる事務所・営業所→日本における主たる業務担当者の住所(#5)
 - * 国：訴訟について国を代表する官庁の所在地
3. 特別裁判籍について、条文を参照してその主要なものを挙げ、その根拠を説明することができる。
- ・ 独立裁判籍：他の事件とは無関係に認められる裁判籍 (§5,6)
 - * 財産権上の訴え：債務は義務履行地で履行しなければならないから、特に不公平でない。
 ←原則持参債務であるから、原告の住所地が管轄となり、4条の規定の趣旨に反する？
 - 一 財産権上の訴え 義務履行地
 - 二 手形又は小切手による金銭の支払の請求を目的とする訴え 手形又は小切手の支払地
 - * 船員・船舶関係：人的裁判籍は船籍所在地、物的裁判籍は船舶所在地。
 - 三 船員に対する財産権上の訴え 船舶の船籍の所在地
 - 六 船舶所有者その他船舶を利用する者に対する船舶又は航海に関する訴え 船舶の船籍の所在地
 - 七 船舶債権その他船舶を担保とする債権に基づく訴え 船舶の所在地
 - * 国内に住所がない者：財産の所在地。これらの者への訴え提起を容易にするため。
 - 四 日本国内に住所（法人にあっては、事務所又は営業所）がない者又は住所が知れない者に対する財産権上の訴え 請求若しくはその担保の目的又は差し押さえることができる被告の財産の所在地
 - * 事務所又は営業所の業務関係：その所在地。活動を展開する以上、本店に限定しなくてよい。
 - 五 事務所又は営業所を有する者に対する訴えでその事務所又は営業所における業務に関するもの 当該事務所又は営業所の所在地
 - * 社団財産の社員・役員関係：社団財団の普通裁判籍所在地。審理の便宜を考慮したもの。
 - 八 会社その他の社団又は財団に関する訴えで次に掲げるもの 社団又は財団の普通裁判籍の所在地
 - イ 会社その他の社団からの社員若しくは社員であった者に対する訴え、社員からの社員若しくは社員であった者に対する訴え又は社員であった者からの社員に対する訴えで、社員としての資格に基づくもの
 - ロ 社団又は財団からの役員又は役員であった者に対する訴えで役員としての資格に基づくもの
 - ハ 会社からの発起人若しくは発起人であった者又は検査役若しくは検査役であった者に対する訴えで発起人又は検査役としての資格に基づくもの
 - ニ 会社その他の社団の債権者からの社員又は社員であった者に対する訴えで社員としての資格に基づくもの
 - * 不法行為等：不法行為地等。証拠収集の容易という審理の便宜、被害を受けた原告の利益。
 ※ 違法行為につき広く認められる。国賠、鉦害賠償、債務不履行の損賠にも類推適用（解釈）
 - 九 不法行為に関する訴え 不法行為があった地
 - 十 船舶の衝突その他海上の事故に基づく損害賠償の訴え 損害を受けた船舶が最初に到達した地
 - 十一 海難救助に関する訴え 海難救助があった地又は救助された船舶が最初に到達した地

【最決平 16.4.8】 9号は違法行為で権利を侵害される場合の差止請求にも適用[28091041]

被告移送申立却下決定→抗告：取消決定→許可抗告：破棄差戻し

「民法5条9号は、「不法行為に関する訴え」につき、当事者の立証の便宜等を考慮して、「不法行為があった地」を管轄する裁判所に訴えを提起することを認めている。同号の規定の趣旨等にかんがみると、この「不法行為に関する訴え」の意義については、民法所定の不法行為に基づく訴えに限られるものではなく、違法行為により権利利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者が提起する侵害の停止又は予防を求める差止請求に関する訴えをも含む」 「民法5条9号の規定の上記意義に照らすと、不正競争防止法3条1項の規定に基づく不正競争による侵害の停止等の差止めを求める訴え及び差止請求権の不存在確認を求める訴えは、いずれも民法5条9号所定の訴えに該当する」 (不正競争防止法に基づく差止請求権を有しないことの確認を求める訴え)

* 不動産関係：不動産の所在地。証拠収集の便宜。売買代金・賃料はこれに含まれない。

十二 不動産に関する訴え 不動産の所在地

十三 登記又は登録に関する訴え 登記又は登録をすべき地

* 相続関係：被相続人の普通裁判籍所在地。証拠収集の便宜、被相続人債権者の便宜。

十四 相続権若しくは遺留分に関する訴え又は遺贈その他死亡によって効力を生ずべき行為に関する訴え 相続開始の時ににおける被相続人の普通裁判籍の所在地

十五 相続債権その他相続財産の負担に関する訴えで前号に掲げる訴えに該当しないもの 同号に定める地

* 特許権等に関する訴え(§6)：東京地裁・大阪地裁 → 控訴審は東京高裁

→専属管轄だが、職権で元の地裁、高裁では大阪高裁に移送可能(§20/2)

∴専門的知見が集積され、事件の適性かつ迅速な審理が可能だから。

* 意匠権等に関する訴え(§6/2)：東京地裁・大阪地裁にも提起可能 (競合管轄・任意管轄)

・ 関連裁判籍：他の事件との関連において認められる裁判籍

* 併合請求の場合(§7)：1個の訴えで数個の請求をする場合、どの裁判籍を選んでもよい

* 反訴請求の場合(§146)：本訴の裁判所に提起する

4. 併合請求の裁判籍について、主観的併合の場合と客観的併合の場合に分けて、具体例を挙げて説明することができる。

・ 客観的併合：どのみち応訴せざるをえないから、重大な不利益はない。

→同一の被告に対して、複数の請求を行う場合。所有権移転登記請求と遅延の損賠請求など。

・ 主観的併合：自己への請求と関係ない場所で応訴を強いられる。

→§38 前段の場合に限って認める。主債務者と保証人を共同被告とする場合など。

§38 前段 訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくときは、その数人は、共同訴訟人として訴え、又は訴えられることができる

【札幌高判昭 41.9.19 高民集 19-5-428】 管轄選択権の濫用が認められた例[27621919]

移送申立却下決定→即時抗告：原決定取消、被告住所管轄へ移送決定 (振出人と裏書人2名への手形金支払請求を提起したが、釧路地裁管内の裏書人は同地裁管内の原告と通謀して裏書しており、冒頭でこの裏書人への訴えを取り下げたもの。振出人と残りの裏書人は盛岡地裁管内で、移送を申立てた)

「管轄は、起訴の時を標準として定まるものである(法第二九条)から、共同訴訟人である穂積壮八に対する訴が原裁判所の管轄に属したることにより、法第二一条により抗告人についても管轄が生じたりとすれば、起訴後同人に対する訴が取り下げられたことによつて、一旦生じた抗告人についての管轄を失うものではない」「然し乍ら、外形上、法第二一条の要件を充たす場合であつても、当事者(原告)が、本来管轄のない請求について自

己に便利な裁判所へ管轄を生じさせるためだけの目的で、本来訴訟を進行する意思のないその裁判所の管轄に属する請求を併せてしたと認められるような場合は、法第二条によつて与えられる管轄選択権の濫用として、これを許容することができない」→原告は前にも同じことをしており、管轄選択権の濫用で認められない。

5. 管轄合意の要件、方式及び内容（付加的合意・専属的合意の区別等）について説明することができる
- ・ 要件
 - ①第一審の管轄裁判所についてであること(§11-1)→事物管轄と土地管轄が対象
 - ②一定の法律関係についての合意であること(§11-2)→包括的合意は無効
 - ③専属管轄は変更できない。但し、特許権等の東京地裁・大阪地裁の間の変更は可能(§13)
 - ④合意の時期が起訴前であること(§15)
 - ⑤管轄裁判所が特定されていること（すべての裁判所を管轄とする旨の合意は無効）
 - ※管轄裁判所は法定管轄裁判所以外でもよい
 - ・ 方式：書面をもってすること(§11-2)。但し、電磁的記録でもよい(§11-3)
 - ・ 内容→合意の解釈次第だが、基本的に専属的合意と解する
 - * 専属的合意：特定の裁判所に専属的に管轄権を生じさせる場合
 - * 付加的合意：法定管轄に付加して特定の裁判所にも管轄権を生じさせる場合

第3款 移送

1. 移送の種類について、条文を参照して挙げることができ、それぞれの目的につ
 - ・ 管轄違いに基づく移送(§16)：原告の救済のため(手数料、時効中断、出訴期限遵守等の不利益)
 - ・ 遅滞を避ける等のための移送(§17)：訴訟の著しい遅滞(公益)・当事者間の衡平(負担の均衡)
 - ・ 簡易裁判所から地方裁判所への移送
 - * 裁量移送(§18)：専属管轄は不可、専属的合意管轄は可能。相当と認めるとき。
 - * 申立て及び同意に基づく必要的移送(§19-1)：合意があり、地裁に移送して不利益はないから
 - * 不動産訴訟の必要的移送(§19-2)：不動産訴訟は一般に複雑だから
 - * 反訴提起に基づく必要的移送(§274)：反訴が地裁管轄の内容なら審理の充実のため
 - ・ 特許権等に関する訴えの移送(§20/2)：専門的知見が不要なら、本来の管轄の方が審理容易
 - ・ 関連請求たる損賠請求の家裁への移送(人訴 8,17)：審理内容が重なり合うから
2. 17 条移送についてその意義を理解し、その要件を具体例に即して説明することができる。約款等による専属的管轄合意がある場合の同条の適用について説明することができる。
 - ・ 例：訴訟詐欺で義務履行地を被告の住所地から離隔されたところとするような場合には、当事者間の負担の公平から 17 条移送で被告の普通裁判籍の管轄裁判所に移送すべきである。
 - ・ 要件：当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地その他の事情を考慮して、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があること
 - ・ 専属的管轄合意：専属管轄の移送制限(§20)は明文で専属的管轄合意を除くから、専属的管轄合意があっても 17 条移送が可能である。約款での制限も同様であり、17 条移送を妨げない。なお、会社と消費者の関係で、約款の制限が消費者にとって不利にすぎれば、無効とも解される。
3. 移送の方法及びその裁判の効果について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 契機：いずれも申立て又は職権によるが、例外あり
 - * 申立て及び同意に基づく必要的移送：当事者の申立て及び相手方の同意
 - * 不動産訴訟の必要的移送、人訴法上の家裁移送：当事者の申立て
 - * 反訴提起に基づく必要的移送：原告の請求
 - ・ 要件(特段の要件があるもの)
 - * 管轄違いに基づく移送(§16)
 - 全部又は一部がその管轄に属さないこと。但し、地裁は簡裁の管轄でも自庁処理可能
 - 事物管轄・土地管轄違背、職分管轄違背(一番地裁事件を高裁に提起した、など)
 - 審級管轄違背(誤って管轄権のない上級裁判所に上訴した場合)
 - 家事審判事項を訴訟事件として地裁に提起：§16-1 類推で家裁に移送すべき
 - 【最決平 20.7.18】簡裁を専属的管轄とする合意があっても地裁の判断で自庁処理可能**
 - * 申立て及び同意に基づく必要的移送(§19-1)
 - 移送により著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときは不可
 - ※ 上級地裁以外へは、本案の弁論、弁論準備手続の申述後は認められない
 - * 不動産訴訟の必要的移送(§19-2)

※被告が本案について弁論をした場合は認められない

* 特許権等に関する訴えの移送(§20/2)

審理すべき専門技術的事項を欠くこと等により、著しい損害又は遅滞を避けるため必要

- ・ 専属管轄の場合の移送制限(§20)：法定の専属管轄の場合は移送不可
- ・ 移送の裁判の効力(§22)
 - * 受移送裁判所は拘束され、(同じ事由で) さらに移送することができない(#1,2)
 - * 当初から受移送裁判所に係属したとみなす(#3)→時効中断、出訴期間遵守の効力維持
- ・ 不服申立て：即時抗告できる(§21)。例外：反訴請求に基づく必要的移送の決定(§274-2)

第3章 当事者

第1節 当事者の概念と確定

第1款 概念

1. 形式的当事者概念について、実質的当事者概念との対比において、理解している。(→3-2-3 当事者適格)
 - ・形式的当事者概念：請求の定立者とその相手方、判決の名宛人という訴訟法律関係上の地位
←訴訟物たる実体的権利義務・法律関係の主体たる地位とは切り離されたもの
∴訴訟担当や他人間の法律関係の確認訴訟が認められているから
2. 二当事者対立の原則の意義について理解している。(→訴訟手続の中断)
 - ・訴訟手続において相対立する二当事者の存在が不可欠であること
→手続保障や弁論主義の適用等でも両当事者の利益を考慮する必要がある
→一方の当事者能力消滅・当事者適格喪失・訴訟能力喪失などがあると訴訟手続は中断(§124)
→相続・合併等の事由で一方当事者の地位が他方当事者に承継されると訴訟係属は消滅
【大判昭 10.4.8】被相続人と相続人の訴訟中に被相続人が死亡→訴訟係属は当然終了
3. 当事者権
 - ・人が当事者の地位に就くことにより手続上認められる諸権利（自己責任の前提たる手続保障）
∴敗訴すれば拘束されるため、公平かつ適正な審判を受けるための手続保障が必要(憲 32)
→審判の対象確定・訴訟の開始・終了の決定 + 訴訟手続上での攻撃防御のための権能

第2款 確定

1. 当事者の確定の意義及びその基準についての考え方の差異について説明することができる。
 - ・意義：形式的当事者概念を前提に、請求の主体・名宛人を確定すること
→訴訟手続の行為主体（訴訟法律関係、当事者権、判決の効力）をこれによって定める
→氏名冒用訴訟、死者名義訴訟、表示の訂正と任意的当事者変更の場合の当事者の地位も確定
 - ・基準：裁判所としては訴訟手続の進行上表示説によるほかない
 - * 意思説：原告の意思に基づく ← 原告の確定ができない、意思認定の資料が不明確
 - * 行動説：当事者として行動している者 ← 「当事者としての行動」が不明確
 - * 表示説：訴状における表示を基準（通説）
 - 形式的表示説：訴状の当事者欄の表示のみ
 - 実質的表示説：請求の趣旨・原因の記載も含める
 - * 規範分類説：裁判所の行為規範は表示説、過去の訴訟行為の効力の評価規範は行動説
2. 氏名冒用訴訟及び死者名義訴訟に関する当事者の確定の基準について、判例・学説を踏まえて、説明することができる。
 - ・氏名冒用訴訟
 - * 訴訟係属中に発覚：原告側なら不適法として却下、被告側なら被冒用者に訴訟を進行させる
 - * 判決後に発覚
→表示説：被冒用者に及ぶ。被冒用者は上訴(§312-2:4)、再審(338-1:3)で救済する

§312-2:4 法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いたこと(§338-1:3 同文)

→行動説：冒用者に及び、被冒用者は再審によるまでもなく無効を主張できる

←被冒用者名義の判決が存在する以上、上訴・再審により効力を排除すべき（∴法的安定性）

※被冒用者に手続保障が欠如することから無効とする考え方も有力

【大判昭 10.10.28】氏名冒用訴訟に再審を認めたもの[昭 7 才 2872]

原審は被冒用者は訴訟当事者たる地位を取得しないから既判力が及ばず再審は不適法として却下→破棄差戻し
「訴訟当事者ノ氏名ヲ冒用シ當事者名義ノ委任状ヲ偽造シテ訴訟代理人ヲ選任シ被冒用者名義ヲ以テ訴訟行為ヲ爲サシメ裁判所カ之ニ氣付カスシテ被冒用者ニ對シ判決ヲ言渡シタルトキハ其ノ被冒用者ハ訴訟当事者トナリタルモノナレハ判決ノ既判力ハ冒用者ニ及ハスシテ被冒用者ニ及フモノト謂ハサルヲ得ス從テ被冒用者ハ判決ノ確定前ニ在テハ上訴ニ依リテ之カ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘク確定後ニ在テハ民事訴訟法第四百二十條第三號ニ依リ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘキモノトス」

【最判平 19.3.27】光華寮訴訟[S62 才 685]

中華民国は中国国家の政府として承認されていたから、「本件建物の所有権が現在中国國家以外の権利主体に帰属しているか否かは別として、本件において原告として確定されるべき者は、本訴提起当時、その国名を「中華民国」としていたが、本件が第1次第1審に係属していた昭和47年9月29日【日中共同声明で日本が中華人民共和国を承認した日】の時点で、「中華人民共和国」に国名が変更された中国國家というべき……我が國政府は、本件が第1次第1審に係属していた昭和47年9月29日、日中共同声明において、中国國家の政府として、中華民国政府に代えて中華人民共和国政府を承認したのであるから、これにより、中華民国政府から派遣されていた中華民国駐日本國特命全權大使が有していた中国國家の我が國における代表権が消滅した」ゆえに「上記大使及び上記の者は現在において我が國における中国國家の代表者ではない。しかし、本件において被上告人代表者として訴訟行為を行ってきたのは、第1次控訴審の途中までは上記大使、それ以降は上記の者であり、また、弁護士張有忠ほか6名は、上記大使又は上記の者から訴訟代理権の授与を受け、本件において被上告人訴訟代理人として訴訟行為を行っているので、本判決においては、無権限者ではあるが、上記の者を現に被上告人代表者として訴訟行為を行っている者という趣旨で被上告人代表者として記載することとし、また、上記弁護士らを現に被上告人訴訟代理人として訴訟行為を行っている者という趣旨で被上告人訴訟代理人として記載することとする（最判昭 43.3.15、最判昭 58.4.7 参照）」（破棄差戻し）

・ 死者名義訴訟：被告への訴状到達前に原告又は被告が死亡したのに訴訟手続きが進行した場合

→形式的表示説：当事者不存在で訴えを却下すべき、相続人が訴訟行為をしても判決含め無効

←相続人が当事者として訴訟行為を行ったのだから不当

→訴訟係属後の死亡に準じ訴訟承継を前提とする黙示の受継を認め、判決の効力を及ぼす

→実質的表示説：相続人を当事者とする趣旨が合理的に推認されれば相続人が当事者と扱う

→行動説・意思説：当初から相続人が当事者であったとして扱う

※相続人が当事者とした場合の効果：表示の訂正、相続人の訴訟行為は有効、判決の更正

【大判昭 11.3.11】家督相続人への訴状の表示の訂正を認めたもの[昭 10 才 2149]

損賠請求→一審：認容→控訴：破棄自判（訴え却下）→上告：破棄自判（一審取消・差戻し）

訴状提出前に被告は死亡していたが、家督相続人が応訴していたもの。

「本訴ハ上告人カ訴状ニ杉田司ヲ被告トシテ表示シ昭和九年三月十三日廣島區裁判所ニ提起シタルモノナル處司ハ是ヨリ先昭和七年四月十二日死亡シテ被上告人杉田司郎其ノ家督相續ヲ爲シタルモノナルヲ以テ本訴ニ於ケル實質上ノ被告ハ即被上告人司郎ニシテ只其ノ表示ヲ誤リタルニ過キサルモノト解スル」
「被告ノ表示ヲ誤リタルカ爲本訴ハ實質上訴訟關係ノ不成立ヲ來シタルモノト謂フヘカラス」

【最判昭 41.7.14】相続人が受継して訴訟手続を遂行した後の無効主張[昭 39 才 1403]

家屋明渡請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（訴状提出後送達前に被告が死亡、受継し応訴したのに上告理由でいきなり被告の死亡による無効を主張したもの）

「上告人……三名は、前記のとおり、みずから被告たる西村末吉の訴訟を承継する手続をとりこれを承継したものととして、本件訴訟の当初からなんらの異議を述べずにすべての訴訟手続を遂行し、その結果として、被上告人の本訴請求の適否について、第一、二審の判断を受けたものである。このように、第一、二審を通じてみずから進んで訴訟行為をした前記上告人三名が、いまさら本件訴訟の当事者（被告）が死者である西村末吉であつ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」

※原告側の死亡の場合

【最判昭 51.3.15】訴訟代理人が原告の死亡を知らず訴状を提出した例[昭 50 才 1167]

建物収去土地明渡請求→被告が原告の死亡を理由に上告したもの

「（一）被上告人の先代水谷文治から昭和四三年一二月二七日適法に訴訟委任を受けた弁護士佐治良三ほか四名の訴訟代理人が、同月三〇日文治が死亡したことを知らずに、昭和四四年三月一日亡文治を原告、上告人を被告と表示した本件訴状を第一審裁判所へ提出し、これが上告人に送達されたこと、（二）同年五月一三日亡文治の相続人たる被上告人ほか二名からの申立により第一審裁判所が被上告人ほか二名の原告としての訴訟承継を認めて審理判決したこと、（三）原審において、遺産分割の結果被上告人だけが本件土地の権利を承継したので被上告人以外の当事者が訴を取り下げ、上告人がこれに同意したこと、がそれぞれ認められる。このような事実関係のもとにおいては、民訴法八五条、二〇八条の規定を類推適用して、本訴提起は適法なものであり、亡文治の相続人において本訴を承継したものと解するのが相当」

3. 訴状の表示の訂正と任意的当事者変更の異同を理解している。（→6-2-7 任意的当事者変更）

- ・ 訴状の表示の訂正：変更前と変更後の当事者の同一性を前提に表示の訂正をするもの
→一般に適法：当事者間の訴訟係属・訴訟法律関係に影響を与えない（表示を変更するだけ）
- ・ 任意的当事者変更：変更前と変更後が別の人格を表しているものとして変更するもの
→適法性が問題：従来の当事者と別の物との間に訴訟を係属させ、新たな法律効果を生じる

【大阪地判昭 29.6.26】表示の訂正を認めた例[昭 28 ワ 588]

約束手形金請求（「原告は本訴において当初栗田末太郎個人を被告としていたのを途中において被告の表示訂正の申立をして被告を栗江興業株式会社と訂正した」）

「当事者の変更による訴の変更はわが民訴法上これを許さないものと解するを正当とすべく、このことは同法第二三二条の法意より明かで、訴の変更は同一当事者間において請求の趣旨原因の変更としてのみ許される」「当事者の変更と当事者の表示の訂正とはこれを区別しなければならない。前者は確定された当事者を変更する場合に生じ、後者はその前提たる当事者の確定の問題である。すなわち、当事者の表示の訂正は確定された当事者をより適正な表示に更正するにすぎない場合に生ずるもので、同一人格者間の問題であるに反し、当事者の変更は別人格者間に生ずる問題である」「かゝる場合は当初より原告が右手形の振出人を被告とする意思を有していたことを認めうることはもちろん、訴状の記載上も振出人を被告としたものと解しうべく……本件被告の表示の訂正によつて被告の同一性は維持せられているのであつて、人格の変更を来さないものといわねばならない」

【東京地判昭 31.3.8】表示の訂正を認めた例[昭 26 ワ 5851]

「およそ民事訴訟において誰が当事者であるかを確定するには、もつぱら訴状に表示されたところから客観的に判定すべきものであるが（いわゆる表示説をとる）、訴状には当事者、法定代理人並びに請求の趣旨及び原因を記載しなければならないのであつて、単に当事者として記載せられた部分のみから直ちに当事者を判定すべきものではなくて、訴状を全体として観察して判定すべきものであることは多言を用いないところである。そして原告の訴状には、被告として「紀陽産業株式会社伴野安伸」と表示してあるので、これだけでは被告がはたして

紀陽産業株式会社であるか、伴野安伸であるかは必ずしも明瞭とはいえないのであつて、更にその請求の原因として記載されたところによれば、原告は手形の振出人に対して手形金の支払を訴求するのであり、その手形は紀陽産業株式会社代表取締役伴野安伸振出にかかるものであるが、会社設立登記未了のため会社と伴野安伸とは同一人格であるとして前記の表示をしたが、会社の設立登記済みのものである限り右会社が被告であることはその表示の上からも明かであると認めるのが相当」→被告の表示の訂正は許されるべき（約束手形金請求事件）

【名古屋高判昭 50.11.26】通称・別名から本名への訂正[昭 45 ネ 311]

「本件訴状の全記載を善解するならば、本件訴状においては、右契約上の買主（三宅宗次）売主（松原鉄左衛門）間の判決が求められているものであるが、右契約の際三宅宗次は取引の便宜上「三宅悦男」なる別名を使用した事情があるため、本件訴状においてもこれと一致させて「三宅悦男」なる別名を記載したことが窺われるものである。そうだとすると本件訴訟の原告（被控訴人）は三宅悦男ではなく、三宅宗次である」（訴状作成の依頼も訴訟委任も共に）「三宅宗次であり、同人が本件訴の提起以来終始実質的にその審理に原告として関与してきたことが認められるから、原審が第九回口頭弁論期日において原告代理人に原告の氏名を「三宅悦男こと三宅宗次」と訂正することを許したうえ、従前の訴訟手続を引続き進行させたのは相当の措置」（土地所有権移転登記請求）

【東京地判平 6.12.6】権利能力なき社団の表示の訂正[昭 45 ネ 311]

被告を「部落解放同盟中央本部 右中央執行委員長丙山梅夫」から「部落解放同盟 右代表者中央執行委員長丙山梅夫」に訂正を主張：被告が当事者適格を欠くと主張するまで3年の間支障なく答弁・主張しており、中央本部の呼称が実際に用いられていることから訂正を認めた。

第3款 任意的当事者変更

1. 任意的当事者変更の許容性に関する議論の概要を説明することができる。（→2-2-1（2）当事者の確定参照）
 - ・ 任意的当事者変更：訴訟承継など法の規定によらず当事者の意思による当事者変更
 - ・ 通説：新当事者による／対する新訴の提起→旧訴と併合→旧当事者による／対する旧訴の取下げ
メリット：旧訴の裁判資料を新訴の審理に使える（→あまり認める意味なし）
デメリット：取下げに相手方の同意必要(261-2)、時効中断・期間遵守の効果も認められない
旧訴の一番継続中に限られる、併合も必要的ではない
→法人とその代表者など新旧当事者に密接な関係があれば旧訴と新訴の弁論を併合する
→新訴と旧訴の経済的目的が重なり合うとして提訴手数料の流用を認める
←いずれも一番継続中に限られる
 - ・ 特殊行為説：当事者変更は特殊な訴訟行為
 - * 変更の要件：新旧訴訟物の間の密接な関連性、旧被告の同意
※進級後の変更：控訴審では新被告の同意が必要、上告審では認められない
 - * 変更の効果：申立てにより旧当事者に対する訴訟係属が消滅し、新当事者に係属する
←通説の修正と大差ない、上訴後の被告の誤り発見は例外的、法規定のない例外は避けるべき

第2節 当事者能力

第1款 意義

1. 当事者能力の意義を理解している。
 - ・一般的に訴訟の請求定立の主体又はその相手方となり、また判決の名宛人となりうる資格（民事訴訟の当事者となることのできる一般的な能力）＝実体法上の権利能力に相当
2. 当事者能力と当事者適格の相違、当事者能力と訴訟能力の相違を理解している。
 - ・当事者適格：具体的事件における請求との関係で原告・被告となる資格があるか
 - ・当事者能力：具体的事件と無関係に、その者の属性によって一般的に定まる
 - ・訴訟能力：自ら訴訟行為をなし、訴訟行為の相手方となりうる資格。制限行為能力者などは当事者能力を有するが訴訟能力は有しない（∴本人保護）
 - ・弁論能力：期日において主張・陳述をなす能力（∴訴訟の円滑迅速＝公益）
 - * 原則は訴訟能力に同じ。「訴訟関係を明瞭にするために必要な陳述をすることができない」
当事者・代理人・補佐人→裁判所による陳述禁止、新期日設定、弁護士付添命令(§155)

第2款 規律

1. 当事者能力を有する者について、条文を参照して説明することができる。
 - ・民法に基づいて定める(§28)
 - * 自然人：出生に始まり死亡によって消滅する
 - ※胎児：不法行為・相続・遺贈では当事者能力がある
 - * 法人：権利能力が認められる間（設立登記～解散・清算決了）当事者能力も与えられる
 - * 国：財産権の主体・国賠責任の主体・行政権の主体として認められる(cf:§4-6)
 - * 地方公共団体：法人ゆえ(地方自治法 2-1)、当事者能力がある
 - * 行政庁：通常認められない。行政訴訟では認められる(行訴 11-2,38-1)
 - * 権利能力なき社団・財団：代表者又は管理人の定めがあれば認められる (§29)
 - ※権利能力は認められない（判例⇔多数説は認める）ので訴訟担当か訴訟追行権付与とする
→既判力・執行力は社団自身に及ぶ、訴訟担当なら構成員にも及ぶが、通説は否定する
- 【最判昭 47.6.2】 登記請求で権利能力なき社団の代表者個人を原告と認めた例[昭 45 才 232]**
「本件訴訟において権利能力なき社団たる訴外連合会がみずから原告となるのが相当であるか、その代表者の地位にある者が個人として原告となるのが相当であるかは、権利能力なき社団の資産たる不動産につき公示方法たる登記をする場合に何びとに登記請求権が帰属するかという登記手続請求訴訟における本案の問題にほかならず、たんなる訴訟追行の資格の問題にとどまるものではない」「登記上の所有名義人となつた権利能力なき社団の代表者がその地位を失つてこれに代る新代表者が選任されたときは、旧代表者は右の受託者たる地位をも失ひ、新代表者においてその地位を取得し、新代表者は、信託法の信託における受託者の更迭の場合に準じ、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることの協力を求め、これを訴求することができる」（所有権移転登記請求）
- * 外国人：通説は日本法に基づいて判断し、権利能力は認められる(民法 3-2)
 - * 外国法人：認許された外国法人は当事者能力を持つ(民法 35-2)
 - 認許されていない外国法人 → 法人格のない社団・財団として判断(§29)

- * 外国の法人格のない社団・財団：代表者・管理人の定めがあれば認める(§29)
- 2. 法人格のない団体に関して当事者能力を認めている理由について説明することができる。
 - ・ 「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるもの」の当事者能力(§29)
 - ∴ 法人格取得は一定の要件が存在するため、法人格がなくても、実体上経済的・社会的活動を行っているため、紛争が生じることがあり、団体として訴訟をした方が合理的であるから
 - ← 認めないと団体の構成員または財産の帰属主体自身の共同訴訟などとなり煩雑
- 3. 法人格のない団体について当事者能力を認める要件について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。民法上の組合の当事者能力について説明することができる。
 - ・ 判例：組織性・多数決原理・団体としての存続・組織上団体としての主要な点が確定

【最判昭 39.10.15】 権利能力なき社団の要件（民法） [昭 35 才 1029]

建物取去土地明渡請求（引揚者更生生活協同連盟杉並支部事件）

「権利能力のない社団というためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によつて代表の方法、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ものでなければならないのである。しかして、このような権利能力のない社団の資産は構成員に総有的に帰属する」（支部が権利能力なき社団と認められないと、支部は賃借権も取得できなかったことになり、支部から賃借権を譲り受けた原告の請求の根拠がなくなる）

【最判昭 42.10.19】 法人格のない社団の要件（民訴法） [昭 35 才 1029]

家屋明渡等請求（原告・被控訴人・被告人：三田市十一番区）

「法人格のない社団すなわち権利能力のない社団が成立するためには、団体としての組織をそなえ、多数決の原理が行なわれ、構成員の変更にかかわらず団体そのものが存続し、その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定していることを要する」（原告適格の判断）

【最判平 14.6.7】 固有財産を有しなくても財政の体制があればよい [平 13 受 1697]

書類等閲覧等請求（ゴルフクラブ→ゴルフ場経営会社） →一審：却下→控訴棄却→上告：破棄差戻し

原審は固有財産を有さず「被告人の計算に基づきその財政的基盤の上に成り立っており、それ自体独立して権利義務の主体たるべき社団としての財政的基盤を欠く」として「法人でない社団」として認めず。

「財産的側面についていえば、必ずしも固定資産ないし基本的財産を有することは不可欠の要件ではなく、そのような資産を有していなくても、団体として、内部的に運営され、対外的に活動するのに必要な収入を得る仕組みが確保され、かつ、その収支を管理する体制が備わっているなど、他の諸事情と併せ、総合的に観察して、同条にいう「法人でない社団」として当事者能力が認められる場合がある」→クラブ・会社の協定に年会費等を会社の収入とし、クラブの運営の通常経費に充てるとの約定があり収入の仕組みが確保されているとした。

- ・ 学説
 - * 対内的独立性（構成員の脱退・加入でも団体の同一性が保たれること＝構成員からの独立）
 - * 財産的独立性（団体が構成員から独立した財産を有する・有しうること）
 - ← 金銭請求の被告の場合のみ必要とすべき ← 当事者能力は一般的に定めるべき
 - * 対外的独立性（代表者が定められ、他の法主体から独立していること）
 - * 内部組織性（代表者選出・団体の意思決定方法などが確立されていること）
 - ∴ 構成員を社団に対する判決で拘束するためには意思反映の機会が必要だから
- ・ 民法上の組合 ← 組合財産は組合員の共有（民法 668）← 組合員個人財産と区別がある
 - * 組合の当事者能力は肯定。組合員個々人を当事者とし、選定当事者・任意的訴訟担当も可能

【最判昭 37.12.18】 民法上の組合の当事者能力[昭 34 才 130]

「組合は、民訴四六条所定の「権利能力なき社団にして代表者の定あるもの」として訴訟上の当事者能力のあることは、累次の大審院判例の趣旨とする所であつて、現在維持せられて居る」(原告：三銀行団債権管理委員会)

- ・ 法人でない財団：設立中の財団など（【最判昭 44.6.26】）

第3款 欠缺の効果

1. 当事者能力を有しない者に対してされた判決の効力を理解している。
 - ・ 当事者能力の調査：職権（訴訟要件だから）→定款等の提出命令(則 14)
 - ・ 判決前に発覚
 - * 原告に欠缺：却下、費用は代表者または管理人として訴訟追行した者の負担(\$70 類推)
 - * 被告に欠缺：却下、費用は原告負担(\$61)
 - ・ 判決後に発覚 → 無効 ∵ 当事者能力がないのに既判力や執行力が生じるのはおかしい
 - * 救済手段：上訴(312-2:4 類)、再審(338-1:3 類)
2. 当事者が訴訟係属中に当事者能力を喪失した場合の取扱いについて、条文を参照して説明することができる。(→訴訟手続の中断・受継)
 - ・ 当事者能力の判断時は口頭弁論終結時 → 係属中に喪失すると訴訟手続の中断・受継(\$124)
 - * 自然人死亡(#1:1)、法人の合併による消滅(#1:2)。受継できる者がいないと訴訟終了

第3節 訴訟能力

第1款 意義

1. 訴訟能力の意義を理解している。
 - ・ その者の名において訴訟行為をなし、訴訟行為の相手方たりうる能力
=実体法上の行為能力に相当 → 当事者のほか、補助参加人も要求される

第2款 規律

1. 訴訟能力の規律について、未成年者・成年被後見人・被保佐人・被補助人のそれぞれに関して、条文を参照して説明することができる。

・ 訴訟能力者

- * 自然人：行為能力ある自然人(§28)
- * 法人等：法人・法人格なき社団・財団の代表者・管理人(§37)
- * 外国人：本国法が優先(通則法 4-1)だが、日本法により訴訟能力があれば訴訟能力者(§33)

・ 訴訟無能力者

- * 未成年者・成年被後見人：法定代理人によってのみ訴訟行為ができる(§31)
 - ←婚姻による成年擬制、営業許可を与えられた未成年者(民 753,6)は訴訟能力あり(§31 但)
 - ←民法上は取消可能・同意で本人行為可能⇔民訴法上は無効・同意があっても本人は不可能
 - ※後見監督人がいる場合の特則
 - ・ 書面で審級単位以上の包括的な同意が必要(民 864→13-1:4、則 15) ∵ 訴訟手続安定のため
 - ←提訴・上訴への応訴は同意不要(§32-1) ∵ 相手方の訴権・上訴権の保護
 - ・ 訴え取下げ、和解、請求の放棄・認諾、訴訟脱退、上訴取下げ等は特別の授權必要(§32-2)

・ 制限訴訟能力者

- * 被保佐人・被補助人（訴訟行為について制限を受けた場合）：保佐人等の同意必要(民 13,17)
 - 同意に代わる家裁の許可(民 13-3)、利益相反時の監督人の同意(民 876/3,/7-2→851:4)
 - 応訴の同意不要(§32-1)、訴え取下げ等での保佐人等の同意(§32-2)
 - ※訴訟中に審判を受けた場合：当該審級に限り同意不要だが、§32-2 所定事項は同意必要

・ 意思能力を欠く場合

【最判昭 29.6.11】意思能力を欠く当事者の訴訟行為は無効[昭 27 才 9]

動産・不動産引渡等請求→一審：一部認容→控訴：破棄自判（一部認容）→上告棄却

「被上告人は本件控訴取下の当時、すでに成年を過ぎ、且未だ準禁治産宣告を受けてもいながつたけれども、生来、医学上いわゆる精神薄弱者に属する軽症痴患者であつて、その家政、資産の内容を知らず、治産に関する社会的知識を欠き、思慮分別判断の能力が不良で、その精神能力は十二、三才の児童に比せられる程度にすぎず、しかも、その控訴取下は姉北原志げ夫婦や訴訟代理人に相談せずなされたこと、そのため被上告人は、控訴取下によつて前記の如き重大な訴訟上並に事実上の結果を招来する事実を十分理解することができず、控訴取下の書面を以て、漠然相手方に対する紛争の詫状の程度に考え、本件控訴取下をなしたものであること、以上の如き事実が認められるから、被上告人のなした本件控訴取下は、ひつきよう意思無能力者のなした訴訟行為にあたり、その効力を生じない」(被告・控訴人・被上告人のした控訴提起は意味を理解しており有効、控訴取下げは無効)

・ 人事訴訟の特則

* 未成年者・成年被後見人等も同意なく訴訟可能（人訴 13）

→申立て・職権により裁判長は弁護士を訴訟代理人に選任し報酬を定めることができる

* 成年被後見人の場合は成年後見人が当事者となれる(人訴 14-1)：意思無能力の可能性

→成年後見人が相手方の場合は成年後見監督人が当事者となる(#2)

2. 訴訟能力と行為能力の規律の違いとその理由を理解している。

・ 行為能力：同意なき場合は取消可能、同意あれば本人も行為可能

・ 訴訟能力：同意なき場合は無効、同意があっても本人は訴訟能力なし、応訴は同意不要

：訴訟手続の安定（取消可能だとそれを前提に訴訟が進む）、相手方の訴権・上訴権保護

第3款 欠缺の効果

1. 訴訟能力欠缺の場合の取扱いについて、その行為の追認、上訴の場合の取扱い、判決の効果等を含めて、説明することができる。（→補正命令、訴訟行為の追認、訴訟手続の中断・受継）

・ 当事者に対する裁判所の補正命令(§34-1)：訴訟能力・法定代理権・訴訟行為に必要な授權欠缺

※遅滞により損害を生じるおそれがあれば、無能力者に一時訴訟行為をさせてよい

→欠缺を治癒した当事者・法定代理人による追認：遡及して有効となる(§34-2)

※追認は個別にはできず、1つの審級における訴訟行為を一括して追認する

→追認しないと当然無効（法定代理権証明文書の提出、法定代理人による訴状訂正書提出等）

【最判昭 34.8.27】控訴審での追認も認められる、訴訟追行による黙示の追認を認める

【最判昭 47.9.1】上告審での追認も認められる

【大判昭 13.3.19】再審での追認も認められる

・ 訴え提起から訴訟能力欠缺 → 却下

・ 訴訟係属中の訴訟能力欠缺：訴訟手続の中断・受継(§124-1:3)

・ 看過した判決：違法な判決だが、無効ではない：判決自体は裁判所の訴訟行為だから

→上訴(§312-2:4)・再審(§338-1:3)による救済

→上訴後の処理：(欠缺あり) 破棄差戻し→補正命令（欠缺なし）上訴棄却

→原審却下に対する上訴：(欠缺・補正命令あり) 棄却（欠缺なし）破棄差戻し

(欠缺あり・補正命令なし) 破棄差戻し→補正命令

：差戻さないが無能力者の審級の利益が害されるから（→無能力者でも上訴自体は有効とする）

【最判昭 45.12.15】上訴後は破棄差戻して補正命令とすべき[後掲昭 45 才 112]

第4節 訴訟上の代理

第1款 総論

1. 訴訟上の代理の意義及び種類を説明することができる。
 - ・ 訴訟上の代理：代理人が当事者本人のためにすることを示して、訴訟行為を行い、訴訟行為の相手方となること。訴訟手続安定のため、原則として審級単位の包括的代理とする。
 - ・ 法定代理人：本人は訴訟能力を有さないなど自ら訴訟行為をなしえない／困難だから
 - * 実体法上の法定代理人（親権者・後見人、民法上の特別代理人）
 - * 訴訟法上の特別代理人
 - * 法人等の代表者
 - ・ 訴訟代理（任意代理）人：法知識・事実関係の正確な把握が必要→法律専門職に委ねる必要
 - * 訴訟委任による訴訟代理人：弁護士等への訴訟委任(§54-1)
 - * 法令上の訴訟代理人：商法上の支配人(商法 21-1、会社 11-1)など
2. 訴訟上の代理の概念について、訴訟担当等との相違を踏まえて、説明することができる。
 - ・ 訴訟担当は自らの名で訴訟行為を行い、訴訟行為の相手方となることができるが、訴訟上の代理人は当事者のためにすることを示す顕名が必要である。
 - ・ 訴訟行為を代理人の意思に基づいて行う点で、本人の意思に基づく使者と異なる。
3. 訴訟上の代理権が欠けていた場合の効果について説明することができる。
 - ・ 当事者本人に帰属せず、無効。発覚すると補正命令が出される。本人又は権限ある代理人による追認が可能(§59→34-1,2)、判決後は上訴(§312-2:4)、再審(§338-1:3)事由となる。

【大判明 33.5.25】訴訟代理権の有無に疑いがあれば裁判所は職権で調査する

第2款 法定代理・法人等の代表

1. 実体法上の法定代理人が訴訟上の法定代理人として扱われる場合の具体例を挙げることができる。(→民法総則)
 - ・ 実体法上の法定代理人→訴訟法上も法定代理人(§28)
 - * 未成年者のための親権者(民 824)・後見人(民 859-1)
 - * 成年被後見人のための後見人(民 859-1)
 - * 被保佐人・被補助人のために代理権を与えられた保佐人・補助人(民 876/4,876/9)
 - * 後見監督人等(後見:民 851:4、保佐:民 876/3→851、補助:民 876/8→851)
 - * 特別代理人(親権者:民 826、後見人:民 860、母不在時の嫡出否認:民 775)
 - * 臨時保佐人・臨時補助人(民 876/2-3,876/7-3)：
 - * 不在者の財産管理人(民 25,28)
 - * 相続財産管理人(相続人全員・相続財産法人の代理人。相続人:民 918-3,限定承認:926-2,相続人数:936-3,財産分離 943-2,相続人不存在 952,953 → 28) ※遺言執行者は訴訟担当
 - ・ 法定代理権の消滅（選定当事者の選定の取消し・変更も）
→本人又は代理人から相手方に通知しないと効力を生じない(§36)

【最判平 19.3.27】光華寮事件

土地建物明渡請求→一審：却下→控訴：破棄差戻し→差戻一審：認容→差戻控訴：棄却→差戻上告：破棄差戻し
原告：中華民国、原告代表者：中華民国駐日本国特命全権大使

「本件建物の所有権が現在中国国以外に権利主体に帰属しているか否かは別として、本件において原告として確定されるべき者は、本訴提起当時、その国名を「中華民国」としていたが、本件が第1次第1審に係属していた昭和47年9月29日の時点で、「中華人民共和国」に国名が変更された中国国に本件第1次第1審係属中の昭和47年9月29日に日中共同声明により「中華民国駐日本国特命全権大使が有していた中国国の我が国における代表権が消滅したことは、公知の事実」「代表権の消滅が公知の事実である場合には、民訴法37条で準用される同法36条1項所定の通知があったものと同視し、代表権の消滅は、直ちにその効力を生ずる…(理由は本規定が)…訴訟手続の安定性と明確性を確保し、相手方の保護を図る趣旨と解されるところ…(直ちに効力を生じて)…訴訟手続の安定性と明確性は害されず、相手方の保護に欠けるところはない」

訴訟代理人の訴訟提起後に外国国の代表権が消滅した場合、民訴法 37,124-2,124-1:3 に関わらず「代表権の消滅の時点で、訴訟手続は中断する……なぜなら、上記規定は、訴訟代理人が選任されているときには、当該訴訟代理人が訴訟の実情に通曉しており、一般にそのまま訴訟を進行させたとしても、当事者の利益を害するおそれがないことから、訴訟手続の中断事由が生じたとしても、訴訟代理権は消滅しないものとして(同法58条1項4号参照)、訴訟手続の中断についての例外を定めたもの……上記の場合、従前の政府の承認が取り消されたことにより、従前の政府が上記代表権の発生母体としての根拠を失ったために上記代表権が消滅したのであって、単に代表権のみが消滅した場合とは実質を異にする上、新たに承認された政府が従前の政府と利害の異なる関係にあることは明らかであるので、従前の政府から派遣されていた外交使節からの訴訟代理権の授与しか受けていない訴訟代理人がそのまま訴訟を進行することは、新たな政府が承認された後の上記外国国の利益を害するおそれがある」

2. 訴訟法上の特別代理の意義を理解している。

- ・ §35 により受訴裁判所の裁判長が選任する特別代理人をいう。

* 要件：法定代理人不在又は代理権行使不能+遅滞のため損害を受けるおそれを疎明

例：時効中断・証拠散逸防止、仮差押・仮処分等の必要性

* 対象：訴訟無能力者。事理弁識を欠く常況だが後見開始審判がない者等も対象

【大決昭 5.6.28】【大決昭 6.12.9】 相続人不明の相続財産につき相続財産未選任の場合も対象

【大判昭 11.7.15】 法人等の団体の代表者・管理人が欠ける場合も対象

* 人事訴訟は対象外：後見人を選任してから後見(監督)人を相手方に提起すべき

【最判昭 33.7.25】 人事訴訟で訴訟法上の特別代理人の適用を否定[昭 28 才 1389]

夫から心神喪失の常況にある妻への離婚請求→一審：特別代理人選任・離婚認容→控訴棄却→上告：破棄差戻し
「この「特別代理人」は、その訴訟かぎりの臨時的法定代理人たる性質を有するものであつて、もともと代理に親しまない離婚訴訟のごとき訴訟については同条は、その適用を見ざる規定である。そしてこの理は心神喪失の常況に在つて未だ禁治産の宣告を受けないものについても同様であつて、かかる者の離婚訴訟について民訴五六条を適用する余地はない……心神喪失の状況に在つて、未だ禁治産の宣告を受けないものに対し離婚訴訟を提起せんとする夫婦の一方は、先づ他方に対する禁治産の宣告を申請し、その宣告を得て人訴四条により禁治産者の後見監督人又は後見人を被告として訴を起すべきである」

* 効果：当該事件の管轄裁判所の裁判長の命令で選任・改任できる

→却下命令に対しては抗告できる(§328-1)が、選任命令には不服申立てできない

【最判昭 36.10.31】 法定代理人が代理権行使可能になつても改任必要(∴当然失職しない)

* 権限：訴訟手続上法定代理人と同一の権限、報酬や費用は訴訟費用となる

→訴訟無能力者の場合：後見人同様の授権が必要(§35-3)

= 上訴・訴えの取下げなどは後見監督人の同意 or 受訴裁判所の裁判長による特別授権

* 類推適用：遅滞のための損害を避けるため、無能力者の側からの選任申立ても可能

【大判昭 9.1.23】 入るべき戸籍の誤りをいう未成年の原告に類推適用[昭 8 才 2255]

父が廃除され、代襲相続で推定家督相続人となるべきなのに、分家した父の戸籍に移った未成年の子が、戸主たる祖父の死後、父の弟→その子と家督相続されたため除籍・入籍手続無効確認を請求した。父の戸籍に入っているのはおかしいから、父に法定代理権が認められないとして、母を特別代理人に訴えたもの。原審は却下。
(要旨)「甲家戸主タルコトノ確認ノ訴ヲ提起セムトスル未成年者カ戸籍上乙家ノ家族トシテ記載セラレアル場合ハ民事訴訟法第 5 6 条ヲ類推シ特別代理人ノ選任ヲ申請スルコトヲ得ルモノトス」(破棄差戻し)

【最判昭 41.7.28】 代表取締役が欠けた株式会社に類推適用[昭 40 才 740]

「株式会社において代表取締役を欠くに至つた場合、会社を代表して訴訟を提起しその訴訟を進行するためには、利害関係人は商法二六一條三項、二五八條二項に従い、仮代表取締役の選任を裁判所に請求し得るのであるが、この方法によるとせば遅滞のため損害を受けるおそれがあるときは、民訴法五八條、五六條の規定を類推し利害関係人は特別代理人の選任を裁判所に申請し得る」(所有権移転登記抹消請求で原告の代表取締役が取締役選任決議無効判決で欠けたもの)

* 上訴審での選任：上訴後に特別代理人が必要になった場合・原審で欠けたが看過された場合は認められるが、既に補正できず却下された場合は認められない ∴ 却下に対し上訴後の追認不可

【最命昭 48.3.23】 控訴審で却下後の上告審での特別代理人選任は許されない[昭 46 マ 7]

「申請人らが上告会社のために本件特別代理人の選任を申請した趣旨は、帰するところ、特別代理人によって原審における上告会社の代表者の訴訟行為を追認させようとするにあることは、本件申請の趣旨、理由に徴して明らかであるところ、本件のように、控訴審において原告である上告会社の代表者の代表権限が欠缺しているという理由でその訴が却下されている場合には、上告審において右代表者の原審における訴訟行為を追認させようとして上告会社のために特別代理人を選任することは許されない」

3. 法人等の代表者の訴訟上の地位を理解している。

・ 法人等の代表者の訴訟上の地位：法定代理・法定代理人の規定の準用(§37)

* 訴え提起の授権：代表取締役・代表理事等(不要)、地方自治法 96-1:12(議会の議決)

【最大判昭 34.7.20】 §32-1 より応訴に授権は不要(地方自治体への確認訴訟)[昭 28 才 449]

・ 表見法理の適用の可能性：登記上の代表者が真実の代表者でない場合

* 有力・判例：訴訟行為については表見法理は適用されない

∴ 実体上の取引行為と訴訟行為は異なる、会社 13, 商 24 は表見法理を裁判外の行為に限る

【最判昭 41.9.30】 表見法理は不適用(私立学校法) [昭 40 才 860]

身分確認請求等→一審：認容(欠席判決)→控訴：破棄差戻し(原告悪意のため表見法理不適用)→上告棄却

「民事訴訟は、公権力をもつて実体法上の法律関係を確定する手続であつて、それ自体は実体法上の取引行為ではないから、民事訴訟において何人が当事者である学校法人を代表する権限を有するかを定めるにあつては、右私立学校法二八條二項の規定は適用されない」(訴状送達等を登記上の前理事長にのみ行ったもの)

【最判昭 45.12.15 民集 24-13-2072】 表見法理は不適用(旧商法) [昭 45 才 112]

他社に勤める赤の他人を勝手に代表取締役として登記したもの。

「民法一〇九條および商法二六二條(会社法 354)の規定は、いずれも取引の相手方を保護し、取引の安全を図るために設けられた規定であるから、取引行為と異なる訴訟手続において会社を代表する権限を有する者を定める

にあつては適用されないものと解するを相当とする。この理は、同様に取引の相手方保護を図った規定である商法四二条一項が、その本文において表見支配人のした取引行為について一定の効果を認めながらも、その但書において表見支配人のした訴訟上の行為について右本文の規定の適用を除外していることから考えても明らか」
「裁判所としては、民訴法二二九条二項、二二八条一項により、上告人に対し訴状の補正を命じ、また、被上告会社に真正な代表者のない場合には、上告人よりの申立に応じて特別代理人を選任するなどして、正当な権限を有する者に対しあらためて訴状の送達をすることを要するのであつて、上告人において右のような補正手続をとらない場合にはじめて裁判所は上告人の訴を却下すべき」

【最判昭 43.11.1】登記されていない代表者が訴訟上の代表権を主張してよい[昭 40 才 1206]

関口繁雄を清算人に選任した株主総会決議無効確認請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

別人が清算人で登記されているが、被告会社の代表者として関口繁雄と認めため、被告会社が上告したもの。

「実体法上の取引行為でない民事訴訟において、誰が当事者である会社を代表する権限を有する者であるかを定めるに当つては、右商法一二条の適用はない……関口繁雄の清算人の選任登記が経由されていないこと、他に選任登記を経た清算人が存在することは、関口繁雄を上告会社の清算人であると認めることを妨げるものではない」

【最判昭 57.11.26】共同親権者についての民法 825 条は不適用[昭 54 才 549]

所有権移転登記請求等→一審：認容→控訴棄却→破棄差戻し

「民法八二五条の規定は、共同して親権を行うべき父母の一方が、他方の意思に反して共同名義で未成年者に代わつて法律行為をし又は未成年者がこれをするに同意した場合において、その外形を信頼した善意の相手方を保護し、もつて取引の安全を図ることを目的としたものであつて、取引行為とは異なる訴訟行為には適用されない……けだし、訴訟行為においては、一つの行為が他の行為の前提となり、これらが有機的に結合して手続を形成していくのであつて、右行為の効力は一義的に明白であることが必要であり、民法八二五条が規定するように相手方が善意であるかどうかによつてその効力が左右されるのは妥当でないし、また、訴訟行為が外形上父母の共同名義で行われてさえいれば、他の一方の意思に反した場合でもその効力に影響がないと解することは、民訴法が、親権の共同行使の原則のもとで、未成年者が適法に代理されているかどうかを職権調査事項とし、これを看過した場合を絶対的上告理由及び再審事由として規定していることと相容れないからである」→母の意思に反しても効力を妨げないとしたのは誤り。

* 多数：訴訟行為についても表見法理が適用される

∴実質的に原告を保護する必要が高い、職権調査事項だが当事者の主張がない限り裁判所は登記を基準に手続を進めるほかない、§36 は表見法理を訴訟法に認めている、会社 13 で裁判外に限っているが不真実の登記に対する信頼を否定まではしていない

→善意無過失の原告を保護、悪意時までの訴訟行為は有効、被告が主張しない場合、追認扱い

第3款 訴訟代理

1. 訴訟代理の意義と種類を理解している。

- ・代理権授与が本人の意思に基づく代理をいう
→代理権証明は書面による(則 23-1)
- ・個別的訴訟行為についての代理権←法が許容する場合に限る(§55-1,3)：送達受取人§104 など
- ・訴訟追行のための包括的代理権：訴訟代理人
 - * 法令上の訴訟代理人：支配人など本人の意思に基づく法律上の地位の内容たる訴訟代理権
 - * 訴訟委任に基づく訴訟代理人：委任契約であり同時に訴訟行為である

2. 弁護士代理の原則を理解し、その例外を挙げることができる。

- ・訴訟委任に基づく訴訟代理人の資格が原則として弁護士に限られること(§54-1)
 - ∴依頼者たる当事者本人の利益を保護するため
 - ⇔弁護士強制主義：当事者本人や法定代理人の弁論能力を認めず、代理人弁護士に限る原則
 - 例外：簡易裁判所で裁判所の許可を得た場合(§54-1 但)
 - * 本人訴訟：弁護人によらない当事者本人による訴訟追行
 - * 資格のない訴訟代理人が訴訟行為を追行した場合の効果：無効
 - 善意の場合は追認・無効主張可能、悪意の場合は信義則上追認制限・無効主張制限の可能性
 - * 弁護士法違反の訴訟行為の有効性と追認
 - ※非弁行為(弁護士 72 違反)：絶対的無効説 ∴規定の公益性
 - ※双方受任の場合(弁護士法 25:1 違反)：有効説、絶対無効説、追認説、異議説(通説判例)
 - ∴双方受任の禁止は相手方保護のための規定だから、本人の追認より相手方の異議による

【最大判昭 38.10.30】双方代理の弁護士の訴訟行為の効力[昭 35 才 924]

貸金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

弁護士法 25:1 (双方代理の禁止) は「弁護士の品位の保持と当事者の保護とを目的とするものである……から、弁護士の遵守すべき職務規定に違背した弁護士をして懲戒に服せしめることは、固より当然であるが、単にこれを懲戒の原因とするに止め、その訴訟行為の効力には何らの影響を及ぼさず、完全に有効なものとするのは、同条立法の目的の一である相手方たる一方の当事者の保護に欠けるもの……同条違反の訴訟行為については、相手方たる当事者は、これに異議を述べ、裁判所に対しその行為の排除を求めることができる」

「相手方たる当事者において、これに同意し又はその違背を知り若しくは知り得べかりしにかかわらず、何ら異議を述べない場合には、最早かかる当事者を保護する必要はなく、却つて当該訴訟行為を無効とすることは訴訟手続の安定と訴訟経済を著しく害することになるのみならず、当該弁護士を信頼して、これに訴訟行為を委任した他の一方の当事者をして不測の損害を蒙らしめる結果となる。従つて、相手方たる当事者が弁護士に前記禁止規定違反のあることを知り又は知り得べかりしにかかわらず何ら異議を述べることなく訴訟手続を進行せしめ、第二審の口頭弁論を終結せしめたときは、当該訴訟行為は完全にその効力を生じ、弁護士法の禁止規定に違反することを理由として、その無効を主張することは許されない」(上告人は双方代理を熟知していた)

(奥野意見) 違法で無効だが、当事者が黙示に違法を許容しているから違法は補正されたとすべき

(山田意見) 当然無効だが、悪意の当事者による主張は信義則・禁反言の法理に反し許されない

(横田意見) 懲戒の対象となるのみで、訴訟行為の効力には影響を何ら及ぼさない

(石坂反対) 無効で疑いが濃かった以上、原審は審査すべきだったのにしなかったから破棄差戻し

※業務停止中の場合：有効。除名されると無効だが追認可能。

【最大判昭 42.9.27】業務停止中の弁護士の訴訟行為の効力[昭 40 才 620]

日弁連の懲戒は、法定・行政不服審査法・行政事件訴訟法によるから行政処分であり、「弁護士に対する懲戒は、それが当該弁護士に告知された時にその効力を生じ、業務停止の懲戒を受けた者は、その時から業務に従事することができなくなる」「法五七条二号に定める業務の停止は、一定期間、弁護士の業務に従事してはならない旨を命ずるものであつて、この懲戒の告知を受けた弁護士は、その告知によつて直ちに当該期間中、弁護士としての一切の職務を行なうことができないことになる……禁止に違背してなされた職務上の行為もまた、違法であることを免れない……業務停止期間中、訴訟行為をすることが許されないのはもちろんであつて、もし裁判所が右のような懲戒の事実を知つたときは、裁判所は、当該弁護士に対し、訴訟手続への関与を禁止し、これを訴訟手続から排除しなければならない」が、看過した場合「瑕疵は、当該訴訟行為を直ちに無効ならしめるものではない」業務停止の処分無視は日弁連の対処が必要で「これを理由として、その訴訟行為の効力を否定し、これを無効とすべきではない。けだし、弁護士に対する業務停止という懲戒処分は、弁護士としての身分または資格そのものまで剥奪するものではなく、したがつて、その訴訟行為を、直ちに非弁護士の訴訟行為たらしめるわけではないのみならず、このような場合には、訴訟関係者の利害についてはもちろん、さらに進んで、広く訴訟経済・裁判の安定という公共的な見地からの配慮を欠くことができないから」懲戒処分は非公開で裁判所が知らないこともありうるのに「当該弁護士によつてなされた訴訟行為が、業務停止中の弁護士によつてなされたという理由によつて、のちになつて、すべて無効であつたとされるならば、当該事件の依頼者に対してはもちろん、時としては、その相手法に対してまで、不測の損害を及ぼすこととなり、ひいては、裁判のやり直しを余儀なくされ、無用の手続の繰返しとなり、裁判の安定を害し、訴訟経済に反する結果とならざるを得ない。要するに、弁護士業務を停止され、弁護士活動をするを禁止されている者の訴訟行為であつても、その事実が公にされていないような事情のもとにおいては、一般の信頼を保護し、裁判の安定を図り、訴訟経済に資するという公共の見地から当該弁護士のした訴訟行為はこれを有効なものであると解すべき」

(奥野意見) 業務停止中は無効とすべき。本件では追認されているから有効。

【最判昭 43.6.21】訴訟代理人の訴訟行為の追認肯定・業務停止中の弁護士[昭 41 才 52]

売買代金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

業務停止中「弁護士が、懲戒処分を受けて弁護士業務を停止され、弁護士活動をするを禁止されているときでも、裁判所によつて訴訟手続への関与を禁じられ、同手続から排除されないかぎり、その者のその間にした訴訟行為を有効と解すべき」

弁護士登録取消後「非弁護士として上告人の訴訟代理人たる地位を失つたものというべきであるから、裁判所および当事者がこれに対して同日以後した訴訟行為は、上告人本人または権限ある者が追認しないかぎり、違法で、上告人本人に対して効力を生ぜず」代理人宛の原判決送達は「特段の事情のないかぎり、違法」だが、所定期間内に上告提起・上告理由所提出・原判決に詳細に攻撃していることから「原判決の正本が上告人の手に現実に入ったものと認めるのが相当……判決正本が誤つて第三者に送達された場合でも、送達を受くべき訴訟当事者がこれを現実に入手したときは送達が有効となる……結局、原判決の送達は有効となり、上告も適法にされたと解すべき特段の事情がある」

(奥野反対)「懲戒処分として業務の停止を命じられた弁護士が、これに違反して、業務停止期間中訴訟代理人としていた代理行為は、一種の無権代理に類似し、追認がないかぎり、法律上無効と解すべき」追認が認められないから、業務停止後の原審における訴訟行為はすべて無効ゆえ破棄差戻し

* 弁護士代理の原則を潜脱するために法令上の訴訟代理人を利用した場合：無効

【仙台高判昭 59.1.20】資格欠缺に悪意の本人の追認否定（登記上の支配人）[昭 58 ネ 124]

求償金請求（原告は東北地本管理課長、登記上仙台支店支配人）→一審：認容→被告控訴：原判決取消（却下）

「商法三七条の支配人は、営業主の営業上の行為について包括的な代理権を有する者であつて、その代理権の範囲が営業主の営業の全般に及び、営業主といえども任意にこれを縮小しえないものである」が「同人は被控訴人

会社仙台支店の支配人として登記されているものの、その職務内容は対外的営業活動ではなく会社内部の事務であつて、しかも、営業の全般に亘るものでないばかりか、同人は同会社東北地区本部に所属する従業員であつて、同会社仙台支店の従業員ではないのであるから、同支店の支配人といえないことは明白」 「被控訴人は商法三八条の規定が支配人に裁判上の代理権を付与していることを奇貨として、訴訟によつて債権の回収を図る案件の多い自己の営業に関し、弁護士法七二条の趣旨に違反するとの非難をかわし、民事訴訟法七九条一項の禁止を潜脱し、その従業員をして訴訟活動をさせる目的をもつて、実質的に支配人でない従業員を支配人として選任した旨の登記申請をして、その旨の登記を受け、もつて、当該従業員が支配人であるかのような外観を作出したうえ、これらの者をして、自己を当事者とする訴訟につき訴訟代理人として訴訟行為を追行させている」

民訴 87,54 条による追認は「被控訴人自身にはなんらこれらの瑕疵がなく、ただ、被控訴人が訴訟代理権を付与した相手方に適正な訴訟代理人たる資格がなかつただけであるから……無効な訴の提起及びその後の訴訟行為を追認することができない……前記法条を類推適用して僭称支配人の訴訟行為を追認することができるという考え方は、公法に属する民事訴訟法規につき新たな法規を定立する結果を来す点に鑑み、当裁判所の採用しないところ……附言するに、一般論として資格のない訴訟代理人のした訴訟行為の追認が可能であるとしても、自ら法の禁止を潜脱する行為に出ながら、後にこれを追認して瑕疵のないものにすることができるといふことは、法の一般原理である信義誠実の原則に違背し、到底容認しうるところではない」→補正できないから却下

【秋田高支判昭 59.12.28】資格欠缺に悪意の本人の追認否定(上と同じ原告)[昭 59 ネ 93,97]

3. 訴訟代理権の範囲に関する規律の内容を理解し、その趣旨を説明することができる。特に和解に関する訴訟代理権の範囲に関して、判例を踏まえて具体例に即して説明することができる。(→訴訟上の和解)

- ・ 訴訟代理権の範囲：個別的訴訟行為に限定せず包括的、個別の制限はできない(§55-1,3)

∴代理人弁護士への信頼に基づく訴訟手続の円滑な進行のため (→弁護士以外には不適用)

→受任事件で当事者を勝訴させるためのすべての訴訟行為を含む

例：実体法上の権利行使、反訴へ応訴、訴訟参加へ応訴・防御、強制執行等の付随的訴訟行為
裁判外の弁済を受領する等の事実行為

【大判昭 8.9.8】【大判昭 8.12.2】【大判明 36.6.30】相殺・解除・取消は代理権で行いうる

→法定の除外事項(§55-2)：特別の委任が必要 ∴別個の請求の定立や訴訟法律関係自体の処分
反訴提起、訴え取下げ・和解・請求の放棄・認諾、手形訴訟等の異議取下げ・取下げへの同意
復代理人の選任、上訴の申立て・取下げ (審級代理の原則 = 上訴は当事者の意思を尊重)

【最判昭 38.2.21】和解の授権と関連する実体法上の法律関係の変更・処分[昭 35 才 480]

和解契約無効確認等請求 (前訴で訴訟代理人が和解した際の抵当権設定) →一審棄却→控訴棄却→上告棄却

「前事件において上告人が訴訟代理人弁護士埴淵可雄に対し民訴八一条二項所定の和解の権限を授与し、かつ、右委任状(書面)が前事件の裁判所に提出されている……右前事件は、前事件原告(本件被上告人先代)東明小兵二から前事件被告(本件控訴人、上告人)に対する金銭債権に関する事件であり、この弁済期日を延期し、かつ分割払いとするかわりに、その担保として上告人所有の不動産について、被上告人先代のために抵当権の設定がなされたものであつて、このような抵当権の設定は、訴訟物に関する互譲の一方法としてなされたものであることがうかがえるのである。しからば、右のような事実関係の下においては、前記埴淵弁護士が授権された和解の代理権限のうちに右抵当権設定契約をなす権限も包含されていたものと解する」

【最判平 12.3.24】和解の授権の範囲[平 8 才 2177]

損賠請求 (前訴の和解の無効を前提) →一審：棄却→控訴：破棄差戻し→上告：破棄自判 (控訴棄却)

「原審は、本件請求権は前訴事件において請求されていた権利とは別個の権利であり、訴外会社が坂和弁護士に

本件請求権を放棄する旨の和解をする権限を与えていたとは認められないから、本件請求権については本件放棄清算条項は無効であるとして」破棄差戻しとしたが、「本件請求権と前訴における各請求権とは、いずれも、本件保養所の利用に関して同一当事者間に生じた一連の紛争に起因するものということができる。そうすると、坂和弁護士は、訴外会社から、前訴事件について訴訟上の和解をすることについて委任されていたのであるから、本件請求権について和解をすることについて具体的に委任を受けていなかったとしても、前訴事件において本件請求権を含めて和解をする権限を有していた」ので誤り。

【最判昭 23.12.24】 上訴に対する応訴の権能は代理権に含まれない

【大判昭 11.4.8】 【最判昭 43.11.15】 上訴の特別委任は附帯上訴の権能も含む

- ・ 個別代理の原則：当事者のために数人の訴訟代理人が存在する場合の扱い(§56・強行規定)
→代理人は単独で当事者を代理する権限を有し、相手方・裁判所は1人に対してなせば足る
- ・ 当事者本人の地位：訴訟能力はあるが、あえて送達を本人宛にするのは不適切(通説)or 不適法
【最判昭 25.6.23】 訴訟代理人がある場合の本人宛送達も適法(損賠請求事件) [昭 23 才 173]
「訴訟代理人のあるときは、訴訟書類は、その代理人に送達するのを通例とするけれども、この場合においても当事者本人に対する送達を防げるものではない」控訴判決が「訴訟代理人に送達されず、上告人等本人に送達されたことは記録上明らかであるけれども、(原審仙台高等裁判所における訴訟代理人は遠く鳥取県米子市に在り、しかも、同裁判所の所在地において、送達を受くべき場所等の届出をせず、上告人等は近県に住所を有していたために、同裁判所は、その判決を訴訟代理人に送達せず、便宜上告人本人等に送達したものである。)それがために右送達の効力を防げるものでなく、又これを以て所論のように代理人の訴訟行為をする権限の行使を阻止した違法あるものとするとはできない」
- 4. 訴訟代理権の消滅事由について、民法上の任意代理権の消滅事由との差異を踏まえて、説明することができる。(→訴訟手続の中断・受継)
 - ・ 民法上の任意代理権の消滅事由：本人死亡、代理人死亡・破産・後見開始、委任の終了(民 111)
 - ・ 訴訟代理権の消滅事由
 - * 訴訟代理権の不消滅(§58-1)：当事者自然人の死亡・訴訟能力喪失、法人の合併消滅、受託者の信託に関する任務終了、法定代理人の死亡・訴訟能力喪失・代理権消滅・変更
 - 訴訟担当の訴訟代理人：訴訟担当が死亡等資格を喪失しても訴訟代理権を失わない(§58-2)
 - 訴訟代理権は承継人のために擬制される、選定当事者の資格喪失に準用(§58-3)
 - 訴訟中断事由でも訴訟は中断せず、本人のため訴訟行為を行える(§124-1,2)
 - 【最判昭 33.9.19】 この場合判決には承継人を当事者として表示する
 - * 消滅事由：簡裁を除き弁護士資格の喪失(§54-1)、代理人死亡・破産・後見開始、委任の終了
 - 委任の終了事由：委任事件の終了、委任者又は受任者の破産、契約解除
 - 訴訟代理権の消滅は相手方に通知しなければ無効(§59→36-1) ※委任事件終了は除く

第4款 訴訟担当

1. 訴訟担当の意義について、訴訟代理との相違を踏まえて、理解している。
 - ・ 権利義務の主体以外の第三者が主体に代わって訴訟物についての当事者適格を認められる場合
→ 担当者に対する判決の効力は被担当者に拡張される(§115-1:2)
 - * 被担当者は共同訴訟的補助参加可能。独立当事者参加は被担当者が担当を否定する場合
⇔ 訴訟代理で当事者は本人であり、訴訟行為を代理して行うにとどまる
2. 訴訟担当の種類及びそれぞれに該当する主な具体例を挙げることができる。
 - ・ 法定訴訟担当：法で定められているもの
 - * 狭義の法定訴訟担当：債権質権者(民 366)、代位債権者(民 423)、責任追及の訴えの株主・社員(会社 847、一般法人 278)、差押債権者(民執 157)、破産管財人(破産 80)
 - ∴ 権利関係について実体法上独自の地位を有する訴訟担当者の利益保護。但し、権利関係に実体法上の権能を有する場合(代位債権者), 有しない場合(株主代表訴訟)がある
 - * 職務上の当事者：遺言執行者(民 1015)、人訴事件の検察官(人訴 12-3, 民 744-1: 婚姻取消)、成年後見人・成年監督人(人訴 14)、海難救助料請求訴訟の船長(商 811-2)など
 - ∴ 主体・相手方の利益保護 ← 権利関係の主体は訴訟追行権を行使することが不可能・困難
 - ・ 任意的訴訟担当：権利関係の主体の授権により第三者が当事者適格を取得する場合
 - * 明文のある任意的訴訟担当：選定当事者・手形の取立委任裏書(手形 18)、区分所有建物の管理者(建物区分 26-4)、債権回収会社(債権回収 11-1)
 - * 狭義の任意的訴訟担当
3. 選定当事者の意義及び制度の概要を理解している。
 - ・ 意義：主体が多数人で共同の利益を有する場合にその中から選定された一人又は数人(§30-1)
 - 全員のための訴訟追行権を得る (多数人 = 選定者、一人又は数人 = 選定当事者)
 - ※ 選定者の単独の訴訟行為のため、選定当事者の同意は不要 → 義務は負わせられない
 - §30-1 共同の利益を有する多数の者で前条の規定に該当しないものは、その中から、全員のために原告又は被告となるべき一人又は数人を選定することができる
 - ・ 選定の要件
 - * 法人格のない社団にあたらぬこと
 - * 選定当事者たる／たりうる選定者が複数いること
 - 原告の場合、選定後提訴(#1)、提訴後選定(#2)、追加的選定(#3、訴外者の加入)が可能
 - * 選定者たる多数人が共同の利益を有し、選定当事者もその多数人に含まれること

【大判昭 15.4.9】 共同の利益の意義[昭 14 才 1385]

「共同ノ利益ヲ有スル多数者トハ相互ノ間ニ於テ共同訴訟人ト為リ得ヘキ関係ヲ有シ且主要ナル攻撃防禦ノ方法ヲ共通ニスルモノヲ意味スルモノト解スヘク」(建物収去土地明渡請求。被告が控訴時に選定当事者選定)

【最判昭 33.4.17】 共同の利益の意義[昭 32 才 1108]

保証債務履行請求：原告側が選定当事者→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

元々別の売買代金債務につき、同日同所で被告 16 名と連帯保証契約をしたもの。

「本件訴訟の目的たる権利は、被上告人(被控訴人)全員につき同一の事実上及び法律上の原因に基くものとい

うべく、しかも、本訴における当事者双方の主要な攻撃防禦の方法は被上告人全員につき共通であると認められるので、被上告人一七名は民訴四七条一項にいわゆる「共同ノ利益ヲ有スル多数者」に該当する」

・ 選定の効果

- * 単独行為 → 選定した選定者についてのみ有効、将来に向かって取消し得る
- * 選定により選定者は当然に訴訟から脱退する（但し、請求の趣旨を訂正する必要はある）
- * 追加的選定の場合：選定者に係る請求の追加が可能(§144,不許の場合あり§143,300-3)
- * 一切の訴訟行為ができ、取下げ等も授權不要

【最判昭 43.8.27】 選定当事者の権限[昭 40 才 903]

「選定当事者は、訴訟代理人ではなく、当事者であるから、その権限については民訴法八一条二項の適用を受けず、訴訟上の和解を含むいつさいの訴訟行為を特別の委任なしに行なうことができるものであり、かつ、選定行為においてもその権限を制限することのできないものであつて、たとひ和解を禁ずる等権限の制限を付した選定をしても、その選定は、制限部分が無効であり、無制限の選定としての効力を生ずる」（所有権移転登記請求）

4. 法律の規定によって認められる場合以外の任意的訴訟担当が許される要件について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・ 合理的理由がある場合にのみ任意的訴訟担当の適法性を認めるべき

∴ 弁護士代理の原則の潜脱、訴訟信託の禁止(信託 10)に抵触するおそれ

・ 判例の基準

① 弁護士代理・訴訟信託禁止の原則の潜脱のおそれがない

- ← 訴訟物たる権利の実体上の管理処分権とともに訴訟追行権が授与されている
- ← 担当者が被担当者と共同の利益を有する者の 1 人かそれに類する者である
- ← 担当者と被担当者との間の継続的關係、被担当者が当事者の場合に担当者は補助参加の利益

② 訴訟担当をなさしめる合理的必要

- ← 被担当者の数が多数で訴訟担当による方が権利実現を容易にする
- ← 被担当者が外国人で日本での訴訟追行が困難（【東京地判平 3.8.27】）
- ← 被担当者の権利実現は担当者の本来的任務・担当者の固有の法的利益がある

・ 肯定例：講の世話人→講金の取立請求権につき認める（【大判昭 11.1.14】）

【最大判昭 45.11.11】 組合たる J V の代表者たる原告 [昭 42 才 1032]

立替金請求→一審：棄却→控訴：破棄自判（却下）→原告上告：破棄差戻し

「訴訟物である権利または法律關係について管理処分権を有する権利主体が当事者適格を有するのを原則とする……しかし、それに限られるものでないのはもとよりであつて、たとえば、第三者であつても、直接法律の定めるところにより一定の権利または法律關係につき当事者適格を有することがあるほか、本来の権利主体からその意思に基づいて訴訟追行権を授与されることにより当事者適格が認められる場合もありうる……このようないわゆる任意的訴訟信託については、民訴法上は、同法四七条が一定の要件と形式のもとに選定当事者の制度を設けこれを許容しているのであるから、通常はこの手続によるべきものではあるが、同条は、任意的な訴訟信託が許容される原則的な場合を示すにとどまり、同条の手続による以外には、任意的訴訟信託は許されないと解すべきではない。すなわち、任意的訴訟信託は、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、また、信託法一条が訴訟行為を為さしめることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨に照らし、一般に無制限にこれを許容することはできないが、当該訴訟信託がこのような制限を回避、潜脱するおそれがなく、かつ、これを認める合理的必要がある場合には許容するに妨げない……民法上の組合において、組合規約に基づいて、業務執行組

合員に自己の名で組合財産を管理し、組合財産に関する訴訟を進行する権限が授与されている場合には、単に訴訟進行権のみが授与されたものではなく、実体上の管理権、対外的業務執行権とともに訴訟進行権が授与されているのであるから、業務執行組合員に対する組合員のこのような任意的訴訟信託は、弁護士代理の原則を回避し、または信託法一条の制限を潜脱するものとはいえず、特段の事情のないかぎり、合理的必要を欠くものとはいえないのであつて、民訴法四七条による選定手続によらなくても、これを許容して妨げない」

【東京高判平 8.11.27】組合の業務執行者たる被告[平 8 ネ 616]

預り金返還等請求→一審：棄却→控訴：一部認容

被告はクレジット債権管理組合（債権取立のための組合）の業務執行者

「クレジット債権管理組合の組合規約には、組合の財産管理や訴訟進行等を誰の名で行うかは明示がないが、前記のような組合の活動の実態、すなわち組合の業務は実際には組合員からの業務執行者たる被控訴人への債権取立委任が専らで、被控訴人以外の他の組合員が業務に参加したり、業務を監督したりする制度も機会もなく、被控訴人のみが実際上の組合財産の包括的な管理権限を有していると認められることに照らせば、各組合員は組合加入にあたり、黙示的に被控訴人に被控訴人の名で組合の財産を管理し、組合の債権債務につき訴えまたは訴えられる権能を付与したものとみるのが相当である。そこで、被控訴人は、組合財産に関する訴訟につき組合員から任意的訴訟信託を受けていると認められ、これを無効とすべき事由があるとも認め難いから、本訴につき自己の名で訴訟を進行する当事者適格を有する」

・ 否定例

【東京高判平 8.3.25】ユーザー名義で損害保険契約をした保守会社[平 7 ネ 4737]

保険金請求→一審：却下→控訴棄却→上告（不明）

「被保険者と控訴人との間に、両者を社会的、経済的に一体のものとするべき特別の関係があるような場合は格別、そのような関係がないにもかかわらず、控訴人に対して本件各損害保険契約による保険金請求につき任意的訴訟担当を許すとすれば、被保険者を特定し、その損害を填補することを目的としている右各契約の趣旨を逸脱する結果となる。控訴人は、コンピューター保守業者として、自己がメーカーに支払う修理費が保守契約に基づいてユーザーから受け取る保守料を上回ることになった場合に備え、ユーザーをいわば名目上の被保険者として本件各損害保険契約を締結したものであり、ユーザーは自らを保険金請求の当事者とは考えていないのが実態であると主張するが、仮に控訴人主張のような契約実態が存するとしても、これをもって前記の社会的、経済的な一体性を示すものということではできず、また、これに対してはそのような実態に即応した保険形態又は保険金請求の前提たる権利の帰属形態を形成することによって対処すべきものであり、そのような実体的な権利形態の整備を経ることなく、単なる経済上の便宜から任意的訴訟担当を認めることは、権利なきところに権利を付与するのと実質において異ならない結果を招くものであつて、合理的必要を欠き、相当でない」

・ 紛争管理権概念：環境保護や消費者の利益につき、個別的授權の有無によらず既に紛争解決のための行為をしている者に当事者適格を認める（←クラスアクション・団体訴法のアイデア）

【最判昭 60.12.20】紛争管理権概念を否定（豊前火力発電所操業差止め請求）[昭 56 才 673]

火力発電所建設差止請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却（自己固有の差止請求権は主張せず）

「上告人らの本件訴訟進行は、法律の規定により第三者が当然に訴訟進行権を有する法定訴訟担当の場合に該当しないのみならず、記録上右地域の住民本人らからの授權があったことが認められない以上、かかる授權によって訴訟進行権を取得する任意的訴訟担当の場合にも該当しないのであるから、自己の固有の請求権によらずに所論のような地域住民の代表として、本件差止等請求訴訟を進行しうる資格に欠ける」「なお、講学上、訴訟提起前の紛争の過程で相手方と交渉を行い、紛争原因の除去につき持続的に重要な役割を果たしている第三者は、訴訟物たる権利関係についての法的利益や管理処分権を有しない場合にも、いわゆる紛争管理権を取得し、当事者適格を有するに至るとの見解がみられるが、そもそも法律上の規定ないし当事者からの授權なくして右第三者が

訴訟追行権を取得するとする根拠に乏しく、かかる見解は、採用の限りでない」

第4章 訴え

第1節 訴え

第1款 概念

1. 訴えの概念について、訴訟上の請求ないし訴訟物の概念との関係を踏まえて、理解している。(→ 3-4-1 訴訟物)
 - ・ 訴え：裁判所に対する審判の要求という訴訟行為 = ある者（原告）が他の者（被告）に対する訴訟上の請求を定立し、裁判所に対して請求についての審理・判決を申し立てる行為
 - ・ 訴訟上の請求：被告に対する関係での原告の権利要求
 - ・ 訴訟物：審判の対象物としてとらえた請求

第2款 類型

1. 訴えの類型（給付の訴え、確認の訴え、形成の訴え）のそれぞれの特徴を理解し、代表的な例を挙げることができる。
 - ・ 給付の訴え：原告が被告に対する給付請求権を主張し、裁判所に給付判決を求める訴え
例：金銭支払、物の引渡し、登記申請などの意思表示、作為義務・不作為義務など
 - * 種類：履行期の判断時は口頭弁論終結時
 - ・ 現在の給付の訴え：すでに履行期が到来している給付請求権が請求内容
 - ・ 将来の給付の訴え：履行期未到来の場合。予め請求する必要がある場合に限る(§135)
 - * 効果 ※請求認容→給付判決
 - ・ 確定した給付判決：既判力+執行力
 - ・ 仮執行宣言付給付判決：執行力
 - ・ 確定した棄却判決：既判力（給付請求権の不存在の確認）
 - ・ 確認の訴え：権利関係の存在または不存在の確認という形式での本案判決を求める訴え
例：所有権確認、従業員地位確認、債務不存在確認
 - * 内容：積極の確認の訴え（存在確認）又は消極の確認の訴え（不存在確認）
 - * 種類
 - ・ 現在の権利又は法律関係の確認の訴え／過去の権利又は法律関係の確認の訴え
 - ・ 事実の確認の訴え：例外（例：法律関係を証する書面の成立の真否(§134)）
 - * 効果
 - ・ 確定判決：既判力
 - ※認容・棄却ともに確認判決 ← そもそも給付・形成も確認判決的性質がある
 - ・ 形成の訴え：一定の法律要件に基づく訴訟目的の権利・法律関係の変動（発生・消滅・変更）を生じさせる宣言という権利保護形式での判決を求める訴え
 - * 対象：法律で個別に規定するが解釈で増減。法律関係の画一的変動の要請が強いかどうか
 - ・ 株主総会決議不存在確認の訴え：形成の訴えとする説がある
 - ・ 詐害行為取消権：取消しの意思表示で済むよう形成の訴えから除外する説がある
- 【最判昭 39.6.12】詐害行為取消権の裁判外や抗弁での主張は許されない（形成の訴えだから）**

* 種類

- ・実体法上の形成の訴え：人事法律関係・団体法律関係（合併無効等）・行政処分取消
→請求の内容は法律関係(婚姻関係)と法律要件＝形成原因(離婚原因)、訴えの内容は法律関係の変動(離婚)の宣言 ※訴訟物たる形成原因を形成権という（←解除などの形成権とは別）
- ・訴訟法上の形成の訴え：再審(§338)、確定判決の変更(§117)、請求異議(民執 35)
- ・形成的形成訴訟

* 効果：既判力は法律要件＝形成原因の存否が対象。

- ・確定した認容判決：既判力＋形成力（＝確定により法律関係を変動させる効力）
- ・確定した棄却判決：既判力

※確定するまでは法律関係の変動が生じず、それを前提にした法律関係を主張しえない

2. 形式的形成訴訟について、その意義を理解し、主要な例を挙げることができる。筆界確定訴訟の特殊性について、判例・学説を踏まえて、説明することができる。

- ・意義：法律関係の変動を目的とするが、形成原因又は形成権が存在しない
→形式は訴えだが、訴訟上の請求・訴訟物が存在しない、つまり本来は非訟事件である
∴対象となる法律関係の重要性など政策的理由から訴訟手続としたもの
- ・特徴：処分権主義・弁論主義の不適用 ∴私的自治の原則が根拠だが、対象たる権利関係がない
→共有物分割の訴え：分割を申し立てれば足り、分割の方法を示しても裁判所は拘束されない
- ・例

- * 共有物分割の訴え(民 25-1)→法律関係(土地の共有)だけで審判すべき権利関係がない
- * 父を定める訴え(民 773)

・土地境界確定の訴え

* 沿革

- ・裁判所構成法(明 23)に規定→同法廃止後は判例・実務慣行で認められた
- ・不動産登記法(平 17 改正後§148)：筆界特定登記官による筆界特定手続導入後も明文で存置

* 性質

- ・土地の公法上の境界を定めるもので実質は非訟事件（通説）
- ・所有権の範囲を確認する訴え（有力）←公法上の土地の境界と所有権の範囲は別の法律関係

【最判昭 43.2.22】境界確定の訴えは土地の公法上の境界を確定するもの[昭 42 才 718]

「境界確定の訴は、隣接する土地の境界が事実上不明なため争いがある場合に、裁判によつて新たにその境界を確定することを求める訴であつて、土地所有権の範囲の確認を目的とするものではない。したがつて、上告人主張の取得時効の抗弁の当否は、境界確定には無関係である……けだし、かりに上告人が本件三番地の四二の土地の一部を時効によつて取得したとしても、これにより三番地の四一と三番地の四二の各土地の境界が移動するわけのものではないからである。上告人が、時効取得に基づき、右の境界を越えて三番地の四二の土地の一部につき所有権を主張しようとするならば、別に当該の土地につき所有権の確認を求めるべき……それゆえ、取得時効の成否の問題は所有権の帰属に関する問題で、相隣接する土地の境界の確定とはかかわりのない問題である」

【最判昭 57.12.2】土地明渡請求の中間確認請求で境界確定の訴えはできない[昭 57 才 539]

所有権に基づく建物収去土地明渡請求→控訴審で境界確定の訴えの中間確認請求：却下→上告棄却

「土地の境界の確定を求める旨の中間確認の訴えを提起したが、境界の確定は、係争土地部分の所有権の確認と異なり、土地所有権に基づく土地明渡訴訟の先決関係に立つ法律関係にあたるものと解することはできないから、本件中間確認の訴えは、不適法として却下すべきものである」

＊特徴：形成的形成訴訟の特徴

- ・原告は土地の境界線を求めることを申し立てれば足り、特定の境界線を示しても参考資料

【大連判大 12.6.2】 裁判所は原告の示した境界線に拘束されない[大 11 才 336]

「経界確定ノ訴訟ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張セル経界線ニ羈束セラルルコトナク自ラ其ノ眞實ナリト認ムル所ニ從ヒ経界線ヲ定ムヘキモノト爲ス……蓋シ此ノ種ノ経界確定ノ訴訟ハ兩隣地間ニ於ケル経界ノ不明ニ基因スル爭議ヲ根絶シ相隣者間ノ權利状態ヲ平安鞏固ナラシムルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ裁判所ハ原告ノ主張スル経界線ヲ正當ナラスト認メタル場合ト雖其ノ請求ヲ棄却スヘキモノニ非ス自ラ進テ其ノ眞實ナリト認ムル所ニ從ヒ経界線ヲ定ムルハ即訴訟ノ目的ニ適合スル所以…(原告が正しく主張するまで棄却を続けるなら)…争訟ヲ頻起シテ權利状態ヲ紛糾セシメ経界確定ノ訴ヲ認ムル精神ニ背馳スルニ至レハナリ故ニ此ノ訴訟ノ原因ハ兩地ノ相隣接セルコト及其ノ経界ニ不明若ハ争ノ存スル事實アルヲ必要トシ且之ヲ以テ足ルモノニシテ原告ハ縦令一定ノ経界線ヲ指示シテ申立ヲ爲シタル場合ト雖是單ニ判決ノ資料タルヘキ事實上ノ陳述ニ過キサルモノト爲スヘキ」

【最判昭 38.10.15 民集 17-9-1220】 土地境界確定訴訟での不利益変更(肯定)[昭 37 才 938]

控訴審が境界確定訴訟で控訴側に不利な変更を不利益変更禁止の原則によりしなかったもの。

「境界確定訴訟にあつては、裁判所は当事者の主張に羈束されることなく、自らその正当と認めるところに従つて境界線を定むべきものであつて、すなわち、客観的な境界を知り得た場合にはこれにより、客観的な境界を知り得ない場合には常識に訴え最も妥当な線を見出してこれを境界と定むべく、かくして定められた境界が当事者の主張以上に実際上有利であるか不利であるかは問うべきではないのであり、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴一八六条の規定に違反するものではないのである（大連判大 12.6.2 参照）。されば、第一審判決が一定の線を境界と定めたのに対し、これに不服のある当事者が控訴の申立をした場合においても、控訴裁判所が第一審判決の定めた境界線を正当でないと認めるときは、第一審判決を変更して、自己の正当とする線を境界と定むべきものであり、その結果が控訴人にとり実際上不利であり、附帯控訴をしない被控訴人に有利であつても問うところではなく、この場合には、いわゆる不利益変更禁止の原則の適用はない」

- ・当事者適格：隣り合う土地の所有者に認められる

∴土地の境界線に密接な利害関係があることから、法政策的に認める

【最判昭 58.10.18】 一筆の土地の一部の時効取得後の当事者適格[昭 57 才 97]

193番と191番3の土地の境界確定の訴えで、191番3の所有者Yが193番の土地の一部を時効取得後、191番3の土地とともに売却した。境界確定の訴えで、境界線のうち、時効取得により境界の両側がYの所有地となった部分について、193番の所有者である原告Xと被告Yに当事者適格があるか。

「右取得時効の成立する部分が、いかなる範囲でいずれの土地に属するかは、両土地の境界がどこにあるかが明確にされることにより定まる関係にあり、右時効取得の対象となつた土地部分を含めて上告人及び被上告人堀内がそれぞれ所有者として公示されている一九三番の土地と一九一番三の土地との境界が不明確なままでは、そのことに起因する紛争の抜本的な解決はありえないのであつて、たとえ本件訴訟において、取得時効の対象とされた一九三番の土地の一部を被上告人堀内においてその所有権を取得したことが上告人との間で明らかにされても、右土地部分を更に第三者に譲渡する場合には該土地部分を一九三番の土地から分筆して被上告人堀内に所有名義を変更したうえ、その所有権移転登記手続をする義務があり、右手続のためにも両土地の境界が明確にされていることが必要……上告人、被上告人堀内双方にとつて、一九三番の土地と一九一番三の土地の境界のうち、原判決添付図面の口、八の各点を結ぶ直線部分のほか、八、又の各点を結ぶ直線部分についても、境界の確定を

する必要があり、上告人及び被上告人堀内は、本件境界確定の訴えにつき当事者としての資格がある」

【最判平 7.3.7】時効取得で境界線の全部に接しなくても当事者適格肯定[平 6 才 1728]

境界確定の訴えは「もとより土地所有権確認の訴えとその性質を異にするが、その当事者適格を定めるに当たっては、何びとをしてその名において訴訟を進行させ、また何びとに対し本案の判決をすることが必要かつ有意義であるかの観点から決すべきであるから、相隣接する土地の各所有者が、境界を確定するについて最も密接な利害を有する者として、その当事者となるのである。したがって、右の訴えにおいて、甲地のうち境界の全部に接続する部分を乙地の所有者が時効取得した場合においても、甲乙両地の各所有者は、境界に争いがある隣接土地の所有者同士という関係にあることに変わりはなく、境界確定の訴えの当事者適格を失わない。なお、隣接地の所有者が他方の土地の一部を時効取得した場合も、これを第三者に対抗するためには登記を具備することが必要であるところ、右取得に係る土地の範囲は、両土地の境界が明確にされることによって定まる関係にあるから、登記の前提として時効取得に係る土地部分を分筆するためにも両土地の境界の確定が必要となる（最判昭 58.10.18 参照）」（被告が原告所有地の一部を時効取得し、境界線の全部の両側が被告所有地となったもの）

【最判平 11.2.26】一筆の土地の一部譲渡で境界線の全部に接しなくても当事者適格肯定

【最判平 7.7.18】土地全部が時効取得され所有権を失うと当事者適格がなく却下

3. 訴えの態様による分類

- ・ 単一の訴え：1人の原告・1人の被告・1つの請求
- ・ 併合の訴え：いずれも訴えとしては1個だが、請求が複数ある
 - * 客観的併合：同一の原告・同一の被告、請求が数個ある
 - ・ 単純併合：法律上関連性のない数個の請求、条件なし
 - ・ 予備的併合：法律上両立しない数個の請求、主位的請求の認容を解除条件に予備的請求
 - ・ 選択的併合：同一の目的を有し法律上両立しうる数個の請求、いずれかの認容を解除条件
 - * 主観的併合：複数の原告または複数の被告の間に請求定立

4. 起訴の時期による分離

- ・ 独立の訴え：訴訟係属の原因となる訴え＝他の訴訟手続と無関係に新たに提起されるもの
- ・ 訴訟中の訴え：既に開始された訴訟手続の中で併合審理を求めて提起されるもの
 - * 原告による訴えの変更(§143)：追加的変更・交換的変更
 - * 中間確認の訴え(§145)：先決的法律関係を先に確認するよう求めるもの
 - ・ 土地明渡請求訴訟で所有権確認の中間確認の訴えを提起するなど
 - * 被告による反訴(§146)：所有権確認訴訟に反訴で被告の所有権確認訴訟を提起するなど
 - ・ 予備的反訴：相殺の抗弁を提出の上、債務不存在の主張が認められればそれを訴求する反訴
 - * 第三者による独立当事者参加(§47)
 - * 共同訴訟参加(§52)
 - * 選定者にかかる請求の追加(§144)

第2節 訴訟要件

第1款 意義

1. 訴訟要件の意義について、本案要件（請求の当否の判断に必要な要件）との関係を踏まえて、説明することができる。

・ 訴訟要件：訴訟上の請求の当否について本案判決をするための要件

＊ 具備している状態を「訴えが許される」、していない状態を「訴えが許されない」という

※ すでに訴訟法律関係が成立しているのが前提。欠く場合、「訴え却下」の訴訟判決となる

→ 口頭弁論の終結時に具備されている必要があり、それで足りる（欠いても本案審理は可能）

例外：裁判権・審判権・当事者能力を欠くと審理できない

【最判昭 55.2.22】口頭弁論終結後の訴訟要件欠缺[昭 51 行ツ 22]

損害請求（住民訴訟）→一審：一部認容→双方控訴：棄却→被告上告：破棄差戻し、1名訴訟終了

「職権をもって調査するに、記録によれば、被上告人市川幹重は昭和五〇年八月三〇日【口頭弁論終結後】死亡していることが明らかである。地方自治法二四二条の二に規定する住民訴訟は、原告が死亡した場合においては、その訴訟を承継するに由なく、当然に終了するものと解すべきであるから、本件訴訟中同被上告人の請求に関する部分は、その死亡により当然に終了しているのであり、これを看過してなされた原判決は破棄を免れない」

【最判昭 42.6.30】訴訟要件の判断時[昭 41 才 1045]

原告（新寺阿弥陀堂）は法人格なき財団と主張したが、代表者の定めがなく、認められずに原審は却下。

「当事者能力は、事実審口頭弁論終結の時に存在することを要し、裁判所は、その時において当事者能力の有無を判断すれば足りるのであって、その判断にあたっては、その時以後に生じた事実を斟酌する必要は存しない。

また、終結した口頭弁論を再開すると否とは、裁判所の専権に属するところであるから、当事者の口頭弁論再開の申立に応じなかったからといって、これを違法ということとはできない」（所有権確認等請求、上告棄却）

【最判昭 46.6.22】第二封鎖預金調整勘定利益分配金請求事件[昭 46 才 95]

「会社を当事者とする訴を提起した者にその会社を代表する権限があることは、その訴につき本案判決をするための要件であって、おそくとも事実審の口頭弁論の終結当時にこれを具備していなければならないものと解すべきであるから、裁判所は、右訴提起者の代表権限の存否の認定にあたっては、事実審の口頭弁論の終結時を基準としてこれを判断すれば足り、その後生じる事情の変動を斟酌することを要しないものである。したがって、原審の口頭弁論の終結当時本訴の提起者である外村与左衛門に上告会社を代表する権限がなかった以上、かりに、所論のとおり、同人がその後代表清算人に選任され、上告会社を代表する権限を取得するに至ったとしても、そのために本訴が適法になると解すべきではない」（原審：控訴棄却（却下）、上告棄却）

・ 裁判の種類…命令・決定・判決（→中間判決・終局判決）

・ 終局判決→訴訟判決（訴え却下）と本案判決（請求認容／請求棄却）

2. 訴訟要件の種類について、その主要なものを挙げることができる。

・ 積極的要件（存在が要件）と消極的要件（不存在が要件：訴訟障害）がある

・ 裁判所関係

・ 裁判権：請求及び当事者が日本の裁判権に服すること

・ 管轄権：受訴裁判所に管轄があること

・ 当事者関係

・ 当事者の実在、当事者能力、当事者適格

・ 訴訟能力・訴訟代理権：訴え提起時なら訴え提起の無効、審理中の欠缺は言渡しができない

- ・ 訴え提起・訴状送達が有効
- ・ 訴訟費用の担保提供命令があればその提供
- ・ 請求関係
 - ・ 法律上の争訟にあたること、訴えの利益
 - ・ 訴訟障害事由：重複起訴(§142)、別訴(人訴 25)、再訴(§262-2)、他の特別な救済手続(§71: 訴訟費用額の確定手続等)、不起訴の合意、仲裁の合意(仲裁 14)、訴権濫用・信義則違反
 - ・ 請求の併合の要件具備
 - ・ 訴訟中の訴え提起（訴えの変更、反訴、中間確認の訴え、独立当事者参加等）の要件具備

第2款 審理

1. 訴訟要件の審理について、職権調査事項と抗弁事項の区別を理解している。職権調査事項の審理方法について、判断資料の収集方法の差異も踏まえて、説明することができる。
 - ・ 審理の開始
 - * 原則：職権調査事項 ∵ 本案判決による紛争解決になじむ請求かの判断は公益性があるから
 - * 例外：抗弁事項 ∵ 被告の利益保護を目的とする訴訟要件だから
 - 例：不起訴合意の抗弁、仲裁合意の抗弁、訴訟費用についての担保提供の抗弁(§75)
 - ・ 判断の基礎資料の収集（職権調査事項は両方ありうる、抗弁事項は弁論主義）
 - * 職権探知主義：特に公益性の強い訴訟要件（裁判権、専属管轄(§14)、当事者の実在等）
 - * 弁論主義：任意管轄、訴えの利益、当事者適格など
2. 訴訟要件と本案の審理・判断の順序について、説明することができる。
 - ・ 原則：訴訟要件についての判断が本案についての判断に先行する
 - ⇔ 審理はいずれが先行してもよく、併行も可 ∵ 弁論終結時に具備されていれば足りるから
 - ・ 例外
 - * 弁論主義に服する訴訟要件：主張がない限り存否を確認しなくてよい(仲裁合意の抗弁等)
 - * 職権探知が妥当しない訴訟要件：實際上争いがないと判断できない(当事者適格等)
 - ・ 審理の過程で、訴訟要件の存否より先に原告の請求に理由がないことが明らかになったとき
 - * 有力：被告の利益保護を主たる目的とする訴訟要件の場合は判断せず請求棄却判決ができる
 - 仲裁合意の抗弁・任意管轄・訴えの利益等は省略できる ⇔ 訴訟能力などは省略できない
 - ※ 請求認容判決の場合は、被告の利益のための訴訟要件も判断が必要
 - ← 訴訟要件は本案判決の要件であるから、少なくとも職権調査に服する訴訟要件については判断すべきであって、被告にとって有利としても許されるべきでない
 - ← 抗弁事項の訴訟要件も当事者が主張すれば、その判断を先行させるべき
 - ∵ 却下より請求棄却の方が抜本的解決になり、被告に有利とは必ずしも言えない
 - ∵ 頼んでもいない訴訟担当の場合、請求棄却判決だと第三者に不利になる場合がある

【最判平 6.9.27】 訴訟要件と本案審理の順序[平 4 行ツ 109]

風営法営業許可(回胴式遊技機専門店=スロット)取消請求(近隣の耳鼻科医院の院長→神奈川県公安委)→一審：却下→原告控訴棄却(請求棄却だが、不利益変更禁止ゆえそのまま)→原告上告棄却(同旨)

風営法 4-2:2、同施行令 6:2、同施行条例 3-1:3 は「同号所定の診療所等の施設につき善良で静穏な環境の下

で円滑に業務を運営するという利益をも保護している……一般に、当該施設の設置者は、同号所定の風俗営業制限地域内に風俗営業が許可された場合には、右の利益を害されたことを理由として右許可処分の取消しを求める訴えを提起するにつき原告適格を有する」が「本件においては、元町セブンは司城医院の敷地からは三〇・三九ないし三二・二〇メートルの距離にあり、その周囲三〇メートル以内には所在せず、右風俗営業制限地域内において風俗営業が許可された場合には該当しないというのであるから、結果としては、上告人は本訴につき原告適格を有しないかにみえる。しかしながら、右事実関係からすれば、元町セブンは、それが制限地域内に所在しているか否かは実体審理をしなければ判明しない程度の至近距離内にあるのであるから、原審としては、上告人の原告適格を審査するに当たっては、処分の適否という本案についてと同一の審理をせざるを得ず、それなくして直ちに原告適格の有無を判断することはできない関係にある。したがって、そのような場合には、たとい審理の結果当該施設が制限区域内に所在していないことが明らかになったとしても、審理は既に本案の判断をするに熟しているのであるから、単に右訴訟における原告適格を否定して訴え却下の訴訟判決をするのではなく、本案につき請求棄却の判決をするのが、訴訟の実際にかなうゆえんである」

(園田補足・可部同調)「この問題については、実務と理論との架橋によって、事案の状況に応じた対応が必要ではないかと考え、行政事件訴訟法九条の定める「法律上の利益」には、法律上保護された実体上の利益の有無について実体審理に基づく本案の判断を求める手続上の利益を含めることができる……原審が、上告人に原告適格を認めるに当たって、実体要件でありかつ手続要件でもある距離制限の要件について、その審理判断をいずれも本案の問題であると解したことは、右に述べた意味において、上告人に「法律上の利益」を認めた正当な解釈」
※原審「診療所等の経営者で、所定の距離制限の要件を充たしていないとして営業許可処分の違法を主張する者は、その取消しを求める原告適格を有する」

第3款 訴えの利益

1. 訴えの利益の意義及びそのような概念が必要とされる理由について、法律上の争訟や二重起訴の禁止など隣接する問題との関係をも踏まえて、説明することができる。
 - ・ 訴えの利益（広義は両方、狭義は権利保護の利益のみ）
 - * 権利保護の資格：訴えによって定立されている請求そのものが本案判決の対象となりうるか
 - ※当該事件の具体性より請求そのものの問題（請求適格ともいう）
 - 法律上の争訟と審判権の限界の問題（宗教法人内部の争いなど）
 - * 権利保護の利益：当該事件で本案判決によって訴訟物についての争いが解決されうるか
 - ←具体的権利関係の客観的性質。訴訟物と当事者の主観的關係は当事者適格として扱う
 - ・ 共通する条件：訴え提起の必要性及び許容性
 - ・ 必要性：請求について本案判決を得る必要性、欠けるのは①②のような場合
 - ①すでに同一の請求につき請求認容の確定判決を受けているとき
 - 二重起訴禁止・再訴禁止は同様の趣旨（本案判決を求める機会はずでに与えられている）
 - ②法定の手続が別に存在する場合：訴訟費用償還請求権の額(§71)、訴訟代理権の存否
 - ・ 許容性：当事者間の不起訴合意・仲裁合意（合意による本案判決による解決の放棄）がない
 - 例外①：訴訟物たる権利関係が当事者の合意だけで自由に処分できないもの
 - 離婚訴訟（自由処分性(協議離婚)もあるが、離婚権を否定するのは公序良俗違反で無効）
 - 例外②：対象となる権利関係が不特定（裁判を受ける権利の保障に反し無効）

第4款 給付の訴えの利益

1. 現在の給付の訴えの利益を理解している。

- ・原則として問題とならない 例外：訴求権がない請求権 = 自然債務

∴ 給付請求権の内容に訴求権が含まれており、被告の任意履行の意思や事前の履行催告は無関係

* 強制執行の(法律上 or 事実上の)可否は無関係 (同居義務、無資力、目的物差押済など)

* 他に簡易な債務名義の取得方法があっても認められる

【最判昭 41.3.18】 抹消登記が実際には不可能な場合の訴えの利益(肯定)[昭 38 才 160]

第一譲受人が原告で Y1→Y2(第二譲受人)→Y3 の登記抹消請求→原審は Y1→Y2 のみ認容→Y1,Y2 上告：棄却
「不動産登記の抹消登記手続を求める請求は、被告の抹消登記申請という意思表示を求める請求であつて、その勝訴の判決が確定すれば、それによつて、被告が右意思表示をしたものとみなされ(民法七三六条)、その判決の執行が完了するものである。したがつて、抹消登記の実行をもつて、右判決の執行と考える必要はないから、右抹消登記の実行が可能であるかどうかによつて、右抹消登記手続を求める請求についての訴の利益の有無が左右されるものではない。これを本件についてみるに、被上告人に対し、上告人蟹沢カヨが本件建物について經由された自己名義の所有権保存登記の抹消登記手続を、上告人沢藤善八が本件建物について經由された右上告人蟹沢カヨからの所有権移転請求権保全仮登記および所有権移転登記の抹消登記手続を、それぞれする義務がある以上、被上告人の上告人らに対する右各登記の抹消登記手続を求める請求は、認容されるべきであり、たとえ、本件建物について右上告人沢藤善八から原審控訴人山本光茂への所有権移転登記が經由されており、被上告人の右山本光茂に対する右所有権移転登記の抹消登記手続請求が認容されず、したがつて、上告人らの經由した前記各登記の抹消登記の実行も不可能であつても(不動産登記法一四六条一項参照)、それがため、被上告人の上告人らに対する前記各登記の抹消登記手続請求が、訴の利益を欠き、不適法となるわけではない」

【大判大 7.1.28】 執行証書を有する債権者の訴えの利益(肯定:請求権の存在の確定)

【大判昭 6.11.24】 時効中断目的での重ねての給付の訴えの提起の訴えの利益(肯定)

【最判昭 39.5.29】 引渡命令(民執 83)を得うる競落人による家屋明渡請求の訴えの利益(肯定)

【最判昭 29.3.9】 仮執行宣言取消の原状回復(民保 33)可能時の損賠請求の訴えの利益(肯定)

2. 将来の給付の訴えの利益を理解している。将来の損害賠償請求の適法性について、判例・学説を踏まえて、説明することができる。

- ・原則：将来給付に適する債権である + あらかじめその請求をなす必要がある(§135)

∴ 履行期が未到来なのに、本案判決を求めるのは例外的ゆえ、正当化するに足る利益が必要

* 将来給付に適する債権

・ 期限付請求権

【最判平 3.9.13】 将来の建物収去土地明渡請求の訴えの利益[平 3 才 353]

抵当土地の競落人 X→抵当権設定後の短期賃貸借(差押直前)の賃借人 Y1・Y1 所有建物の賃借人(差押後)Y2 宛建物収去土地明渡請求→原審：認容→Y1,Y2 上告棄却

原審は「本件短期賃貸借は、その契約締結前後の事情などからして、執行妨害の意図を含む……とし……本件短期賃貸借は平成四年六月二九日(原審の口頭弁論終結の後)に期間が満了するが、その期間満了に当たって、右上告人らが被上告人に対して種々の妨害工作をしないとの保障もなく、契約更新も予測できないとして、被上告人が本件短期賃貸借の将来の期間満了を原因としてあらかじめ上告人内藤に対し本件建物を収去して本件土地の明渡し及び上告人林に対し本件建物から退去して本件土地の明渡しを求める将来給付の訴えを適法と判断して、右請求を認容」したが認定判断は正当で「これによれば、本件差押登記の後に期間が満了する本件短期賃貸

借が法定更新されることはないところ、原判決の右判示は、本件短期賃貸借の意図が右のとおりであったことからして、期間満了による契約終了の際、右上告人らが本件土地を明け渡さないことが明らかであるという趣旨にほかならず、被上告人の右将来給付の訴えを認容した原判決」に違法はない

- ・ 履行期が到来した基本となる権利関係を争う場合の派生的給付
→ 金銭給付請求や家屋・土地明渡訴訟等の口頭弁論終結後の利息・賃料相当額など
- ・ 継続的・反復的給付のうち履行期到来分が争われる場合の未到来分の給付
→ 履行期到来済みの賃料支払請求訴訟での将来の賃料など
- ・ 不作為請求権
- ・ 条件付請求権：条件成就未確定の間は将来の給付（離婚訴訟に併合する財産分与請求も同じ）
→ 代償請求：第一次的物の引渡請求＋二次的引渡不能時の損害請求の併合請求の後者

【大連判昭 15.3.13】代償請求の訴えの利益(肯定)[昭 13 才 1723]

「株式又ハ物ノ給付ヲ為スヘキ債務者力其ノ給付ノ強制執行ヲ受ケタルモ其ノ執行奏効セス即執行不能ナル場合ニ於テ債務ノ履行ハ必スシモ不能ナルモノト云フヲ得サルコト勿論ナルモ履行不能ニ因ラサル右執行不能ノ場合ト雖モ債権者ハ履行ニ代ル損害賠償ヲ請求シ得ヘキモノニシテ此ノ損害賠償ハ畢竟履行遅滞ニ因ル損害賠償ニ他ナラス而シテ本来ノ給付ヲ求ムル訴ニ於テ右損害賠償ノ予備的請求ヲ為シタルトキハ事実審裁判所ハ最後ノ口頭弁論当時ニ於ケル本来ノ給付ノ価額ヲ判定シテ其ノ本来ノ給付ヲ命スルト同時ニ右請求ノ限度内ニ於テ其ノ強制執行不能ナルトキハ該価額相当ノ損害賠償ヲ為スヘキコトヲ命スル判決ヲ為シ得ル」

【最判昭 63.10.21】執行不能がありえない場合の代償請求(否定)[昭 60 才 522]

贈与株式につき株式譲渡承認申請手続・承認後指図による占有移転・同代償請求：原審はいずれも認容

「執行不能を条件とする代償請求は、本来の給付請求の執行不能を条件とする将来の給付請求であるので、あらかじめ請求する必要がある場合に限り提起できる（民訴法二二六条）……ところ、前記株式譲渡承認申請手続請求は、意思表示をすべきことを求めるものであるから、これを命ずる主文の強制執行は、民事執行法第一七三条一項本文により判決の確定をもって完了し、前記指図による占有移転請求も、意思表示をすべきことを求めるものであるが、その意思表示が訴外会社の取締役会の承認という被上告人らの証明すべき事実の到来に係る場合であるから、これを命ずる判決主文の強制執行は同項ただし書により被上告人らが右承認の事実を証明する文書を提出して執行文の付与を受けたときに完了する……しかも右訴外会社取締役会の承認を得られない場合は代償請求の条件たる執行不能に該当しないから……代償請求は、いずれも条件たる本来の給付請求の主文の強制執行自体が不能となることはあり得ず条件成就の可能性が存在しないことになるので、あらかじめ請求する必要がある認められず、将来の給付の訴えとしての訴訟要件を欠く不適法なものである」→代償請求のみ破棄原判（却下）

- ・ 将来の不法行為の損害請求・不当利得返還請求（公害訴訟や家屋明渡請求訴訟など）
→ 要件：不法行為の継続の予想、請求権の成否・内容、消滅の事由（＝請求異議の要件）が明確
- ・ 大阪国際空港事件の3要件：〔1〕事実関係の存在とその継続が予測されること、〔2〕請求権の成否、内容につき、債務者に有利な将来の変動事由があらかじめ明確に予測し得ること、〔3〕その変動事由を請求異議事由として債務者に負担を課しても不当でないこと

【最大判昭 56.12.16】大阪国際空港事件[昭 51 才 395]

「民訴法二二六条はあらかじめ請求する必要があることを条件として将来の給付の訴えを許容しているが、同条は、およそ将来に生ずる可能性のある給付請求権のすべてについて前記の要件のもとに将来の給付の訴えを認めたものではなく、主として、いわゆる期限付請求権や条件付請求権のように、既に権利発生基礎をなす事実上及び法律上の関係が存在し、ただ、これに基づく具体的な給付義務の成立が将来における一定の時期の到来や債権者において立証を必要としないか又は容易に立証しうる別の一定の事実の発生にかかっているにすぎず、将来

具体的な給付義務が成立したときに改めて訴訟により右請求権成立のすべての要件の存在を立証することを必要としないと考えられるようなものについて、例外として将来の給付の訴えによる請求を可能ならしめたにすぎない……このような規定の趣旨に照らすと、継続的不法行為に基づき将来発生すべき損害賠償請求権についても、例えば不動産の不法占有者に対して明渡義務の履行完了までの賃料相当額の損害金の支払を訴求する場合のように、右請求権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のあらかじめ明確に予測しうる事由に限られ、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点において前記の期限付債権等と同視しうるような場合には、これにつき将来の給付の訴えを許しても格別支障があるとはいえない。しかし、たとえ同一態様の行為が将来も継続されることが予測される場合であっても、それが現在と同様に不法行為を構成するか否か及び賠償すべき損害の範囲いかん等が流動性をもつ今後の複雑な事実関係の展開とそれらに対する法的評価に左右されるなど、損害賠償請求権の成否及びその額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず、具体的に請求権が成立したとされる時点においてはじめてこれを認定することができるとともに、その場合における権利の成立要件の具備については当然に債権者においてこれを立証すべく、事情の変動を専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生としてとらえてその負担を債務者に課するのは不当であると考えられるようなものについては、前記の不動産の継続的不法占有の場合とはどうも同一に論ずることはできず、かかる将来の損害賠償請求権については、冒頭に説示したとおり、本来例外的にのみ認められる将来の給付の訴えにおける請求権としての適格を有するものとするとはできない」

「本件についてこれを見るのに、将来の侵害行為が違法性を帯びるか否か及びこれによつて被上人らの受けるべき損害の有無、程度は、被上人ら空港周辺住民につき発生する被害を防止、軽減するため今後被上人により実施される諸方策の内容、実施状況、被上人らのそれぞれにつき生ずべき種々の生活事情の変動等の複雑多様な因子によつて左右されるべき性質のものであり、しかも、これらの損害は、利益衡量上被害者において受忍すべきものとされる限度を超える場合のみ賠償の対象となるものと解されるのであるから、明確な具体的基準によつて賠償されるべき損害の変動状況を把握することは困難といわなければならない……このような損害賠償請求権は、それが具体的に成立したとされる時点の事実関係に基づきその成立の有無及び内容を判断すべく、かつまた、その成立要件の具備については請求者においてその立証の責任を負うべき性質のもの」ゆえ将来の「賠償を求める部分は、権利保護の要件を欠く」→破棄自判（却下）

（団藤反対）将来の給付の訴えは「既判力の範囲の問題や当事者間の利益の均衡などを考慮して決する」べきで、そもそも期限付請求権や条件付請求権は本条の規定がなくても認められるべきだから、本条の意義はそこになく、「請求権発生の基礎となるべき事実関係が継続的な態様においてすでに存在し、しかも将来にわたつて確実に継続することが認定されるようなばあいには、具体的事案に応じて、前記のような考慮によつて是認される限度で、本条の規定による訴求がみとめられるべき」、本件では、当分確実に継続するから終期を付すため破棄差戻し。

【最判平 19.5.29】横田基地夜間飛行差止等請求事件[昭 51 才 395]

「継続的不法行為に基づき将来発生すべき損害賠償請求権については、たとえ同一態様の行為が将来も継続されることが予測される場合であっても、損害賠償請求権の成否及びその額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず、具体的に請求権が成立したとされる時点において初めてこれを認定することができ、かつ、その場合における権利の成立要件の具備については債権者においてこれを立証すべく、事情の変動を専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生としてとらえてその負担を債務者に課するのは不当であると考えられるようなものは、将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格を有しない……飛行場等において離着陸する航空機の発する騒音等により周辺住民らが精神的又は身体的被害等を被っていることを理由とする損害賠償請求権のうち事実審の口頭弁論終結の日の翌日以降の分については、将来それが具体的に成立したとされる時点の事実関係に基づきその成立の有無及び内容を判断すべく、かつ、その成立要件の具備については請求

者においてその立証の責任を負うべき性質のものであって、このような請求権が将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格を有しないものであることは、当裁判所の判例……（最大判昭 56.12.16、最判平 5.2.25=昭 62 才 58・昭 63 才 611）。」→破棄自判（控訴棄却=却下）

（那須反対）原判決は短期に制限したので継続は予測され、請求権の成否・内容は明確、請求異議の要件も被告に立証責任を課して不当ではないから、大阪国際空港事件の判旨に従って許される判決であり、正当である。

（田原反対）「将来生ずる不確定要素の立証の負担を原、被告いずれに負担させるのが妥当かという利益衡量の問題に尽きるのであって、当該具体的な事案に応じて判断されるべき事項である。その点は継続的不法行為による損害賠償請求権の場合も同様に解すべきであり、昭和 56 年大法廷判決が定立した基準は狭きに過ぎるものであって見直されるべきである」→事情は変わっており、明示的判例変更すべき

・将来の不当利得返還請求

【最判昭 63.3.31】持分に応じた駐車場の賃料収入の分配請求[昭 59 才 1293]

土地所有権確認・不当利得返還請求（共有持分登記と持分に応じた賃料収入の分配）→一審認容→控訴審も認容→上告：破棄自判（将来の不当利得返還請求部分につき一審取消・却下）

「被上告人の前記請求は、上告人が被上告人との共有物件である本件土地を訴外会社に専用駐車場として賃貸することによって得た収益のうち上告人の持分割合をこえる部分について不当利得の返還を求めるものであるから、訴外会社との賃貸借契約の存続及びこれに基づく賃料の現実の収受を当然の前提とするものであり、したがって、賃料が現実収受されたか否かを問わずに、将来にわたり賃料収入による収益の分配につき継続的給付を命ずることは、右請求の性質からみて問題がある……もともと、上告人と訴外会社との間に現に賃貸借契約が存続して、上告人に賃料収入による一定の収益がある場合には、継続的法律関係たる賃貸借契約の性質からいって、将来も継続的に同様の収益が得られるであろうことを一応予測し得るところであるから、右請求については、その基礎となるべき事実上及び法律上の関係が既に存在し、その継続が予測されるものと一応いうことができる。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、右請求はその基盤を欠くことになるところ、賃貸借契約の解約が、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ることは、いささか債務者に酷であり、相当でない」ので「将来の給付の訴えの対象適格を有するものということはできないから」却下すべき

【最判平 24.12.21】持分に応じた駐車場の賃料収入の分配請求[平 23 受 1626]

（所有権移転登記手続等）・不当利得返還請求→一審：認容→原審も認容→上告：破棄自判（取消・却下）
共有地を共有者の一人が駐車場として賃貸した収益の不当利得返還請求。

「共有者の 1 人が共有物を第三者に賃貸して得る収益につき、その持分割合を超える部分の不当利得返還を求める他の共有者の請求のうち、事実審の口頭弁論終結の日の翌日以降の分は、その性質上、将来の給付の訴えを提起することのできる請求としての適格を有しないものである（最判昭 63.3.31 参照）」

（千葉補足・須藤同調）最判昭 63.3.31 は駐車場の賃料であることを含めて射程とすべき。なぜなら、居住用建物と駐車場では賃料が確実に入りつづけるかの確実性が違うから、居住用家屋まで広げるのは行きすぎ。

* あらかじめその請求をする必要があること

①履行期が到来してもその履行が合理的に期待できない事情の存在（＝義務者の態度）

←債務者が現在すでに義務の存在・内容を争っており、任意の履行を期待できない場合

②給付の性質上、履行期到来時に即時の給付がないと債務の本旨に反するか原告に著しい損害

例：一定の作為義務（演奏会の演奏）・定期売買の履行請求、生活保護のための扶養料請求

第5款 確認の利益

1. 確認の利益について、事実の確認、過去の権利関係の確認など確認の対象に関する判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・原則：訴訟物が確認の対象たりうる＋訴訟物の性質につき確認の利益＋即時確定の利益

・学説：手段選択の適否＋対象選択の適否＋被告選択の適否＋即時確定の現実的必要

* 即時確定の利益＝原告の権利・法的地位に危険・不安あり、除去に確認判決が必要かつ適切

【最判昭 30.12.26 民集 9-14-2082】 確認の訴えの利益[昭 27 才 683] **なぜ却下でない？**

Y1 の推定相続人 X による Y1・Y2 間の売買無効確認・所有権取得登記抹消手続請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告：破棄自判（確認：取消棄却、登記：控訴棄却）：なお、無効の根拠は虚偽表示

「確認の訴は、即時確定の利益がある場合、換言すれば、現に、原告の有する権利または法的地位に危険または不安が存在し、これを除去するため被告に対し確認判決を得ることが必要かつ適切な場合に限り、許される」

・手段選択の適否＝確認訴訟によることが紛争解決に有効適切か

* 給付請求権は給付訴訟を提起すべきで、請求権存在確認の訴えは許されない

例外：既に確定した給付判決を得ており、時効中断のため確認訴訟を提起する場合

* 本案判断の前提たる手続問題の確認を別訴で求める利益：原則として存しない

【最判昭 28.1.24】 訴訟代理権欠缺確認請求(否定)[昭 26 才 19]

別件訴訟での訴訟代理権欠缺確認請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

「訴訟代理権の有無の如きはそれが問題となる当該訴訟においてこれを審判すべきであり、またそれを以て足るのであつて、本件における右の如き確認判決は、なんら別件たる当該訴訟について所論訴訟代理権の存否を確定することを得ないのである」から訴えの利益を欠き不適法

【最判昭 30.5.20】 訴訟代理人委任状の無効確認請求(否定)[昭 28 才 628]

別件訴訟での訴訟代理人委任状の無効確認請求→一審棄却→控訴棄却→上告棄却

「訴訟代理権の有無はそれが問題となる当該訴訟においてこれを審判すべきであり、またそれをもつて足るのであつて、別訴を提起して訴訟代理権の存否確認を求めることは、確認の利益を欠き許しえない……（最判昭 28.12.24）……この理は訴訟代理権を証すべき書面の真否確認を求める訴訟についても同様である……けだし、訴訟代理権を証すべき書面の真否確認を求める目的は訴訟代理権の存否を明確にするにあるのであつて、訴訟代理権の存否確認を求める別訴が確認の利益を欠く以上、その存否確定に資すべき訴訟代理権を証すべき書面の真否確認を求める別訴も当然確認の利益を欠くものと認むべきだからである」

・対象選択の適否：原則として現在の自己の権利義務・法律関係の積極的確認であること

* 事実の確認：原則として許されない

・例外：現在の法律関係をめぐる紛争の抜本的解決に適切かつ不可欠な場合

【最大判昭 32.7.20 民集 11-7-1314】 国籍訴訟の訴えの利益(肯定)[昭 25 才 318]

「原告が出生による日本の国籍を現に引続き有すること」の確認請求→一審：棄却→控訴：取消認容→上告棄却
父が無断で国籍離脱届を出した原告（父は日本人だがアメリカで出生に二重国籍）によるもの。戸籍簿上、国籍離脱と国籍回復が記載されていた。

「被上告人の戸籍簿には、現に、右国籍の離脱ならびに回復に関する記載のなされていることは、原判決の確定するところであり、かかる戸籍の訂正をするには戸籍法一一六条によつて、確定判決を必要とすることはあきら

かであるから、被上告人は、少くともこの点において、本訴確認の判決を求める法律上の利益を有する」「ただ上告人は戸籍法一一六条によつて国籍回復の戸籍の訂正をするがためには、判決の主文において国籍回復の許可の無効なることを宣言する確定判決を要する旨主張するけれども、同条は確定判決の効力として戸籍の訂正を認めるものではなく、訂正事項を明確ならしめる証拠方法として、確定判決を要するものとする趣旨であるから、判決の主文と理由とを総合して訂正事項が明確にされている以上、必ずしも、主文に訂正事項そのものが表現されていることを必要としない」

（島・河村意見）国籍回復を自ら申請した以上、禁反言の法理で許されない。また、国籍回復許可の取消は出訴期間徒過で許されないから、却下すべき

（真野反対）日本国民であることの確認請求は許されるが、出生から引き続きなどとすると事実関係の存否・過去の法律関係の存否の確認になるから、不適法で却下すべき。米国籍を有する日本国民であることの確認は可能。

【最判昭 31.10.4】生前かつ新遺言がなされた遺言無効確認(否定)[昭 30 才 95]

遺言者から遺贈による受贈者への遺言無効確認・所有権移転登記抹消請求（知らないうちに受贈者が登記していた）→一審：認容→控訴棄却→上告：遺言破棄自判（取消却下）、登記上告棄却

「確認の訴は原則として法律関係の存否を目的とするものに限り許されるのであつて、事実関係については訴訟法上特に認められた……場合【＝証書真否確認の訴え】……の外はこれを提起することはできない……法令を適用することによつて解決し得べき法律上の争訟について裁判をなし以て法の權威を維持しようとする司法の本質に由来する。すなわち法律関係の存否は法令を適用することによつて判断し得るところであるに反し、事実関係の存否は経験則の適用によつて確定されるのであり、経験則の確認、これが正当な適用というようなことは司法本来の使命とは直接的関係はなく法令適用の前提問題たるに過ぎないからである……法律関係についてもただ現時における存否のみがこの訴の対象として許される……ある過去の時点におけるその存否、若くは将来時におけるその成否というようなことは確認の対象とすることは許されない。民事訴訟法は現在の法律関係の確認を許すだけでこの種の訴を認めた立法目的を達成するに必要にして十分であるとしたもの……けだし、過去の法律関係の存否は、たとえそれが現在の法律関係の存否に影響を来すべき場合においても、それは単に前提問題としての意義を有するに止まり、当該現在の法律関係の存否につき確認の訴を認める外、かかる過去の法律関係の存否についてまでこの種の訴を認める必要はない……将来の法律関係なるものは法律関係としては現在せず従つてこれに関して法律上の争訟はあり得ない……仮りにある法律関係が将来成立するか否かについて現に法律上疑問があり将来争訟の起り得る可能性があるような場合においても、かかる争訟の発生は常に必ずしも確実ではなく、しかも争訟発生前予めこれに備えて未発生^の法律関係に関して抽象的に法律問題を解決するというが如き意味で確認の訴を認容すべきいわれはなく、むしろ現実に争訟の発生するを待つて現在の法律関係の存否につき確認の訴を提起し得るものとすれば足る」遺贈はいつでも取消せ、受贈者は期待権もないから、「現在においていまだ発生していない法律関係のある将来時における不成立ないし不存在の確認」になり不適法。

・法定の例外：証書真否確認の訴え(§134)＝偽造・変造か否かの判断（虚偽かは判断しない）

【最判昭 27.11.20】証書真否確認の意義[昭 24 才 109]

「書面の真否を確定するための確認の訴は、書面の成立が真正であるか、否か、換言すればある書面がその作成者と主張せられるものにより作成せられたものであるか或はその作成名義を偽わられて作成せられたものであるか、すなわち偽造又は変造であるかを確定する訴訟であるから、本件のように書面の記載内容が実質的に客観的事実に合致するか否かを確定する確認の訴は、同条において許されていない。また、一般に確認の訴は、特定の法律関係の確定を求めるものであるから、本件のように事実関係の確定を求める確認の訴は法律上認められていない」農地委員会の買収計画書に土地現況と相違があることの確認請求（原審却下：上告棄却）

* 過去の権利関係・過去の法律行為の効力の確認（⇔現在＝口頭弁論終結時）

・原則として現在の法律関係の確認を求めるべき：過去の権利関係はその後変わりうるから

⇔許容例：株主総会決議不存在確認の訴え・無効確認の訴え、行政処分は無効確認の訴えなど

←本来は現在の派生的権利関係を対象とすべきだが、この方が抜本的・一挙的に解決できる

∴過去の法律関係の効力の確認が、現在の権利関係をめぐる紛争の解決に適切である

【最判昭 41.4.12 民集 20-4-560】 売買無効確認請求の可否(原則否定)[昭 38 才 865]

売買無効確認・所有権移転登記抹消手続請求（参加人 Y2:建物土地所有権確認・同明渡請求）→一審：X 請求認容・参加人請求棄却→Y1,Y2 控訴：取消棄却、参加人請求認容→X 上告：X→Y1 の請求・同関連 Y2 参加事件・X-Y2 売買無効確認につき破棄差戻し、その他上告棄却（=Y1→Y2 移転登記）

X→Y1(X 娘婿)→Y2(Y1 勤務先=参加人)へ売買による所有権移転登記があったが、Y1 と X 長男(Y2 勤務)の不良貸付を Y2 に払うため、銀行から Y1 が借金することにし、抵当権設定の便宜のため Y1 名義にすることとし X→Y1 への移転登記用書類を交付したが、結局 Y2 が借金して X を保証人・X 所有のまま抵当権設定としたが、その後代物弁済として Y2 が預かった書類等を用いて X→Y1→Y2 の移転登記を了したもの(原告は無断と主張)。

「原告の売買無効確認請求の適否について職権をもつて案ずるに、その請求の原因の要旨は、原告と被告溝上間の売買およびその登記は無効であり、したがって、所有権のない被告溝上と悪意の第三者たる被告常盤産業間の昭和三二年一月二七日付売買も無効であるから、右売買の無効確認を求めるといっているのであるが、単に右請求を文言どおりに解釈すれば、前記売買契約の無効であること、すなわち、過去の法律関係（ないし事実）の確認を求めると異なるところはない……確認訴訟は特段の規定のないかぎり、現在の権利または法律関係の確認を求め、かつ、これにつき即時確定の利益がある場合にのみ許されるべきであるから、前記の請求については、即時確定の利益があるとはいいがたい。原告としては、確認の訴を提起するためには、右売買契約の無効の結果生ずべき現在の権利または法律関係について直接に確認を求めべき……もつとも、右請求を原告の主張するところに照らせば、原告は、右のような現在の権利または法律関係についてその確認を求め趣旨がうかがえないでもない。したがって、原審としては、本訴請求については、その請求の趣旨を釈明して審理をすべき」なのに本案判決をしたから違法で差戻し。

【最大判昭 45.7.15 民集 24-7-861】 母子関係存在確認請求[昭 43 才 179]

母からの母子関係存在確認請求→一審：却下→控訴棄却→上告：破棄差戻し(一審)

B の庶子として父 A が届出、AB 婚姻で嫡出子となった C につき、X(B 生家養女)と D(X 婿養子縁組、のち離縁)の子であるとしたもの。C は S19 に戦死し、検事総長が被告。

「およそ、父母と子との間の親子関係存否確認の訴は、右三者がいずれも生存している場合はもとより、父母のいずれか一方が死亡した場合においても、その生存者と子との間において親子関係存否確定の利益がある以上、人事訴訟手続法、ことに第二章親子関係に関する手続規定を類推適用して右訴を認めるべき」「親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方にとつて、身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求め必要がある場合があることはいうまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められる……人事訴訟手続法で、婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴につき、当事者の一方が死亡した後でも、生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴を提起し、これを追行することを認め、この場合における訴の相手方は検察官とすべきことを定めている……のは、右の趣旨を前提としたもの……父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、右人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべき」(この点、最判昭 34.5.12 の変更)

(大隅補足)「およそ確認の訴は、その対象とする法律関係につきいわゆる確認の利益がある場合においてのみ許されるものであるが、かかる利益は、当該法律関係に関して当事者間に法律上の紛争が存し、これがためその

訴の原告の法律上の地位に不安、危険があり、判決をもつてその法律関係の存否を確定することが、右の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合において認められる。そして、このような法律関係の確定は、事の性質上、右の目的のために最も直接的かつ効果的になされることを要するのであつて、通常は、紛争の存する現在の法律関係について確認を求めるのが適当であるとともに、それをもつて足り、その前提となる過去の法律関係に遡つてその存否の確認を求めることは、その利益を欠く……しかしながら、このことは、現在の法律関係において確認の利益が定型的に顕著に認められるから、それが確認の訴の通常の対象とされることを意味するものであつて、過去の法律関係であれば当然に確認の訴の対象として適格を欠くことを意味するものではない。過去の法律関係であつても、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求めることが必要かつ適切と認められる場合には、確認の訴の対象となる……すなわち、現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえつて、それらの権利または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、現に存する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場合のあることは否定しがたいところであつて、このような場合には、過去の法律関係の存否の確認を求める訴であつても、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべき」

(松田反対、入江・岩田・松本・村上同調) 過去の法律関係の確認は、証拠散逸、又特に人訴では突然新たな身分関係をつくり、第三者効もあることから許されない。本訴は子の死後 20 年以上が経過しているし、財産上の法律関係がからむならそちらを請求すれば救済できる。

【最判昭 47.11.9 民集 26-9-1513】学校法人理事会決議無効確認(肯定)[昭 44 才 719]

「およそ確認の訴におけるいわゆる確認の利益は、判決をもつて法律関係の存否を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合に認められる。このような法律関係の存否の確定は、右の目的のために最も直接的かつ効果的になされることを要し、通常は、紛争の直接の対象である現在の法律関係について個別にその確認を求めるのが適当であるとともに、それをもつて足り、その前提となる法律関係、とくに過去の法律関係に遡つてその存否の確認を求めることは、その利益を欠く……しかし、ある基本的な法律関係から生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえつて、これらの権利または法律関係の基本となる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場合においては、右の基本的な法律関係の存否の確認を求める訴も、それが現在の法律関係であるか過去のそれであるかを問わず、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべき」「実定法上その旨の明文の規定が存在しない法人にあつても、同様の趣旨において、意思決定機関の決議がその本来の効力を生じたかどうかを確定することを求める訴を許容する実益の存する場合があることは否定しがたく、この点につき右の準用規定の存する法人と然らざるものとで截然と区別する実質的な理由は認められないのであつて、明文の準用規定を設けていない法人についても、商法二五二条【株主総会決議無効確認の訴え】を類推適用することは必ずしも許されないことではない」→一部は有効な決議で理事解任後ゆえ訴えの利益なし、一部はその後の有効な決議で治癒されており(→棄却だが不利益変更禁止で却下?)、本件では認められない。

【最判平 16.12.24】医療法人の社員総会決議不存在確認の訴えの利益(肯定)

要旨「社団たる医療法人の社員甲が提起した社員乙の入社承認、理事選任及び診療所の開設に係る定款変更の各社員総会決議不存在確認の訴えは、甲が、甲の議決権の割合を低下させる乙の入社を否定し、当該医療法人の常務を処理する権限を有する理事の選任を否定し、決議に基づき開設された診療所の運営の適法性を争っているなど判示の事情の下においては、確認の利益がないとはいえない」(最判昭 47.11.9 引用)

* 条件付請求権は現在の権利又は法律関係である (⇔条件付請求権の給付請求は将来の給付)

【最判平 11.1.21】建物賃貸人交代による敷金返還請求権存在確認(肯定)[平 7 才 1445]

「本件訴えは、建物賃貸借契約の継続中に、賃借人である被告人が、前賃貸人から賃貸人の地位を承継した原告人に対し、保証金の名称で前賃貸人に交付したとする敷金の返還請求権の存在確認を求めるものであり、原告

人は、前貸貸人に対する右敷金交付の事実を否認し、敷金の返還義務を負わないと主張する」「建物賃貸借における敷金返還請求権は、賃貸借終了後、建物明渡しされた時において、それまでに生じた敷金の被担保債権一切を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ものであって（最判昭 48.2.2）、賃貸借契約終了前においても、このような条件付きの権利として存在する……本件の確認の対象は、このような条件付きの権利である……から、現在の権利又は法律関係であるということができ、確認の対象としての適格に欠けるところはない……本件では、上告人は、被上告人の主張する敷金交付の事実を争って、敷金の返還義務を負わないと主張しているのであるから、被上告人・上告人間で右のような条件付きの権利の存否を確定すれば、被上告人の法律上の地位に現に生じている不安ないし危険は除去される……本件訴えには即時確定の利益がある……したがって、本件訴えは、確認の利益があつて、適法」（一審却下→控訴：取消差戻し→被告上告棄却）

【最判平 21.12.18】遺留分減殺請求に対する価額賠償の一部不存在確認の可否[平 21 受 35]

亡A,亡Bの遺産につき、相続人CDE間で、(甲事件)原告Cから①D宛Cへの遺留分減殺請求権不存在確認、②D宛3000万円請求、③D宛建物明渡請求、④E宛Cへの遺留分減殺請求権が2772万円余を超えて存在しないこととの確認、(乙事件)原告D,Eから被告Cへの⑤Aの遺言無効確認、⑥Bの遺言無効確認、⑦Cへの所有権移転登記抹消請求、⑧D,Eへ各1億円余請求→一審：①②③認容、④3935万円余を超えて不存在確認、⑤⑥⑦⑧棄却、訴訟費用C:DE=1:9→DE控訴：①④取消却下、他控訴棄却、訴訟費用C:DE=1:1→C上告：原審破棄差戻しCが遺留分減殺請求に対し価額賠償するため、その範囲確定を求めたもの（DEの減殺請求はあるが、目的物返還請求や価額返還請求はまだ）。原審は減殺請求ゆえ将来の権利の確定を求めるものとして却下した。

①関係「Dに対する確認の訴えは、これを合理的に解釈すれば、本件遺言による遺産分割の方法の指定はDの遺留分を侵害するものではなく、本件遺留分減殺請求がされても、上記指定により上告人が取得した財産につき、Dが持分権を取得することはないとして、上記財産につきDが持分権を有していないことの確認を求める趣旨に出るものであると理解することが可能……上記の趣旨の訴えであれば、確認の利益が認められることが明らか……原審は、上告人に対し、Dに対する確認請求が上記の趣旨をいうものであるかについて釈明権を行使すべきであった……このような措置に出ることなく、Dに対する確認の訴えを確認の利益を欠くものとして却下した点において、原判決には釈明権の行使を怠った違法がある」

④関係：○対象選択の適否「遺贈につき遺留分権利者が遺留分減殺請求権を行使すると、遺贈は遺留分を侵害する限度で失効し、受遺者が取得した権利は上記の限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属するが、この場合、受遺者は、遺留分権利者に対し同人に帰属した遺贈の目的物を返還すべき義務を負うものの、民法1041条の規定により減殺を受けるべき限度において遺贈の目的物の価額を弁償し、又はその履行の提供をすることにより、目的物の返還義務を免れることができる」（最判昭 54.7.10）これは「相続させる」遺言でも同じ。「遺留分権利者が受遺者等に対して遺留分減殺請求権を行使したが、いまだ価額弁償請求権を確定的に取得していない段階においては、受遺者等は、遺留分権利者に帰属した目的物の価額を弁償し、又はその履行の提供をすることを解除条件として、上記目的物の返還義務を負うものということができ、このような解除条件付きの義務の内容は、条件の内容を含めて現在の法律関係というに妨げなく、確認の対象としての適格に欠けるところはない」

○必要性「遺留分減殺請求を受けた受遺者等が民法1041条所定の価額を弁償し、又はその履行の提供をして目的物の返還義務を免れたいと考えたとしても、弁償すべき額につき関係当事者間に争いがあるときには……弁償すべき額についての裁判所の判断なくしては、受遺者等が自ら上記価額を弁償し、又はその履行の提供をして遺留分減殺に基づく目的物の返還義務を免れることが事実上不可能となりかねない……弁償すべき額が裁判所の判断により確定されることは、上記のような受遺者等の法律上の地位に現に生じている不安定な状況を除去するために有効、適切であり、受遺者等において遺留分減殺に係る目的物を返還することと選択的に価額弁償をすることを認めた民法1041条の規定の趣旨にも沿う」

○適切性？「受遺者等が弁償すべき額が判決によって確定されたときはこれを速やかに支払う意思がある旨を表明して、上記の額の確定を求める訴えを提起した場合には、受遺者等がおおよそ価額を弁償する能力を有しないな

どの特段の事情がない限り、通常は上記判決確定後速やかに価額弁償がされることが期待できるし、他方、遺留分権利者においては、速やかに目的物の現物返還請求権又は価額弁償請求権を自ら行使することにより、上記訴えに係る訴訟の口頭弁論終結の時と現実に価額の弁償がされる時との間に隔たりが生じるのを防ぐことができるのであるから、価額弁償における価額算定の基準時は現実に弁償がされる時であること（最判昭 51.8.30 参照）を考慮しても、上記訴えに係る訴訟において、この時に最も接着した時点である事実審の口頭弁論終結の時を基準として、その額を確定する利益が否定されるものではない」

○結論「遺留分権利者から遺留分減殺請求を受けた受遺者等が、民法 1041 条所定の価額を弁償する旨の意思表示をしたが、遺留分権利者から目的物の現物返還請求も価額弁償請求もされていない場合において、弁償すべき額につき当事者間に争いがあり、受遺者等が判決によってこれが確定されたときは速やかに支払う意思がある旨を表明して、弁償すべき額の確定を求める訴えを提起したときは、受遺者等においておよそ価額を弁償する能力を有しないなどの特段の事情がない限り、上記訴えには確認の利益がある」

* 消極的確認と積極的確認

- ・原則：自己の権利等の積極的確認 ← 消極的確認に原告の独自の利益があれば可能

【最判昭 54.11.1】被告が所有権を有しないことの確認(否定した事例)[昭 54 才 562]

「上告人の本訴予備的請求中、被上告人が本件土地につき所有権を有しないことの確認を求める請求については、本件の場合上告人にこのような消極的確認を求める利益がなく、右請求は不適法」（上告棄却）

（要旨：「土地が被告の所有でない旨の消極的確認の訴は、隣接地を所有する原告が、これを道路として使用することが右土地について所有権を主張する被告によつて妨げられており、かつ、被告が右土地を時効取得することを防止するため必要があると主張するだけでは、確認の利益があるとはいえない）

【最判昭 39.11.26】商標権についての消極的確認(肯定)

- ・ 抵当権実行防止なら消極的確認も可能 ⇔ 自分が第一順位であるといいたいなら積極的確認

【大判昭 8.11.7】登記簿上の第一順位抵当権者への抵当権不存在確認[昭 8 才 1030]

第二順位抵当権者が、第一順位抵当権の債権が弁済されたのに、弁済後に別人からの新たな借金の担保として第一順位抵当権が流用されたとして、附記登記を受けた貸主の抵当権の不存在確認請求。

「被上告人トシテハ自己カ第一順位ノ抵当権ヲ有スル旨ノ確認判決ヲ求ムレハ足レリ否之ヲ求メサル可カラス本件請求ノ趣旨果シテ茲ニ在レハ原審トシテハ須ラク被上告人ヲシテ先ツ用語ヲ是正セシメサル可カラス若シ又必ス第一審以来ノ用語其ノ儘ノ判決ヲ求ムルニ在レハ本訴ハ之ヲ却下セサル可カラス何者此クノ如キハ被上告人トシテ何等ノ利益無キ訴ナレハナリ若シ夫レ上告人ニ於テ其ノ第二順位ノ抵当権ヲ有スルコトノ確認判決ヲ求ムヘク反訴ヲ提起スルカ如キハ固ヨリ別問題ニ属ス然ラハ則チ原審力上来判示ノ挙ニ出ツルコトナク漫然被上告人ノ請求ヲ認容スル判決ヲ為シタルハ釈明権不行使審理不尽ノ不法アルヲ免レス」（破棄差戻し）

2. 確認の利益について、当事者間の具体的な事情を考慮した確認判決の必要性・適切性に関して求められる要件を具体例に即して説明することができる。

- ・ 確認判決の必要性・適切性 = 原告の権利・法的地位に対する危険又は不安

* 法的地位

【最判昭 30.12.26】推定相続人の確認判決の利益[前掲 昭 27 才 683]

「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つて、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。それ故単に被相続人たる上告人井上シノの所有に属する本件不動産について、たとえ被上告人主張の如き売買および登記がなされたとしても、法律上は、未だ現に被上告人の権利または法的地位に危険または不安が生じ、確認判決をもつてこれを除去するに適する場合であるとはいひ難く、その他本件において、被上告人が本件不動産の売買に関

し即時確定の利益を有するものとは認められない」債権者代位権により登記抹消を認めたのも違法

* 危険又は不安

- ・ 被告が訴訟物たる権利関係の存否を争っていること

【最判昭 35.3.11】被告が原告の権利につき第三者への帰属を争う場合(必要性肯定)

- ・ 債務不存在確認
- ・ 遺言無効確認
- ・ 時効中断の必要があること
- ・ 公簿の記載の訂正を求めなければならないこと

【大判昭 13.11.26】親子関係不存在確認請求(公簿の記載訂正で必要性肯定)

【最判昭 62.7.17】協議離縁無効確認請求(公簿の記載訂正そのものだけで肯定)[昭 59 才 11]

原告と亡養親の協議離縁無効確認(被告検察、補助参加人は相続人)→一審：却下→控訴：取消差戻し→上告棄却
2 回養子縁組と協議離縁をしており、補助参加人は 2 回目の養子縁組も原告不知の間で無効と主張。一審は第 2 回縁組が無効として訴えの利益がなく却下、原審は第 1 回離縁も無効として破棄差戻し。

「戸籍上離縁の記載がされている養子縁組の当事者の一方は、もし右戸籍の記載が真実と異なる場合には、離縁無効を確認する確定判決を得て戸籍法一一六条により右戸籍の記載を訂正する利益があるというべきであり、当該離縁無効確認の訴えにおいて、相手方(本件におけるような補助参加人を含む。)から縁組が無効であるとの主張がされ、仮にこの主張が認められる場合であっても、離縁無効確認の訴えの利益は失われるものではない…戸籍の記載が真実と異なる場合には、被上告人は、離縁無効を確認する確定判決を得て右戸籍を訂正する利益を有するものであり、仮に第二回縁組が無効であるとの補助参加人らの主張が認められる場合であっても、離縁無効確認の訴えの利益は失われない」

【最判平 23.6.3】所有者不明地の国宛所有権確認請求(否定)[平 22 受 285]

国宛所有権確認請求→一審：認容→控訴：取消・却下→原告上告：棄却

原告は宗教法人で、民有地とされるが所有者が登記されていない土地の時効取得を主張。所有者不明ゆえ民 239-2 で国庫帰属であるとして国相手に提訴した。

国有地でないと言国が言う以上「本件土地の従前の所有者が不明であるとしても、民有地であることは変わらないのであって、上告人が被上告人に対して上告人が本件土地の所有権を有することの確認を求める利益があるとは認められない……所論は、本件訴えの確認の利益が認められなければ、上告人がその所有名義を取得する手段がないという。しかし、表題部所有者の登記も所有権の登記もなく、所有者が不明な土地を時効取得した者は、自己が当該土地を時効取得したことを証する情報等を登記所に提供して自己を表題部所有者とする登記の申請をし(不動産登記法 1 8 条, 2 7 条 3 号, 不動産登記令 3 条 1 3 号, 別表 4 項), その表示に関する登記を得た上で、当該土地につき保存登記の申請をすることができるのである(不動産登記法 7 4 条 1 項 1 号, 不動産登記令 7 条 3 項 1 号)。本件においては、上告人において上記の手續を尽くしたにもかかわらず本件土地の所有名義を取得することができなかつたなどの事情もうかがわれず、所論はその前提を欠く」

* 遺産分割の前提問題の確認の利益

【最大決昭 41.3.2】遺産分割の審判は憲 32,82 違反ではない[昭 39 才 114]

遺産分割審判→一審(家裁)審判→抗告(相手方は相続欠格者である)棄却→特別抗告棄却

- ・ 遺言無効確認の訴え

【最判昭 31.10.4】生前の遺言者による遺言無効確認(否定)[前掲 昭 30 才 95]

【最判昭 47.2.15 民集 26-1-30】遺言者死後の遺言無効確認の可否(肯定)[昭 43 才 627]

遺言無効確認→一審：却下(過去の法律行為の確認)→控訴棄却→上告：破棄(一審取消差戻し)

「いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めるとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとつていても、遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めると解される場合で、原告がかかる確認を求めにつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的な法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の当否を判示することによつて、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかだからである」

【最判昭 56.9.11】遺言無効確認の確認の利益の判断基準[昭 54 才 1208]

「遺言無効確認の訴訟において原告である相続人に確認の利益があるか否かは、遺言の内容によつて定めれば足り、原告が受けた生前贈与等により原告の相続分がなくなるか否かは、将来における遺産分割の時に問題とされるべき事項であることにかんがみると、原則として右確認の利益の存否の判断においては考慮すべきものではない」（遺言無効確認→一審：認容→控訴棄却→上告棄却）

【最判平 6.10.13】特別縁故者の遺言無効確認(否定)[平 3 才 424]

①遺言者の世話をし田を賃借している従兄弟夫婦（Xら）による遺言無効確認、②相続財産管理人による遺言無効確認→一審：認容（痴呆で意思能力なし）→控訴棄却→上告：①破棄自判（取消却下）、②上告棄却

「本件遺言が無効である場合に、Xらが民法九五八条の三第一項所定の特別縁故者として相続財産の分与を受ける可能性があるとしても、右の特別縁故者として相続財産の分与を受ける権利は、家庭裁判所における審判によつて形成される権利にすぎず、Xらは、右の審判前に相続財産に対し私法上の権利を有するものではなく、本件遺言の無効確認を求め法律上の利益を有するとはいえない……被告入春夫らの本件訴えは不合法である」

【最判平 11.6.11 家月 52-1-81】遺言者生存中の遺言無効確認(否定)[平 7 才 1631]

養子による遺言無効確認（痴呆、被告甥に遺贈）→一審：却下→控訴：取消差戻し→上告：破棄自判（控訴棄却）

「遺言は遺言者の死亡により初めてその効力が生ずるものであり（民 985-1）、遺言者はいつでも既にした遺言を取り消すことができ（民 1022）、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときには遺贈の効力は生じない（民 994-1）のであるから、遺言者の生存中は遺贈を定めた遺言によつて何らの法律関係も発生しないのであって、受遺者とされた者は、何らかの権利を取得するものではなく、単に将来遺言が効力を生じたときは遺贈の目的物である権利を取得することができる事実上の期待を有する地位にあるにすぎない（最判昭 31.10.4 参照）。したがって、このような受遺者とされる者の地位は、確認の訴えの対象となる権利又は法律関係には該当しない……遺言者が心神喪失の常況にあって、回復する見込みがなく、遺言者による当該遺言の取消し又は変更の可能性が事実上ない状態にあるとしても、受遺者とされた者の地位の右のような性質が変わるものではない」

・遺産確認の訴え

【最判昭 61.3.13 民集 40-2-389】遺産確認請求の可否(肯定)[昭 57 才 184]

物件が被相続人の遺産であることの確認請求→一審：一部の物件につき認容→控訴棄却→上告棄却

「本件のように、共同相続人間において、共同相続人の範囲及び各法定相続分の割合については実質的な争いがなく、ある財産が被相続人の遺産に属するか否かについて争いのある場合、当該財産が被相続人の遺産に属することの確認を求めて当該財産につき自己の法定相続分に応じた共有持分を有することの確認を求め訴えを提起することは、もとより許されるものであり、通常はこれによつて原告の目的は達しうる」が勝訴判決は「原告が当該財産につき右共有持分を有すること」しか既判力がなく、取得原因に及ばないから「右確定判決に従つて当該財産を遺産分割の対象としてされた遺産分割の審判が確定しても、審判における遺産帰属性の判断は既判力を有しない結果（最大判昭 41.3.2 参照）、のちの民事訴訟における裁判により当該財産の遺産帰属性が否定され、ひいては右審判も効力を失うこととなる余地があり……、遺産分割の前提問題として遺産に属するか否かの

争いに決着をつけようとした原告の意図に必ずしもそぐわない……一方、争いのある財産の遺産帰属性さえ確定されれば、遺産分割の手続が進められ、当該財産についても改めてその帰属が決められる……から、当該財産について各共同相続人が有する共有持分の割合を確定することは、さほど意味があるものとは考えられない……これに対し、遺産確認の訴えは、右のような共有持分の割合は問題にせず、端的に、当該財産が現に被相続人の遺産に属すること、換言すれば、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであつて、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象たる財産であることを既判力をもつて確定し……遺産分割審判の手続において及びその審判の確定後に当該財産の遺産帰属性を争うことを許さず、もつて、原告の前記意思によりかなつた紛争の解決を図ることができる……から、かかる訴えは適法……共同相続人が分割前の遺産を共同所有する法律関係は、基本的には民法二四九条以下に規定する共有と性質を異にするものではないが（最判昭 30.5.31 参照）、共同所有の関係を解消するためにとるべき裁判手続は、前者では遺産分割審判であり、後者では共有物分割訴訟であつて（最判昭 50.11.7 参照）、それによる所有権取得の効力も相違するということに制度上の差異がある……その差異から生じる必要性のために遺産確認の訴えを認めることは、分割前の遺産の共有が民法 249 条以下に規定する共有と基本的に共同所有の性質を同じくすることと矛盾するものではない」

【最判平 22.10.8】定額郵便貯金債権の遺産確認請求の可否(肯定)[平 21 受 565]

郵便貯金法「は定額郵便貯金債権の分割を許容するものではなく、同債権は、その預金者が死亡したからといって、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはない…(から)…同債権の最終的な帰属は、遺産分割の手続において決せられるべきことになる……から、遺産分割の前提問題として、民事訴訟の手続において、同債権が遺産に属するか否かを決する必要性も認められる……共同相続人間において、定額郵便貯金債権が現に被相続人の遺産に属することの確認を求める訴えについては、その帰属に争いがある限り、確認の利益がある」

（古田補足）定額郵便貯金は分割払戻ししないことが法律上定められており、相続しても同じ

（千葉補足）分割債権は、各部分につき独立して履行請求できるが、これができず、準共有の状態にある。

・特別受益財産に関する確認の訴え

【最判平 7.3.7】特別受益財産であることの確認請求(否定)[平 3 才 252]

対象物件が民 903 のみなし相続財産であることの確認請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

民 903-1「は、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額に特別受益財産の価額を加えたものを具体的な相続分を算定する上で相続財産とみなすこととしたものであつて、これにより、特別受益財産の遺贈又は贈与を受けた共同相続人に特別受益財産を相続財産に持ち戻すべき義務が生ずるものでもなく、また、特別受益財産が相続財産に含まれることになるものでもない。そうすると、ある財産が特別受益財産に当たることの確認を求める訴えは、現在の権利又は法律関係の確認を求めるものということとはできない」

「過去の法律関係であっても、それを確定することが現在の法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために最も適切かつ必要と認められる場合には、その存否の確認を求める訴えは確認の利益があるものとして許容される（最判昭 47.11.9 参照）が、ある財産が特別受益財産に当たるかどうかの確認は、具体的な相続分又は遺留分を算定する過程において必要とされる事項にすぎず、しかも、ある財産が特別受益財産に当たることが確定しても、その価額、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の全範囲及びその価額等が定まらなければ、具体的な相続分又は遺留分が定まることはないから、右の点を確認することが、相続分又は遺留分をめぐる紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならない……ある財産が特別受益財産に当たるかどうかは、遺産分割申立事件、遺留分減殺請求に関する訴訟など具体的な相続分又は遺留分の確定を必要とする審判事件又は訴訟事件における前提問題として審理判断されるのであり、右のような事件を離れて、その点のみを別個独立に判決によって確認する必要もない……特定の財産が特別受益財産であることの確認を求める訴えは、確認の利益を欠く」

【最判平 12.2.24】具体的相続分確認請求の可否(否定)[平 11 受 110]

「原告の母訴外大崎富喜子を被相続人、原告を共同相続人とする、別紙遺産目録記載の同被相続人の遺産

の分割における、民法九〇三条一項に基づく、被告の具体的相続分の価額は金 2,0169,8500 円、同相続分率は 0.502679 (2,0169,8500/4,0124,7000) を超えないことを確認する」→一審却下→控訴棄却→上告棄却
「具体的相続分は、このように遺産分割手続における分配の前提となるべき計算上の価額又はその価額の遺産の総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはできず、遺産分割審判事件における遺産の分割や遺留分減殺請求に関する訴訟事件における遺留分の確定等のための前提問題として審理判断される事項であり、右のような事件を離れて、これのみを別個独立に判決によって確認することが紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要であるということとはできない。したがって、共同相続人間において具体的相続分についてその価額又は割合の確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして不適法である」

第6款 形成の訴えの利益

1. 形成の訴えの利益について、訴訟係属中に形成の実益が失われた場合に関して、判例を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
 - ・原則：形成訴訟は法に規定があるから、規定の要件を満たせば当然に訴えの利益が認められる
 - ・例外：訴訟係属中の訴訟外の事実の変動により当該権利関係が過去のものとなった場合
→過去の権利関係の変動を求めることについて原告がなお法律上の利益を有する場合に限る
例：取締役選任株主総会決議→任期満了や同一内容の決議が再度あった場合は訴えの利益消滅
←上訴して引き延ばせば原告の本案判決を求める権利を否定できる
←単に個別的利益だけではなく、違法性の除去それ自体に原告は法的利益を有する

* 行政訴訟

【最大判昭 28.12.23】皇居外苑使用不許可事件(否定)[27003243]

一審(1952.4.28)：不許可処分取り消し→被告控訴：請求全部棄却(訴えの利益を欠く)→上告棄却
1951.11.10 付、1952.5.1 メーデーへの皇居外苑使用不許可への取消請求。1952.4.28 に一審判決が出たが、国は控訴し、訴えの利益を欠くとして原告敗訴。

【最大判昭 40.4.28】郵便職員が免職処分後公職に立候補した場合(肯定←給与請求権等)

【最判平 12.11.10】衆議院補選無効確認で衆議院が解散した場合(否定)[平 11 行ツ 16]

「平成一二年六月二日に衆議院が解散されたことは公知の事実であり、解散によって右選挙の効力は将来に向かって失われたものと解すべきであるから、本件訴えはその法律上の利益を失ったものといわなければならない」

* 会社関係訴訟

【最判昭 45.4.2】取締役全員退任後の取締役選任決議取消請求(否定)[昭 44 才 1112]

取締役選任の株主総会決議取消等請求→一審：認容→控訴：変更(決議取消部分のみ取消却下)→上告棄却
「形成の訴は、法律の規定する要件を充たすかぎり、訴の利益の存するのが通常であるけれども、その後の事情の変化により、その利益を欠くに至る場合がある(最判昭 37.1.19 参照)。しかして、株主総会決議取消の訴は形成の訴であるが、役員選任の総会決議取消の訴が係属中、その決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によつて取締役ら役員が新たに選任され、その結果、取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなつたときは、右の場合に該当するものとして、特別の事情のないかぎり、決議取消の訴は実益なきに帰し、訴の利益を欠くに至る」原告はなお会社の利益のために必要というが、それについて何らの立証もしないので、却下を免れない

【最判平 4.10.29】同一内容決議後の株主総会決議取消請求(否定)[平 1 才 605]

株式会社ブリヂストン宛退職慰労金の株主総会決議取消等請求→一審：退職慰労金部分のみ取消認容、他棄却→被告控訴：取消却下(費用は被告 2/3)→上告棄却

「本件においては、仮に第一の決議に取消事由があるとしてこれを取消したとしても、その判決の確定により、

第二の決議が第一の決議に代わってその効力を生ずることになるのであるから、第一の決議の取消しを求める実益はなく、記録を検討しても、他に本件訴えにつき訴えの利益を肯定すべき特別の事情があるものとは認められない。論旨はまた、取締役等に対する過料の制裁を求める上で第一の決議の取消しを求める必要があることを理由に本件訴えにつき訴えの利益があるとも主張するが、右の制裁を求める上で第一の決議の取消しは法律上必要でなく、単なる立証上の便宜を図る必要性をもって訴えの利益があるものとするとはできない」

【最判平 11.3.25】 先行関係にある役員選任決議の不存在確認請求(肯定)[平 10 才 1183]

①～⑧決議不存在確認請求→一審：③⑧棄却、他却下→控訴(⑨決議追加)：変更、③⑨棄却、他却下→上告棄却
①決議で役員選任が議長一任だったとして、その後の⑨決議までの不存在を主張するもの(①④⑤⑥⑦⑧⑨決議は役員選任、うち⑥⑦は実際には行われず、②③はそれ以外の決議)。なお、提訴は②③の間。

「取締役及び監査役を選任する株主総会決議が存在しないことの確認を求める訴訟の係属中に、後の株主総会決議が適法に行われ、新たに取締役等が選任されたときは、特別の事情のない限り、先の株主総会決議の不存在確認を求める訴えの利益は消滅する……取締役を選任する先の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては、その総会で選任されたと称する取締役によって構成される取締役会の招集決定に基づき右取締役会で選任された代表取締役が招集した後の株主総会において新たに取締役を選任する決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、法律上存在しないものといわざるを得ず、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないこととなる(最判平 2.4.17)。右は、後にされた決議が監査役を選任するものであっても、同様……右のような事情の下で瑕疵が継続すると主張されている場合においては、後行決議の存否を決するためには先行決議の存否が先決問題となり、その判断をすることが不可欠である。先行決議と後行決議がこのような関係にある場合において、先行決議の不存在確認を求める訴えに後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されているときは、後者について確認の利益があることはもとより、前者についても、民訴法一四五条一項の法意に照らし、当然に確認の利益が存するものとして、決議の存否の判断に既判力を及ぼし、紛争の根源を絶つことができる」

→⑨の役員は現在し、⑧の監査役も現在する。①④⑤⑧は⑨らの先行関係として訴えの利益がある。原審は実体審理もしており、それに基づけばいずれも棄却となるべきで、不利益変更禁止の原則から却下とする。

【最判平 21.4.17】 会社破産と役員選任決議不存在確認請求(肯定)[平 20 受 951]

役員選任株主総会・取締役会決議不存在確認請求→一審：認容→控訴：取消・却下→上告：破棄差戻し
解任された取締役らが請求したもの。一審継続中に被告会社が破産し破産管財人が選任された。

「民法 653 条は、委任者が破産手続開始の決定を受けたことを委任の終了事由として規定するが、これは、破産手続開始により委任者が自らすることができなくなった財産の管理又は処分に関する行為は、受任者もまたこれを行うことができないため、委任者の財産に関する行為を内容とする通常の委任は目的を達し得ず終了することによるものと解される。会社が破産手続開始の決定を受けた場合、破産財団についての管理処分権限は破産管財人に帰属するが、役員を選任又は解任のような破産財団に関する管理処分権限と無関係な会社組織に係る行為等は、破産管財人の権限に属するものではなく、破産者たる会社が自ら行うことができるというべきである。そうすると、同条の趣旨に照らし、会社につき破産手続開始の決定がされても直ちには会社と取締役又は監査役との委任関係は終了するものではないから、破産手続開始当時の取締役らは、破産手続開始によりその地位を当然には失わず、会社組織に係る行為等については取締役らとしての権限を行使し得る……(最判平 16.6.10 参照)……株式会社の取締役又は監査役の解任又は選任を内容とする株主総会決議不存在確認の訴えの係属中に当該株式会社が破産手続開始の決定を受けても、上記訴訟についての訴えの利益は当然には消滅しない」

第7款 当事者適格

1. 当事者適格の意義及びそのような概念が必要とされる理由について、当事者概念や当事者の確定との関係も踏まえて、説明することができる。
 - ・ 特定の訴訟上の請求につき、当事者として訴訟を進行し、本案判決を求めうる資格
→なければ不適法で却下。なお、当事者の権能とみると「訴訟追行権」という
 - * 正当な当事者：当事者適格を有する当事者（⇔当事者能力や訴訟能力は事案を問わない）
 - * 原則は当事者それぞれにつき判断される ⇔ 固有必要的共同訴訟では全員揃わないと不適法
2. 当事者適格の判断基準に関する基本的な考え方を理解している。各訴訟類型に応じた当事者適格の判断基準について、説明することができる。

- ・ 原則：訴訟物たる権利関係の主体であると主張し主張される者

- * 例外：訴訟担当、他人間の権利関係の主体ではないが独自の法律上の利益を有する場合

【大判昭 5.7.14】

【最判昭 30.12.26】推定相続人の確認判決の訴えの利益を否定[前掲]

【最判平 6.10.13】特別縁故者の遺言無効確認の訴えの利益を否定[前掲]

- ・ 給付の訴え

- * 原告：自らに給付請求権ありと主張する者

- * 被告：給付義務があると原告に主張される者

- ・ いずれも主張だけでよく、立証がないと請求棄却判決となる

【最判平 23.2.15】原告適格の判断[平 21 受 627]

管理費支払・不法行為損賠請求（原告はマンション管理組合、被告は区分所有者）→一審：一部認容→控訴：取消・却下（共用部分は区分所有者の共有だから区分所有者がすべき）→上告：破棄差戻し

「給付の訴えにおいては、自らがその給付を請求する権利を有すると主張する者に原告適格があるというべきである。本件各請求は、上告人が、被上告人らに対し、上告人自らが本件各請求に係る工作物の撤去又は金員の支払を求める権利を有すると主張して、その給付を求めるものであり、上告人が、本件各請求に係る訴えについて、原告適格を有することは明らかである」（被告が共用部分を無断で改造工事したとされたもの）

【最判昭 61.7.10】被告適格の判断[昭 58 才 582]

管理組合宛妨害排除等請求→原審：一部却下→上告：一部棄却、一部却下(上告理由不提出)

「原審は、本件部屋に対する所有権に基づく本件設備の撤去請求について、被上告人らには本件設備を撤去する権限がないから被告適格を欠く不適法な訴えであるとしてこれを却下したが、給付の訴えにおいては、その訴えを提起する者が給付義務者であると主張している者に被告適格があり、その者が当該給付義務を負担するかどうかは本案請求の当否にかかわる事柄ゆえ適法。被告に権限がないから請求棄却。不利益変更禁止ゆえ上告棄却。

- ・ 確認の訴え

- * 原告適格：法人内部の争いでは、それに法律上の利害関係が必要

【最判平 7.2.21】宗教法人の代表役員たる地位の存否確認の原告適格[平 3 才 1503]

訴外Aが被告代表役員でないことの確認、同代表役員就任登記抹消請求(原告は氏子総代)→一審：認容→控訴棄却→上告：一部破棄自判（取消・却下）、他棄却

「本件訴えは、被上告人らが、自らの地位ないし権利関係についての確認等を請求するものではなく、上告補助参加人が上告人の代表役員の地位にないことの確認及びこれを前提に前記登記の抹消をそれぞれ請求するもの

であるから、その訴えの利益、また、したがって原告適格を肯定するには、組織上、被上告人らが上告人の代表役員の任免に関与するなど代表役員の地位に影響を及ぼすべき立場にあるか、又は自らが代表役員によって任免される立場にあるなど代表役員の地位について法律上の利害関係を有していることを要する」「宗教法人法及び本件神社規則によれば、上告人の責任役員は、代表役員の任免に直接関与する立場にあり、また、氏子総代も、総代会の構成員として責任役員を選考し、ひいては代表役員の地位に影響を及ぼすべき立場にあるということが出来るから、上告人の責任役員及び氏子総代は、いずれも上告人の代表役員の地位の存否の確認等を求める訴えの原告適格を有するというべきである。しかしながら、氏子は、上告人の機関ではなく、代表役員の任免に関与する立場にないのみならず、自らが代表役員によって任免される立場にもないなど代表役員の地位について法律上の利害関係を有しているとはいえないから、右確認等を求める訴えの原告適格を有しない」

【最判平 8.6.24】宗教法人の代表役員たる地位の真否確認の原告適格[平 7 才 823]

宗教法人役員地位不存在確認請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄自判（取消・却下）

「被上告人においては、宗教上の地位である住職の地位にある者を代表役員（責任役員を兼ねる）に充てることになっているが、長男の権利放棄が長男以外の者を住職の地位に任命するための要件になっているとは認められず……その他に上告人が被上告人の代表役員等の地位について何らかの法律上の利害関係を有する地位にあることを肯認するに足りる事情は認められないから、前任職岡崎芳麿の長男であるにすぎない上告人は、本件訴えについて原告適格を有しない（最判平 7.2.21 参照）」（前任職の長男が原告、五男が住職の宗教法人が被告）

【最判平 6.5.31】入会団体・登記名義人たるその構成員の原告適格[平 3 才 1724]

○入会団体の原告適格「入会権は権利者である一定の村落住民の総有に属するものであるが（最判昭 41.11.25）、村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認請求訴訟を進行する原告適格を有する……ただし、訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄であるところ、入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習等の規律に服する団体的色彩の濃い共同所有の権利形態であることに鑑み、入会権の帰属する村落住民が権利能力のない社団である入会団体を形成している場合には、当該入会団体が当事者として入会権の帰属に関する訴訟を進行し、本案判決を受けることを認めるのが、このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切であるからである」ただし、当該不動産処分に必要な総会議決等が必要。入会団体が敗訴すると、構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと同じで、「入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられないからである」

○登記名義人たる入会団体構成員の原告適格「権利能力のない社団である入会団体において、規約等に定められた手続により、構成員全員の総有に属する不動産につきある構成員個人を登記名義人とすることとされた場合には、当該構成員は、入会団体の代表者でなくても、自己の名で右不動産についての登記手続請求訴訟を進行する原告適格を有する」入会団体の名前で登記できず、代表者でない構成員をもって登記しても公示の機能を果たさないとはいえないから「右構成員は構成員全員のために登記名義人になることができ……右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を進行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそつもの」これは訴訟信託の禁止に反しない。

* 被告適格

【最判昭 44.7.10 民集 23-8-1423】銀閣寺事件[前掲 昭 41 才 805]

臨濟宗相国寺派宛責任役員・代表役員・住職地位確認請求→一審：棄却→控訴：取消・確認（住職却下）→被告上告：破棄自判（却下）・他上告棄却

「被上告人は、本訴において、宗教法人慈照寺を相手方とすることなく、上告人らに対し、被上告人が同宗教法人の代表役員および責任役員の地位にあることの確認を求めている……このように、法人を当事者とするとな

く、当該法人の理事者たる地位の確認を求める訴を提起することは、たとえ請求を認容する判決が得られても、その効力が当該法人に及ばず、同法人との間では何人も右判決に反する法律関係を主張することを妨げられないから、右理事者の地位をめぐる関係当事者間の紛争を根本的に解決する手段として有効適切な方法とは認められず……即時確定の利益を欠き、不適法な訴として却下を免れない（最判昭 42.2.10,同 43.12.24 参照）」

【最判平 9.1.28】新株発行不存在確認の被告適格（旧法下） [平 5 才 316]

「商法は、このように新株発行無効の訴えを創設しているが、新株発行不存在確認の訴えについては何ら規定するところがない…（が実体上不存在なのに登記がある場合など）…新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある。したがって、商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、この場合、新株発行無効の訴えに対比して出訴期間、原告適格等の訴訟要件が問題となるが、この訴えは少なくとも、新株発行無効の訴えと同様に、会社を被告としてのみ提起することが許される」（被告が他の株主ゆえ却下）

- ・ 形成の訴え：通常は根拠法規で当事者が法定されている

＊ 原則：判決で変動の対象となる法律関係の主体となる者

- ・ 会社関係

【最判昭 36.11.24】株主総会等決議取消の訴えでの被告適格[昭 34 才 250]

「第三者が同条の規定により訴訟に参加することが許されるためには、当該訴訟の目的が当事者の一方および第三者について合一にのみ確定すべき場合であることのほか、当該訴訟の当事者となりうる適格を有することが要件となつてはいることは、同条の法意に徴し、明らかである。すなわち、上告人の本件参加の申出が許されるためには、上告人は本件訴訟の被告となりうる適格を有しなければならないのである。ところが、本件訴訟の被告となりうる者は、その性質上、被上告人会社に限られると解するのが相当であるから、上告人が本件訴訟の被告となる適格を有しないことは自明の理である」（原審も同じ。決議で選任された取締役の共同訴訟参加の可否）

【最判平 10.3.27】取締役解任の訴えの被告(会社と当該取締役双方) ※旧法下

【東京地判平 13.3.29】株主代表訴訟の原告(株式移転の効力発生後は不可) ※旧法下

- ・ 境界確定訴訟：隣り合う土地の所有者に認められる

【最判昭 58.10.18】一筆の土地の一部の時効取得後も当事者適格肯定[前掲]

【最判平 7.3.7】時効取得で境界線の全部に接しなくても当事者適格肯定[前掲]

【最判平 11.2.26】一筆の土地の一部譲渡で境界線の全部に接しなくても当事者適格肯定[前掲]

【最判平 7.7.18】土地全部が時効取得され所有権を失うと当事者適格がなく却下[前掲]

- ・ 特別な当事者適格：遺言執行者は訴訟担当とされている

【最判昭 43.5.31】遺言執行者存在時の受遺者の登記請求の被告適格[昭 42 才 1023]

「遺言の執行について遺言執行者が指定されまたは選任された場合においては、遺言執行者が相続財産の、または遺言が特定財産に関するときはその特定財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し、相続人は相続財産ないしは右特定財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることはできない…から（民 1012～1014）、本訴のように、特定不動産の遺贈を受けた者がその遺言の執行として目的不動産の所有権移転登記を求める訴において、被告としての適格を有する者は遺言執行者にかざられるのであつて、相続人はその適格を有しない」（受遺者が相続人に登記請求したもの、当事者適格審査のため破棄差戻し）

【最判昭 51.7.19】遺言執行者存在時の包括受遺者の登記請求の被告適格[昭 51 才 190]

「遺言の執行につき遺言執行者がある場合においては、特定不動産の遺贈を受けた者であると、包括受遺者であるとを問わず、受遺者がその遺言の執行として目的不動産の所有権移転登記手続を求める訴の被告としての適格を有する者は、遺言執行者に限られる…（最判昭 43.5.31）」

【最判平 10.2.27】「相続させる」遺言の場合の遺言執行者の当事者適格[平 7 才 1993]

「特定の不動産を特定の相続人に相続させる趣旨の遺言をした遺言者の意思は、右の相続人に相続開始と同時に遺産分割手続を経ることなく当該不動産の所有権を取得させることにあるから（最判平 3.4.19 参照）、その占有、管理についても、右の相続人が相続開始時から所有権に基づき自らこれを行うことを期待しているのが通常であると考えられ、右の趣旨の遺言がされた場合においては、遺言執行者があるときでも、遺言書に当該不動産の管理及び相続人への引渡しを遺言執行者の職務とする旨の記載があるなどの特段の事情のない限り、遺言執行者は、当該不動産を管理する義務や、これを相続人に引き渡す義務を負わない……遺言執行者があるときであっても、遺言によって特定の相続人に相続させるものとされた特定の不動産についての賃借権確認請求訴訟の被告適格を有する者は、右特段の事情のない限り、遺言執行者ではなく、右の相続人である」：土地賃借権確認（遺言執行者が被告、原審は本案判決、破棄自判で取消却下）

【最判平 11.12.16】他の相続人の移転登記後の「相続させる」遺言と遺言執行者[28042855]

「特定の不動産を特定の相続人甲に相続させる趣旨の遺言（相続させる遺言）は、特段の事情がない限り、当該不動産を甲をして単独で相続させる遺産分割方法の指定の性質を有するものであり、これにより何らの行為を要することなく被相続人の死亡の時に直ちに当該不動産が甲に相続により承継される…（最判平 3.4.19 参照）。…相続させる遺言が右のような即時の権利移転の効力を有するからといって、当該遺言の内容を具体的に実現するための執行行為が当然に不要になるというものではない」「不動産取引における登記の重要性にかんがみると、相続させる遺言による権利移転について対抗要件を必要とすると解すると否とを問わず、甲に当該不動産の所有権移転登記を取得させることは、民法 1012 条 1 項にいう「遺言の執行に必要な行為」に当たり、遺言執行者の職務権限に属する……もっとも、登記実務上、相続させる遺言については不動産登記法二七条により甲が単独で登記申請をすることができるとされているから、当該不動産が被相続人名義である限りは、遺言執行者の職務は顕在化せず、遺言執行者は登記手続をすべき権利も義務も有しない（最判平 7.1.24 参照）。しかし、本件のように、甲への所有権移転登記がされる前に、他の相続人が当該不動産につき自己名義の所有権移転登記を経由したため、遺言の実現が妨害される状態が出現したような場合には、遺言執行者は、遺言執行の一環として、右の妨害を排除するため、右所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができ、さらには、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めすることもできる……この場合には、甲において自ら当該不動産の所有権に基づき同様の登記手続請求をすることができるが、このことは遺言執行者の右職務権限に影響を及ぼすものではない……したがって、一番原告は、新遺言に基づく遺言執行者として、一番被告利朗に対する本件訴えの原告適格を有する」

○当事者参加人の遺言執行者に対する遺留分減殺請求権に基づく共有持分権確認請求の可否

「当事者参加人らはそれぞれ被相続人の相続財産について三二分の一の遺留分を有しており、一方、遺言執行者である一番原告は、一番被告利朗に対し、本件一土地について吉野キヨらへの、本件二土地の持分二分の一について一番被告利一への各持分移転登記手続を求めている、これが遺言の執行に属することは前記のとおりである。そして、一番原告の右請求の成否と当事者参加人らの本件一及び二土地についての遺留分減殺請求の成否とは、表裏の関係にあり、合一確定を要するから、本件一及び二土地について当事者参加人らが遺留分減殺請求に基づき共有持分権の確認を求める訴訟に関しては、遺言執行者である一番原告も当事者適格（被告適格）を有する……これに対し、本件三ないし五土地については、被相続人の新遺言の内容に符合する所有権移転登記が經由されるに至っており、もはや遺言の執行が問題となる余地はないから、一番原告は、右各土地について共有持分権の確認を求める訴訟に関しては被告適格を有しない」（一部破棄差戻し）

第3節 訴えの提起

第1款 方式

1. 訴状の記載事項を挙げ、必要的記載事項とその他の記載事項の区別を理解している。
 - ・ 訴えの提起は訴状を裁判所に提出して行う(§133-1)
 - * 訴状に必要なもの
 - ・ 必要的記載事項：当事者及び法定代理人・請求の趣旨及び原因(§133-2)
 - ・ 作成者たる原告又は代理人の記名押印(則 2-1)
 - ・ 被告に送達するための副本(§138-1,則 58-1)、印紙の貼付
 - ・ 書類の添付(則 55)：登記事項証明書や手形の写し、重要な証拠となるべき文書の写し
 - ・ 簡裁の特則
 - * 書面によらない口頭での起訴も認められる(§271,273)
 - 訴状記載事項該当事項を裁判所書記官の面前で原告が陳述し、書記官が調書に記載(則 1-2)
 - 調書の謄本が被告に送達される(則 40-2)、手数料は調書への印紙貼付が原則(民訴費 8)
 - * 請求の原因に代えて紛争の要点を明らかにすれば足りる(§272)
 - ・ 当事者及び法定代理人の表示
 - * 原告・被告が他の者から識別できる程度に特定される必要
 - 氏名・名称及び住所が原則(則 2-1)、訴状上の表示のみで特定すべき(別紙記載は不可)
 - 訴訟担当・職務上の当事者は肩書必要(「破産者甲破産管財人乙」等)
 - ∴ 判決の効力が被担当者に及ぶことを明確にするため
 - * 法定代理人・法人の代表者を欠くと却下、訴訟代理人は手続上の義務として必要(則 2-1)
2. 請求の趣旨及び請求の原因の概念を理解し、訴えの類型に応じて説明することができる。
 - ・ 請求の趣旨
 - = 訴えをもって審判を求める請求の表示 → 原則として請求認容の判決主文に対応
 - 請求を特定し、被告の防御の目標を定める(複数の主張方法があり、特定しない場合もある)
 - * 給付の訴え：債務名義として執行により実現されるべき被告の義務を明らかにする
 - * 確認の訴え：積極的又は消極的に確認する内容
 - * 形成の訴え：形成の訴えによって実現されるべき法律関係の変動の宣言

【名古屋高判昭 60.4.12】抽象的不作為請求の適法性[27425899]

東海道新幹線騒音及び振動の侵入禁止請求

「実体法上は、一般に債権契約に基づいて、(手段方法は問わず)結果の実現のみを目的とする請求権を発生せしめ、これを訴求し得ることは疑いないところであるから、被告のいうようにある結果の到達を目的とする請求が常にその手段たる具体的な作為・不作為によって特定されなければならないものではない。そして、まさに、作為または不作為義務の強制執行につき代替執行により得ない場合に備えて間接強制がみとめられているのであるから、代替執行が許されないからといって直ちに執行が不可能であるというのは正当ではない。要するに、代替執行が可能であるように請求を構成しなければ訴訟上の請求として特定しないというべき根拠はない」「本件のごときいわゆる抽象的不作為判決は間接強制の方法によることができるから、かかる判決を求める申立も不適法ということとはできず」被告の却下の主張は採用できない。

* 期限または条件の付与

- ・ 期限：現在の権利関係を訴訟物として主張するから、許されない（例外：将来の給付）
- ・ 条件：審判の対象の特定を妨げる場合は不可、妨げないならよい（予備的申立て・代償請求）

・ 請求の原因

= 請求の趣旨に表示され又はその内容たる給付・形成を基礎づける権利関係を成立させる事実

∴ 請求の趣旨だけでは訴訟物が特定されない場合があるから

→ 請求の趣旨で特定される場合、原因は「追って明らかにする」などでも訴状却下不可

* 狭義の請求原因：請求の趣旨にある給付がどの請求原因事実による給付請求権に対応するか

← §133-2:2 の請求原因はこれ(則 53-1) 例：金銭給付請求の原因たる特定の売買契約等

※ 記載を欠き、補正されないと裁判長は命令で訴状を却下する(§137-2)

* 広義の請求原因：請求を理由づける事実 ← 手続上の義務として記載が必要(則 53-1)

則 53-1 訴状には、請求の趣旨及び請求の原因（請求を特定するのに必要な事実をいう。）【= 狭義の請求原因】を記載するほか、請求を理由づける事実【= 広義の請求原因】を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない

3. 提訴手数料の制度の概要を理解している。(→ 訴訟費用)

・ 訴状又は起訴調書に訴額に応じた申立手数料を納付するための印紙貼付が必要(民訴費 3,4,8)

→ 納付しないと不適法な申立てとして裁判長の命令で却下される(§137, 民訴費 5)

4. 訴状提出後の裁判所の手続（訴状の審査・送達、補正命令、訴状却下命令、第 1 回口頭弁論期日の指定、訴訟進行に関する意見聴取等）について、条文を参照して説明することができる。

・ 訴状の配布：裁判所の事務分配の定めにより、特定の裁判体に配布する

・ 訴状の審査(§137)：訴状の必要的記載事項欠缺・手数料不納付の場合

→ 裁判長の補正命令(#1、則 56)、補正しない場合は訴状却下命令(#2、#3:即時抗告可)

→ 欠缺が認められず、又は補正されたときは送達される

※ 形式的要件の欠缺看過で送達後に裁判所が欠缺を発見した場合

→ §137 類推適用で補正を命じ、応じない場合は裁判所の判決をもって訴え却下とする

※ 訴状自体から訴訟要件や本案要件の欠缺が明白（訴えが不適法で補正不能）

→ 訴状を受理し訴えを却下する(§140:口頭弁論を経ない訴えの却下)

【東京高決昭 38.9.16】 必要的記載事項欠缺がなければ受理しなければならない[昭 38 ラ 413]

訴状の請求の趣旨によれば「審判を求める事項及びその範囲そのものは一応確定されておりその請求を他より識別することが可能であるから、結局前記訴状は請求の趣旨及び原因の各記載を形式上具備するもの」で「右のような確認の請求が訴訟要件を具備するか否か、或は理由があるか否かの判断は裁判所の判決事項であつて、裁判官の訴状審査権には属しないから、裁判官はこのような要件を具備すると否とを問わず形式上適式な訴状はこれを受理しなければならない」（訴状却下命令への即時抗告事件、認容）

【最判平 8.5.28】 口頭弁論を経ずに却下する場合の訴状の送達は不要[平 7 行ツ 67]

行政訴訟の敗訴が上告棄却で確定したのに、国を被告に判決無効確認の訴えを提起したもの。

「訴えが不適法な場合であっても、当事者の釈明によつては訴えを適法として審理を開始し得ることもあるから、そのような可能性のある場合に、当事者にその機会を与えず直ちに民訴法二〇二条を適用して訴えを却下することは相当とはいえない。しかしながら、裁判制度の趣旨からして、もはやそのような訴えの許されないことが明

らかであって、当事者のその後の訴訟活動によって訴えを適法とすることが全く期待できない場合には、被告に訴状の送達をするまでもなく口頭弁論を経ずに訴え却下の判決をし、右判決正本を原告にのみ送達すれば足り、さらに、控訴審も、これを相当として口頭弁論を経ずに控訴を棄却する場合には、右被告とされている者に対し控訴状及び判決正本の送達をすることを要しない……けだし、そのような事件において、訴状や判決を相手方に送達することは、訴訟の進行及び訴えに対する判断にとって、何ら資するところがないからである」

- ・ 訴状の送達(§138,則 58) : 原告提出の副本を送達、事務は裁判所書記官が取り扱う(§98)
 - 効果 : 訴訟係属 (= 裁判所と両当事者の間に訴訟法律関係が成立する)
 - * 送達不可(住所違い、法定代理人がいるのにその表示がない等)、送達費用の予納がないとき
 - 裁判長の補正命令、応じない場合は命令却下、即時抗告可(§138-2→137)
 - * 被告の住居所等送達すべき場所が不明 → 公示送達できる(§110)
- ・ 第1回口頭弁論期日の指定・呼出(§139,則 60)
 - * 呼出状の送達など相当と認められる方法による(§94-1)
 - * 呼出費用の予納がない場合の訴えの却下(§141) : 被告に異議がない場合に限る、即時抗告可
 - * 第1回期日は原則として訴え提起から30日以内(則 60-2)
 - ←口頭弁論を指定せず、直ちに弁論準備手続・書面による準備手続に付してもよい(則 60-1)
- ・ 最初の口頭弁論期日前における参考事項の聴取(則 61) : 裁判長の裁量
 - * 被告欠席や公示送達の見込みの有無、和解の希望などの聴取ができる

第2款 効果

1. 訴え提起の効果の主要なものを挙げるができる。訴訟係属の概念を理解している。

・ 訴訟係属：訴状副本が被告に送達され、裁判所と両当事者間に訴訟法律関係が成立した状態
→ 訴訟参加・引受け・訴訟告知などの前提、関連裁判籍の発生、二重起訴の禁止など

・ 訴え提起の実体法上の効果

* 期間進行が止まるもの = 訴え提起時

・ 例：時効中断(民 147-1)、出訴期間その他除斥期間の遵守(民 201:占有回収,747-2:婚姻取消,777:嫡出否認、会社 828-1/831-1:組織に関する訴、行訴 14-1:取消訴訟)

→ 訴えが却下・取下げとなると効果消滅、棄却は権利自体否定、確定後再進行

・ 権利行使説：権利行使が行われなかった（取下げ）／権利行使資格がなかったから（却下）

・ 権利確定説：時効中断は判決によって権利が確定されるから生じるに過ぎない

* 期間進行が始まるもの = 訴状送達時

・ 例：訴状送達時：悪意占有の擬制(民 189-2)、手形裏書人の償還請求権の時効進行(手形 70)

→ 却下・取下げは当初から進行しなかったことになる

※ 時効中断の効果を生じさせる訴訟行為

→ 訴え提起（給付訴訟、積極的確認の訴え）、消極的確認の訴えに対する権利存在を言う応訴、

攻撃防御方法で権利行使の意思が訴訟上明確になされたもの

【最大判昭 43.11.13】 攻撃防御方法でも時効中断の効力は生じうる[昭 41 才 984]

訴え提起後に答弁書で被告が所有権を主張し、その後原告が答弁書後の取得時効の完成を予備的に主張したものの「被上告人らの右答弁書による所有権の主張は、その主張が原審で認められた本件においては、裁判上の請求に準ずるものとして民法一四七条一号の規定により上告人らの主張する二〇年の取得時効を中断する効力を生じたものと解すべきである。けだし、原判決は、本件係争物件につき、上告人らに所有権（共有権）に基づく所有権移転登記請求権がないことを確定しているに止まらず、進んで被上告人らにその所有権（共有権）があることを肯定していると解されるのであるから、時効制度の本旨にかんがみ、被上告人らの前示主張には、時効中断の関係においては、所有権そのものに基づく裁判上の請求に準じ、これと同じ効力を伴う」

2. 重複する訴えの禁止の趣旨及び制度の概要を理解している。

・ 裁判所係属事件についての重複起訴の禁止(§142)

* 趣旨：審理の重複による無駄を省く、矛盾した既判力ある判断の防止、被告の応訴の煩

【最判昭 48.4.24】 債権者代位権による訴訟への債務者の独立当事者参加[昭 47 才 908]

「債権者が民法四二三条一項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であつても、債務者が民訴法七一条により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民訴法二三条の重複起訴禁止にふれるものではない……けだし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審理の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。したがつて、債務者の右訴は、債権者の代位訴訟が係属しているというだけでただちに不適法として排斥されるべきものと解すべきではない」

【最判平 3.12.17】 別訴の訴訟物たる債権による相殺の禁止[後掲 昭 62 才 1385]

「民訴法二三条が重複起訴を禁止する理由は、審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するため」

- ・要件：当事者及び事件の同一性（裁判所の同一性は不要）
 - * 対象は独立の訴えの提起のみ → 不存在確認請求に反訴で給付訴訟を提起するのはよい
 - * 当事者の同一性：被告と原告の反転、訴訟担当者と被担当者の違いは同一とみなされる
- 【大判昭 14.5.16】債権者代位権の債務者の別訴提起は二重起訴で禁止[昭 13 才 1901]
- 要旨「債権者力民法第 4 2 3 条第 1 項ニ依リ代位権ヲ行使シテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ債務者ニ対シ其ノ事実ヲ通知スルカ又ハ債務者ニ於テ之ヲ了知スルトキハ債務者ハ自ラ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス」
- * 事件の同一性
 - ・訴訟物が同一である場合：請求の趣旨は異なっても、原因を考慮すると同一たりうる（→債務不存在確認請求と給付訴訟など）
 - ・訴訟物が同一でない場合：例外的に認める説がある、通説は認めないが類推適用説あり
 - 例外：権利関係の基礎たる社会生活関係が同一で、主要な法律要件事実を共通にする場合
 - ∴旧民訴は同一の「訴訟物」だったが現民訴は「事件」で、訴訟物に一致する必要はない
 - ∴重複起訴禁止の趣旨からして審理内容の重複・抵触が生じ得る場合は含むべき
 - 例：賃借権に基づく引渡請求と賃借権確認（判例は別訴肯定【最判昭 33.3.25】）
 - 所有権に基づく引渡請求と所有権確認、請求権競合
- 【最判平 16.3.25】債務不存在確認と給付請求は重複起訴になる[平 13 受 723]
- 会社の代表が多額の生命保険を契約し自殺したあと、自殺 1 年以上前の生命保険受取人→保険会社への保険金請求（第 1 事件）、自殺 1 年以内の保険会社→受取人の保険金支払債務不存在確認請求（第 2 事件）、その反訴の受取人→保険会社の保険金請求（第 3 事件）が併合審理されたもの
- 「第 2 事件の平成 7 年契約関係被上告人 5 社の上記保険金支払債務の不存在確認請求に係る訴えについては、第 3 事件の上告人らの平成 7 年契約に基づく保険金等の支払を求める反訴が提起されている以上、もはや確認の利益を認めることはできないから、平成 7 年契約関係被上告人 5 社の上記訴えは、不適法として却下を免れない」
- ・効果：訴訟要件であり、職権調査事項である（∴訴訟経済など当事者の都合だけではない）
 - * 原則：後訴は訴訟要件を欠くため不適法で却下
 - * 例外：後訴の却下が適切でない場合（後訴に訴えの利益があり、反訴として有効な場合など）
 - (移送して)弁論の併合をすべき(§152)
 - 例：債務存在確認訴訟に対する同一債権の給付訴訟（債務名義が取得できる）
 - * 二重起訴を看過して判決がされた場合：後訴は上訴で取消し得る
 - ※確定後は、提起の先後によらず、後の確定判決につき再審事由(§338-1:10)
- 3. 相殺の抗弁と重複する訴えの禁止の関係について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
- ・相殺の抗弁の既判力(§114-2)→債権の存否につき審理重複・既判力の矛盾抵触のおそれ
 - 重複起訴禁止原則の(類推)適用が認められる（有力）
 - #2 相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断は、相殺をもって対抗した額について既判力を有する
- ・抗弁後行型：先に訴求した債権を別訴で自働債権として相殺の抗弁を主張する場合
 - 併合審理でも不許 ∴確定後、裁判外で相殺の意思表示をすれば強制執行に請求異議が可能

※§142 類推による ∴ 抗弁の主張であって「訴えの提起」でないから、文言上直接適用は不可

【最判昭 63.3.15】 後行する相殺の抗弁は認められない[昭 58 才 1406]

仮払金返戻請求（解雇に対する賃金仮払い・地位保全仮処分申請が認められ強制執行後、高裁で賃金仮払いを取消却下し、地位保全のみとして確定、本案訴訟係争中に会社が仮払金の返還を求めたもの。本案訴訟で訴求中の賃金債権を自動債権に相殺の抗弁を提出した

「受働債権の給付請求権は、仮払仮処分の取消という訴訟法上の事実に基づいて発生し、本来、民訴法一九八条二項の原状回復請求権に類するものであり、右のように別訴で現に訴求中の本件自動債権をもつてする上告人らの相殺の抗弁の提出を許容すべきものとすれば、右債権の存否につき審理が重複して訴訟上の不経済が生じ、本件受働債権の右性質をも没却することは避け難いばかりでなく、確定判決により本件自動債権の存否が判断されると、相殺をもつて対抗した額の不存在につき同法一九九条二項による既判力を生じ、ひいては本件本案訴訟における別の裁判所の判断と抵触して法的安定性を害する可能性もにわかに否定することはできず、重複起訴の禁止を定めた同法二三条の法意に反することとなるし、他方、本件自動債権の性質及び右本案訴訟の経緯等に照らし、この債権の行使のため本案訴訟の追行に併せて本件訴訟での抗弁の提出をも許容しなければ上告人らにとつて酷に失すともいえないことなどに鑑みると、上告人らにおいて右相殺の抗弁を提出することは許されない」（岡補足）仮処分は多様で公平・利害調整の必要があるから不当利得の法理によって調整するのが妥当（伊藤反対）本件では地位保全仮処分も認容され、会社は労務受領を拒否しているため、危険負担又は受領遅滞により会社に賃金に準じた金員支払請求権を取得し、それを抗弁に主張しうるから、破棄差戻しすべき。

【最判平 3.12.17】 別訴の訴訟物たる債権による相殺の禁止[昭 62 才 1385]

先行する売買代金等請求事件で訴求中の債権を自動債権とする相殺の抗弁を後訴事件で提出したもの

「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自動債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されないと解するのが相当である（最判昭 63.3.15 参照）。すなわち、民訴法二三条が重複起訴を禁止する理由は、審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するためであるが、相殺の抗弁が提出された自動債権の存在又は不存在の判断が相殺をもつて対抗した額について既判力を有するとされていること（同法一九九条二項）、相殺の抗弁の場合にも自動債権の存否について矛盾する判決が生じ法的安定性を害しないようにする必要があるけれども理論上も実際上もこれを防止することが困難であること、等の点を考えると、同法二三条の趣旨は、同一債権について重複して訴えが係属した場合のみならず、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自動債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当するものであり、このことは右抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である」

* 後行する相殺の抗弁が許される例

【最判平 18.4.14】 反訴請求債権であれば相殺の抗弁も許される[平 16 受 519]

「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自動債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法 142 条の趣旨に反し、許されない（最判平 3.12.17 参照）。しかし、本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自動債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられない……この場合においては、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自動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るものと解するのが相当であって、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないことになるから……上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面によることを要せず、反訴被告の同意も要しない」

【最判平 10.6.30】 別訴で一部請求を明示し、残部を相殺の抗弁に用いた例[平 6 才 698]

相続がらみで訴訟の応酬があり、損賠 2.5 億のうち 0.4 億と明示して別訴で訴求後、この訴訟でその損賠請求

権のうち0.4億円を超える部分との相殺を抗弁として提出したもの。原審は認めなかった。

「一個の債権の一部であっても、そのことを明示して訴えが提起された場合には、訴訟物となるのは右債権のうち当該一部に限られ、その確定判決の既判力も右一部のみについて生じ、残部の債権に及ばないことは、当裁判所の判例とするところである（最判昭 37.8.10 参照）。この理は相殺の抗弁についても同様に当てはまることであって、一個の債権の一部をもってする相殺の主張も、それ自体は当然に許容されることである」

「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り、許される」→破棄差戻し

（園部補足）一部請求の別訴が棄却された（本判決と同日）ため、相殺の抗弁はもはや却下される。重複起訴でないけれども、実務上、併合審理をするか同一の裁判体で並行審理することが望まれる。

・ 抗弁先行型：自働債権として相殺の抗弁を主張した債権を別訴で後に訴求する場合

→予備的抗弁である場合も多いが、反訴を提起せず別訴で訴求するのは許されない

【東京高判平 8.4.8】相殺の抗弁を主張後の別訴訴求は許されない[平 7 ネ 4829]

「既に相殺の抗弁の自働債権として主張した債権につき、別訴をもってこれを行行使することは、民事訴訟法二三条の趣旨に照らし許されない……相殺の抗弁の自働債権の存否についての判断については既判力が生ずるのであるから、これについて別訴を許すことは、裁判所の判断の矛盾抵触を招くおそれがあり、訴訟経済にも反するから、許されないものというべきであり、右二つの訴訟の弁論が併合されている場合についても、将来において両訴訟の弁論が分離されることがあり得ないといえない以上、別異に解すべき理由はない」仮定抗弁にせよ相殺の主張をしている限り、裁判上の催告であって訴訟の係属中は消滅時効期間は進行しないので不利益は少ない。

【東京高判昭 42.3.1】相殺の抗弁を主張後、予備的な反訴提起は認められる[昭 36 ネ 814]

「少なくとも本件におけるように同一訴訟手続において審理判断される反訴において、しかも予備的反訴という形式で本訴において相殺に供した旨主張した自働債権を訴求する場合には、右のような恐れ【=既判力の抵触等】はないのであるから、このような反訴は許容されてしかるべきである。すなわち被告が本訴で勝訴すればもちろん反訴請求に対する判断はその必要がなくなるのであるし、また本訴で敗訴しても相殺の抗弁が相殺不適状ないし本件におけるように相殺禁止等の理由で排斥された場合には、自働債権についての既判力は生じないのであって、このような場合には被告としてはまさに反訴において自働債権の存否につき訴求する利益を有する……また仮に本訴において自働債権不存在の理由で相殺の抗弁が排斥されて被告が敗訴した場合においては、重ねて反訴において同一事項についての判断を求めることは許されず、反訴は、不適法として却下を免れないと解するのが相当であり、このように解するならば、二重の判断ないし既判力の抵触というような問題は生じない……被控訴人の本件反訴請求の目的が本訴における相殺の抗弁の自働債権それ自体であるという理由だけでは、本件反訴が不適法であるということとはできないし、また本訴における相殺の抗弁の方も不適法となることはない」

第4節 訴訟物

第1款 訴訟物論

1. 訴訟物の意義及び機能を理解している。(→3-1 訴えの概念・類型)
 - ・ 訴訟物：原告の訴え(訴状の請求の趣旨・原因)で特定され、裁判所の審判対象となる権利関係
→二重起訴禁止、訴えの変更、請求の併合、再訴禁止・既判力の客観的範囲の判断基準
2. 給付訴訟、確認訴訟及び形成訴訟における訴訟物を理解し、その特定について説明することができる。

- ・ 確認訴訟の訴訟物(新旧の対立なし)

- * 請求の趣旨に掲げられる、権利関係又は法律上の地位そのものが訴訟物

- ∴ 請求原因事実が認められるかどうかで、その法律効果として権利関係の存否も決まるから

【最判昭40.9.17】債務不存在確認訴訟の訴訟物[昭39才987]

債務の残存元本が¥146,465 を超えて存在しないことの確認・その余の債務不存在確認→一審：棄却(残存元本はもっとある)→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「本件請求の趣旨および請求の原因ならびに本件一件記録によると、上告人らが本件訴訟において本件貸金債務について不存在の確認を求めている申立の範囲(訴訟物)は、上告人豊については、その元金として残存することを自認する金14万6465円を本件貸金債権金110万円から控除した残額金95万3535円の債務額の不存在の確認であり、その余の上告人らにおいては、右残額金95万3535円の債務額について相続分に応じて分割されたそれぞれの債務額の不存在の確認であることが認められる」「原審としては、右の各請求の当否をきめるためには、単に、前記(イ)の弁済の主張事実の存否のみならず、(ロ)および(ハ)の弁済の各主張事実について審理をして本件申立の範囲(訴訟物)である前記貸金残額の存否ないしその限度を明確に判断しなければならないのに、ただ単に、前記(イ)の弁済の主張事実が全部認められない以上、本件貸金の残債務として金一四万六、四六五円以上存在することが明らかである旨説示したのみで、前記(ロ)および(ハ)の弁済の主張事実について判断を加えることなく、残存額の不存在の限度を明確にしなかつたことは、上告人らの本件訴訟の申立の範囲(訴訟物)についての解釈をあやまり、ひいては審理不尽の違法をおかしたもの」→破棄差戻し

- ・ 給付訴訟の訴訟物

- * 旧訴訟物論：実体法上の権利関係を基準に定めるべき

- * 新訴訟物論：一定の給付を求める法的地位(受給権)が訴訟物

- ∴ 実体法上の請求権の発生原因が複数ありうる

※実体法上の請求権の個数

- ・ 法条競合：請求権は単一ゆえ訴訟物も1つ。不法行為・債務不履行の損害請求など
 - ・ 新実体法説：請求権競合事例では観念的請求権競合に過ぎず、実質的請求権は1つ
 - ・ 契約終了事由と請求権：貸借借終了により単一の返還請求権が発生する(有力)
←期間満了、合意解約、賃借人背信行為、賃料不払いなど事由により個別に発生(異説)

※各論的問題

- * 占有権と本権

【最判昭40.3.4】占有の訴えと反訴としての本権の訴え[昭38才654]

占有保持の訴え本訴・建物収去土地明渡反訴請求→一審：反訴請求認容→控訴：本訴・反訴とも認容→上告棄却
「民法二〇二条二項は、占有の訴えにおいて本権に関する理由に基づいて裁判することを禁ずるものであり、従つ

て、占有の訴に対し防禦方法として本権の主張をなすことは許されないけれども、これに対し本権に基づく反訴を提起することは、右法条の禁ずるところではない。そして、本件反訴請求を本訴たる占有の訴における請求と対比すれば、牽連性がないとはいえない。それゆえ、本件反訴を適法」として審判した原審に違法はない

* 抹消登記請求権と抹消に代わる移転登記請求権

【東京地判昭 63.12.20】登記関係訴訟の訴訟物[昭 62 ワ 10598]

被告 A・B・C 宛所有権移転登記抹消請求、(予備)損賠→一審：棄却→控訴（結果不明）

原告→A→B→C と移転登記。前訴で原告→C の所有権による登記回復を原因とする所有権移転登記を請求し上告審まで争い敗訴確定。

「抹消登記に代えて真正な登記名義の回復を求める登記請求権は所有権に基づく物権的請求権としての性質をもつと解されるから、前訴の訴訟物は本件土地所有権に基づく物権的請求権としての真正な登記名義の回復を原因とする移転登記請求権である……本訴請求のうち被告 C に対して本件土地所有権に基づいて所有権移転登記の抹消登記手続を求める部分の訴訟物も、本件土地所有権に基づく特権的請求権としての抹消登記請求権である。すると、前訴と本訴のうちの右部分とは登記の種類を異にするとはいえず、その訴訟物は同一である……原告が被告 C に対して本件土地所有権に基づく物権的請求権としての登記請求権を有しないと前訴確定判決の判断には既判力が生じており、原告は、本訴においてこれに反する主張をして争うことは許されず、当裁判所もこれと矛盾抵触する判断をすることは許されないものといわざるを得ない。してみれば、本訴における原告の被告 C に対する本件土地所有権に基づく抹消登記手続請求については、かかる登記請求権が存在しないという右の既判力ある判断を前提として審判すべきこととなるから、原告主張の請求原因事実の存否にかかわらず、原告の請求は理由がないものと判断すべきことになる」「なお……物権変動の過程を如実に公示しないような物権的請求権としての登記請求権は本来是認し得ないという立場から、抹消登記請求と真正な登記名義の回復を原因とする移転登記請求とは訴訟物が異なるという見解も十分あり得るところ、右見解に従っても、本件では前訴と本訴はいずれも本件土地につき原告の登記を回復することを目的とするものであって、原告はそのための方法として、前訴では、原告から被告 C に至るまでの所有権移転登記をすべて抹消するという本来の方法に代えて、被告 C に対し直接真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めたのであるから、原告が本訴において被告 C に対し前訴と全く同じ請求原因事実を主張して抹消登記手続を求めることは信義則に反し到底許されない」

「原告が本件土地につき所有権を有しないという右の点についての前訴判決の理由中の判断内容には既判力が生じているわけではないが、以上のような前訴の経過にかんがみると、本訴において原告が本件土地につき所有権を有すると主張し、本件売買契約の成否を争うことは、実質的に前訴の蒸し返しとなることが明らか……原告は、前訴において真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求のほかにも所有権の確認をも併せて請求することが可能ではあったが、その必要性を感じなかったため格別その請求をしなかったものと推測されるところ、本訴において所有権確認請求をも併せて提起したのは前訴判決の既判力に抵触することを免れようとしたものと明らかに窺われる……このような原告の行為は、訴訟上の信義則に照らし到底許されない」

・ 形成訴訟の訴訟物

* 離婚訴訟

・ 旧訴訟物論：離婚原因が複数存在すれば、訴訟物も複数

← 1～4号事由は5号事由の例示と解すれば訴訟物は1個

・ 新訴訟物論：離婚原因が複数あっても、離婚を求める法的地位として一個の訴訟物

※人訴 25：判決確定後の人事に関する訴えの提起の禁止

∴旧訴訟物論に立つと請求原因を代えて提起できるため、それを禁じたもの

人訴§25-1 人事訴訟の判決（訴えを不適法として却下した判決を除く。次項において同じ。）が確定した後は、原告は、当該人事訴訟において請求又は請求の原因を変更することにより主張することができた事実に基づいて

同一の身分関係についての人事に関する訴えを提起することができない

#2 人事訴訟の判決が確定した後は、被告は、当該人事訴訟において反訴を提起することにより主張することができた事実に基づいて同一の身分関係についての人事に関する訴えを提起することができない

※人訴 20：職権探知主義は、下記判決当時は婚姻維持のためにのみ認められた

【最判昭 36.4.25】 1～4号例示説を否定[昭 32 才 962]

離婚請求（精神病）→一審：棄却→控訴：取消・離婚（1～4号例示説により5号該当）→上告：破棄差戻し
例示説否定「民法第七七〇条一項四号所定の離婚原因が婚姻を継続し難い重大な事由のひとつであるからといって、右離婚原因を主張して離婚の訴を提起した被上告人は、反対の事情のないかぎり同条項五号所定の離婚原因あることをも主張するものと解することは許されない。（被上告人が、相手方の現状では家を守り子を育てることは到底望めない旨陳述していても、この一事によつて同条項五号の離婚原因をも主張した趣旨とは解し難い。）」
5号判断基準「精神病にかかっているけれども回復の見込がないとは断じ得ないため民法七七〇条一項四号の離婚原因がない場合に、右精神病治療のため相当長期入院加療を要するところ、被上告人の財政状態及び家庭環境が原判示の如くである、というだけの理由で、同条項五号の離婚原因の成立を認めることは相当でない」
「それ故、原審としては、まず被上告人が本訴において民法七七〇条一項四号のほか同条項五号の離婚原因をも主張するものであるかどうかを明確にし、もし右五号の離婚原因をも主張するものであれば、上告人の入院を要すべき見込期間、被上告人の財産状態及び家庭環境を改善する方策の有無など諸般の事情につき更に一層詳細な審理を遂げた上、右主張の当否を判断すべきであつた……然るに、原審が以上の処置にいでず、たやすく被上告人の本訴請求を認容したのは、法令の解釈を誤つた結果審理不尽の違法におちつたものであつて、論旨は結局理由があり、原判決はこの点において破棄を免れない」

←訴訟物が別かどうかではなく、弁論主義違反を指摘したにとどまる、との説あり

- * 株主総会決議取消訴訟：取消事由としての瑕疵ごとに訴訟物が区別されるか
 - ・ 手続上または内容の瑕疵が存在することという事実に基づくなら単一の訴訟物
- ← 区別されず単一なら、出訴期間後の取消事由追加主張は肯定されるのが筋では？
- * 詐害行為取消訴訟：債権者にとって1個の取消権。被保全債権ごとにあるのではない

【最判平 22.10.19】 被保全債権の変更は攻撃防御方法の変更[平 21 受 708]

詐害行為取消・移転登記抹消請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

当初提起時の被保全債権が別訴での和解により消滅し、被保全債権を別債権に主張変更した。被告は変更時に2年が経過していたため、詐害行為取消権の消滅時効を主張、原告は提起時に未経過と主張。

「詐害行為取消権の制度は、債務者の一般財産を保全するため、取消債権者において、債務者受益者間の詐害行為を取消した上、債務者の一般財産から逸出した財産を、総債権者のために、受益者又は転得者から取り戻すことができるとした制度であり、取り戻された財産又はこれに代わる価格賠償は、債務者の一般財産に回復されたものとして、総債権者において平等の割合で弁済を受け得るものとなるのであり、取消債権者の個々の債権の満足を直接予定しているものではない。上記制度の趣旨にかんがみると、詐害行為取消訴訟の訴訟物である詐害行為取消権は、取消債権者が有する個々の被保全債権に対応して複数発生するものではない」

「本件訴訟において、取消債権者の被保全債権に係る主張が前記事実関係等のとおり交換的に変更されたとしても、攻撃防御方法が変更されたにすぎず、訴えの交換的変更には当たらないから、本件訴訟の提起によって生じた詐害行為取消権の消滅時効の中断の効力に影響がない」

（田原補足）被保全債権を他人に譲渡した場合に差し替えが認められてしかるべきゆえ判示は当然

3. 旧訴訟物論及び新訴訟物論のそれぞれの考え方の内容及び相違並びにその結果として生じる取扱いの相違について、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 旧訴訟物論：訴訟物の単複異同は実体法上の権利関係を基準に定めるべき（判例・旧通説）

・新訴訟物論：一定の給付を求める法的地位（受給権）を基準に定めるべき（多数）

・例

* 土地賃貸借終了後の所有者・賃貸人Xの賃借人Yに対する土地明渡請求権

1、所有権に基づく物権的返還請求権（Xの所有・Yの占有を主張立証）

2、賃貸借契約終了に基づく返還請求権（賃貸借契約終了の原因となる事実を主張立証）

* タクシー乗車中の交通事故による負傷

→ 1、運送契約の債務不履行に基づく損賠請求権、2、不法行為に基づく損賠請求権

* 土地の不法占拠者→ 1、所有権に基づく返還請求権、2、占有権に基づく返還請求権

* 手形の不渡り→ 1、手形債権の請求権、2、原因債権の請求権

・結論

* 旧：1・2は別個の訴訟物

←紛争を原告が恣意的に分断するのを認めてしまう

←釈明権の行使と訴訟上の信義則(§2)による遮断効で対処できる

※土地賃貸借終了：訴訟物は別だが、賃借人は賃借権確認反訴を提起すればよい

* 新：1・2は結局土地の明渡しという1個の給付を求める地位で、その地位自体が訴訟物

←特定物につき複数の売買契約を締結しても1回しか提起できないのか

←実体法上の請求権の違いが給付の内容に影響する場合はどうするのか

（不法行為損賠債権の相殺禁止、賃貸借終了時の造作買取請求権など一方にしかないもの。

消滅時効の違いや手形訴訟での敗訴、占有の訴えでの敗訴では正当な権利者の保護に欠ける）

* 既判力の範囲(§114)：1で敗訴後、2による後訴の提起

・旧訴訟物論：可能 ⇔ 新訴訟物論：不可能 ∴可能とすると紛争の一次的解決の要請に反する

* 請求の併合(§136)：1と2をともに請求する場合

・旧：請求の併合にあたる ⇔ 新：攻撃防御方法が複数あるだけで請求は1つ

※選択的併合の場合

→旧：一方の請求が認容されることを解除条件として他方について審判を申し立てている

∴社会生活関係が同一ゆえ選択的併合を認めても裁判所・被告に困難・矛盾を来さない

* 訴えの変更(§143)：1で起訴して2に変更する場合

・旧：訴えの変更にあたる(#2の書面必要) ⇔ 新：あたらない(#2の書面不要)

* 重複起訴禁止(§142)：1で訴訟係属中に2で別訴を提起する場合

・旧：許される(§142は事件単位ゆえ許されない、との説あり) ⇔ 新：許されない

4. 損害賠償請求訴訟における訴訟物について理解している。

・1つの不法行為につき訴訟物は1つしかない（財産上・精神上で別ではない）

【最判昭48.4.5】損害の費目と請求権の個数[昭43才943]

損賠請求→一審：全部認容(過失3割)→控訴・付帯控訴：一部変更、請求拡張の一部認容(過失7割)→上告棄却
原告は、療養費、逸失利益(一部請求)、慰謝料をそれぞれ内訳を示して請求したが、一審は(慰謝料+逸失利益
全額+慰謝料)×0.7より請求額が低いいため全部を認容した。被告は財産上の損害と精神上的損害は別ゆえ、慰
謝料は200万請求なら過失相殺で140万が上限で、差額も逸失利益で穴埋めして認容したのは違法と主張した。

「同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は一個であり、その両者の賠償を訴訟上あわせて請求する場合にも、訴訟物は一個である……第一審判決は、被上告人清原の一個の請求のうちでその求める全額を認容したものであつて、同被上告人の申し立てない事項について判決をしたものではなく、また、原判決も、右請求のうち、第一審判決の審判および上告人の控訴の対象となつた範囲内において、その一部を認容したもの……原審における請求拡張部分に対して主張された消滅時効の抗弁については、判断を要しなかつたことも、明らか」

第2款 訴訟物についての処分権主義

1. 処分権主義の意義及び内容について、その適用範囲も含めて理解している。
 - ・ 処分権主義：いかなる権利関係につきいかなる形式の審判を求めるかを当事者に委ねるもの
 - ∴ 訴訟物たる権利関係は、実体法上私的自治の原則の下当事者が自由に処分できるから
 - 私的自治が制限されると訴訟法上も制限される：人訴や団体関係訴訟、形式的形成訴訟など
 - * 訴訟の開始(§246)：不告不理の原則・訴えなければ裁判なし
 - ← 例外(付随的裁判)：訴訟費用の裁判(§67)・仮執行宣言(§259)
 - * 審判範囲の設定(§246) ← 例外：境界確定訴訟
 - * 訴訟の終了 ← 例外：人事訴訟§37(請求の放棄・認諾・訴訟上の和解の一部制限)
 - 例：訴え取下げ(§261~263)、上訴取下げ(§292,313)、請求の放棄・認諾(§266,267)
 - 訴訟上の和解(§89,264,265,267)
 - * 上訴審での変更 → 例：上訴審における不利益変更・利益変更禁止の原則(§304,313)
 - ・ 訴え以外の申立て(非訟事件)における処分権主義：妥当しない
 - 【最判昭 41.7.15】離婚に伴う財産分与における処分権主義[昭 39 才 539]
 - 「人事訴訟手続法一五条一項によつて離婚の訴においてする財産分与の申立は、訴訟事件である右訴に附帯して、手続の経済と当事者の便宜とを考慮して、家事審判法九条一項乙類五号に定める本来家庭裁判所の権限に属する審判事項の申立をするものであるから、右申立をするには、訴訟事件における請求の趣旨のように、分与を求めらる額および方法を特定して申立をするを要するものではなく、単に抽象的に財産の分与の申立をすれば足りる」(離婚訴訟に伴う財産分与上告棄却)
 - 【東京地判昭 35.12.24】離婚に伴う子の親権者の定めにおける処分権主義[昭 35 夕 132,144]
 - 「被告の反訴請求中、「親権者」指定の申立のみは、理由がないけれども、我が国法上裁判上の離婚に当つては、裁判所が職権で一切の事情を考慮した上子の処遇に関し親権者を決定することゝなつておることから見れば(民法第八一九条第二項、人事訴訟手続法第一五条)当事者のなす子の処遇に関する申立は、裁判所に職権の発動を促し、その当事者の希望、意見を申し立てる意味しか有しないから、この点に関して請求棄却の言渡をすることはしない」(イギリス人夫婦の離婚に伴うイギリス人の子の親権者の定め。準拠法は英国法で、英国は監護者しか定めないため、裁判所は親権者は定めず、監護者のみ父とした)
2. 申立事項と判決事項の関係に関する規律の意義及び内容を理解している。
 - ・ 裁判所は申立事項に限って判決事項とする(§246)
 - * 申立事項：訴訟物及びそれについての裁判の形式 ← 訴状の請求の趣旨・原因から特定
 - 違反すると上訴事由だが、上訴審で申立てを変更すると治癒される場合がある
 - §246 裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない
 - ・ 現在の給付請求で、期限未到来なら将来の給付を命じる(一部認容、訴えの利益は必要)
 - 【大判大 8.2.6】原告が給付判決を求めるのに期限未到来を理由に確認判決をするのは不可
 - ・ 将来の給付請求で、現在の給付を命じるのは処分権主義に違反する
 - ・ 申立ての条件：主位的、予備的請求で主位的請求が認められるのに予備的請求認容は不可
 - ・ 審判手続の選択：手形訴訟や少額訴訟の提起に対し、勝手に通常訴訟で審判するのも不可
 - ・ 訴訟物と処分権主義
 - * 請求権競合の場合に原告の主張しない事実に基づく権利により請求を認容すると違法

←認定する権利の原因事実が訴状に記載され、又は追加的に主張されれば選択的併合で適法

【最判昭 32.12.24】法定解除・原状回復請求と合意解除・不当利得返還請求[昭 29 才 902]

「原審における上告人の請求は、要するに、上告人が本件売買契約につき民法五四一条による解除をしたことを主張し、被上告人等に対し、右解除に基く民法五四五条の原状回復義務の履行を求めるものであつたところ、原審は右解除の主張を認容しなかつたのであるから、これに基く上告人の請求が排斥されたのは当然である。尤も、原審が、右売買契約について合意解除のなされた事実を認定したことは所論のとおりであるけれども、本件のように、契約の一部履行があつた後、合意解約がなされた場合には、民法七〇三条以下による不当利得返還義務の発生するのは格別、当然には民法五四五条所定の原状回復義務が発生するものではない。しかも原審において上告人は前記合意解除の事実を否認しており右合意解除に基く不当利得の返還を請求しなかつたこと記録上明白であるから、原判決が所論前渡代金につき不当利得の返還を命じなかつたのは当然である」

【最判昭 35.4.12】約束手形金請求の振出と保証[昭 33 才 643]

「被上告組合が、本訴において、上告組合以外の上告人らが上告組合と共同して本件約束手形を振出したものであると主張して、これが手形金の支払を請求したものであることは、記録上明らかであるから、原判決が、たやすく右上告人らが手形上の保証人であることを理由として被上告組合の請求を認容したのは、ひつきよう被上告組合の主張の解釈を誤り、申立てない事項によつて判決した違法を免れず、この点の論旨は理由があり、右上告人らに関する部分は破棄を免れない」(上告組合振出しの約束手形につき、補箋に単なる上告人らの署名捺印がなされていることから、原告が上告人らも振出人として請求したが保証と認定して原審が認容したもの)

【最判昭 36.3.24】賃借権と占有権に基づく妨害排除請求[昭 31 才 917]

本権土地は「被上告人が所有者から賃借し耕作占有しているのであるが、この賃借については、農地関係法令所定の許可を得ていないから無効であるけれども、占有権がある以上民法一九八条により妨害排除を求める権利があり上告人の設置した右板垣の撤去を求めることができる」と判示する。しかし被上告人は終始賃借権に基き右板垣の撤去を求めていることは記録上明白であり、本訴は占有の訴ではないことも明らかであるにかかわらず、同被上告人主張の賃借権を否定しながら、同被上告人の主張していない占有権を理由として上告人に右板垣の撤去を命じたことは当事者の申立てざる事項につき判決をした違法がある」(板垣撤去・土地立入禁止請求)

【最判昭 53.6.23】不法行為と債務不履行による損賠請求[昭 52 才 1200]

譲渡担保に供した動産を債務者行方不明中に取り戻した債権者が弁済期に売り払ったことを不法行為とし損賠請求し、原審は債務不履行と認定したが債務者の債務と相殺して認容しなかつたもの。

「被上告人らの本件譲渡担保物件の搬出取戻し行為が訴外会社に対する債務不履行に該当するとし、それによつて生じた訴外会社の損害と訴外会社の被上告人らに対する債務と差引計算して上告人らの請求を棄却した原審の認定判断は、上告人らの主張しないところから従つてした違法があるが、その結論において、結局、正当である」

* 判決事項が申立事項と異なつても、その範囲内なら処分権主義違反ではない

・ 権利関係の細部が異なる → 適法

【大判昭 8.6.15】変更登記の対象たる建物の坪数の食い違い：適法

【最判昭 32.1.31】賃貸借契約における賃料額を安く認定：適法[昭 27 才 581]

賃貸借契約確認・土地引渡請求で、訴状で賃料・期限を明示したが、一審棄却後、控訴審が原告の明示した賃料より安い賃料で「甲宅地につき、普通建物所有を目的とし、賃料一カ月金七十六円二十銭、毎月二十八日払、存続期間昭和三十六年三月三日迄とする賃借権を有することを確認する」との判決をしたもの。

「被上告人の本訴請求は……本件土地の賃借権そのものの存在を確認しその土地の引渡を求めるに尽きるものであつて、右賃貸借によつて被上告人の負担する地代債務の存否、ないしその額の確定を求めるものでないことは明白である。されば、原判決が本件賃借権の存在を肯認した上、さらに、被上告人において右賃借権を特定するため主張した一ヶ月の地代八一〇円七七銭を特に七六円二〇銭であると認めこれを主文に掲記したからとて、

係争法律関係の存否に関してなされた判示ではない」→上告棄却

(真野反対) 賃貸借契約確認請求は具体的内容も確定すべきゆえ、違法で破棄差戻し

※単に賃借権の確認だけを請求するのに対し、賃料を認定すると違法になる

【最判平 24.1.31 裁時 1548-2】単なる賃借権確認請求に賃料認定[平 21 受 1766]

原告X→被告Y建物収去土地明渡請求、賃借権確認請求独立当事者Z参加、一番はX・Zの賃貸借契約を認め、地代をZの請求原因に記載された契約成立時と同じとする賃貸借契約確認判決→Z控訴:より低額の賃料を現在の賃料と主張して控訴、却下→上告:破棄差戻し

「土地賃借権を有すると主張する者は、土地所有者に対し、地代額の確認を求めず、土地賃借権そのものを有することの確認のみを求めることができる(最判昭 44.9.11=昭 44 才 500 参照)、本件申出書における請求の趣旨の記載に加え、第1審における審理の経過等を併せ考慮すると、上告人は、第1審において、本件土地の賃借権そのものを有することの確認を求めたのであって、地代額の確認まで求めたものとはいえず、本件申出書における請求原因中の地代額の記載は、自らが相続により承継したと主張する上記賃借権の発生原因であるBとAとの間で締結された当初の賃貸借契約の内容として、その地代額を主張したものにすぎない……第1審判決の「事実及び理由」中の「参加人の請求」及び「参加人の主張(請求原因)」には、上告人が本件土地につき地代を年額で固定資産評価額の1000分の60に相当する金額とする賃借権の確認を求める旨の記載がされているのであって、第1審は、上告人が上記地代額の確認をも求めているものとして、上告人の請求を認容する判決をしたと認められ、第1審判決の主文に記載された地代額に係る部分が、係争法律関係に関してなされた判断ではないということとはできない……第1審判決には、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法があり、この違法を看過し、控訴の利益がないとして第1審判決に対する控訴を却下した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」→一番は申立事項外をZの請求として扱っており、違法

・申立ての形式的表示と判決内容の食い違い → 趣旨の範囲なら適法

【大判明 39.11.2】共同の登記義務履行請求で、単独の履行を命じる:適法

【最判昭 36.2.28】現実の引渡し請求で、指図による占有移転:適法[後掲 昭 33 才 989]

【最判昭 40.4.16】被告の所有権取得無効確認請求に、原告の所有権を確認:適法

【最判昭 44.5.29】抹消登記請求に、更正登記を命じる:適法

【最判昭 49.6.27】否認に基づく抹消登記請求に、否認の登記を命じる:適法[昭 46 才 242]

破産管財人の否認権行使時の登記は、抹消登記ではなく否認の登記によるべき(破産廃止などがありうるから)

3. 引換給付判決など一部認容判決と処分権主義の関係について説明することができる。

- ・超過認容判決:請求の量的範囲を超える給付判決は違法、質的範囲の超過も違法
例:持分権者による所有権移転登記抹消請求で全部の抹消を命じる→質的超過で違法
- ・一部認容判決:量的範囲内で一部の給付を命じ、残部を棄却するのは適法

→質的一部の認容はどうか:適法

*条件付給付判決・引換給付判決:適法

・同時履行や留置権の抗弁を提出した場合

【最判昭 33.3.13】無条件給付請求に対し引換給付判決としたのは適法[昭 31 才 966]

「留置権は、物の占有者がその物に関して生じた債権の弁済を受けるまでその物を留置することを得るに過ぎないものであつて、物に関して生じた債権を他の債権に優先して弁済を受けしめることを趣旨とするものではない。従つて、裁判所は、物の引渡請求に対する留置権の抗弁を理由ありと認めるときは、その引渡請求を棄却することなく、その物に関して生じた債権の弁済と引換に物の引渡を命ずべきもの……判示有益費の支払と引換にする本件明渡請求を認容した原判決は、正当」(無断転貸解除で、有益費と引換給付判決としたもの。被告上告)

【大判明 44.12.11】 同時履行の抗弁権で引換給付判決適法

【最判昭 45.9.24】 清算金支払の抗弁権で引換給付判決適法

※被告の抗弁事実が訴訟物たる原告の請求権の内容を変更させる法律効果を有する場合のみ
→手形で受戻を主張しても引換給付判決にはならない（手形金債権に引換は必須ではない）

【大判昭 8.5.26】 受戻証券性を主張しても引換給付判決とはならない（保険証券の事例）

要旨「呈示証券上ノ債務履行請求ノ訴ニ於テ被告カ証券ト引換ニ非サレハ債務ヲ履行セスト抗争シタルトキト雖原告ノ債権ニシテ肯定セラルル限リ裁判所ハ単純ナル給付判決ヲ為スヘキモノトス」

・家屋明渡請求訴訟における立退料（処分権主義が適用されないとの有力説あり）

→立退料の負担付きの明渡請求減の一部減縮ゆえ増額は適法、減額は違法

※無条件明渡請求に対し立退料の負担付き明渡を命じるとは内容の同一性がなく、違法？

【最判昭 46.11.25】 立退料を増額して明渡を認めたもの[昭 41 才 1005:民集 25-8-1343]

「原審の確定した諸般の事情のもとにおいては、被上告人が上告人に対して立退料として三〇〇万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し、かつその支払と引き換えに本件係争店舗の明渡を求めていることをもつて、被上告人の右解約申入につき正当事由を具備したとする原審の判断は相当である。所論は右金額が過少である（=3000万要求）というが、右金員の提供は、そのみで正当事由の根拠となるものではなく、他の諸般の事情と総合考慮され、相互に補充しあつて正当事由の判断の基礎となるものであるから、解約の申入が金員の提供を伴うことによりはじめて正当事由を有することになるものと判断される場合であつても、右金員が、明渡によつて借家人の被るべき損失のすべてを補償するに足りるものでなければならぬ理由はないし、また、それがいかにして損失を補償しうるかを具体的に説示しなければならないものでもない。原審が、右の趣旨において五〇〇万円と引換えに本件店舗の明渡請求を認容していることは、原判示に照らして明らかであるから、この点に関する原審の判断は相当」（店舗明渡請求認容に被告上告）

* 共有持分権の限度での一部認容

【最判昭 42.3.23 集民 86-669】所有権確認・移転登記抹消請求に共有認定:適法[昭 41 才 1223]

「不動産の単独所有を主張して、その所有権確認を求めたのに対し、裁判所が、右単独所有の事実を否認するとともに、これが相手方との共有に属することを認定して、その持分の割合に応じた持分権を有する旨確認し、また、右不動産について自己から相手方のためになされている所有権移転登記の抹消を求めたのに対し、右自己の持分についてのみ的一部抹消すなわち更正登記を命ずることは、その申立の範囲内で請求の一部を認容したものにほかならないものというべきである。したがつて、原判決には所論の違法はなく、論旨は理由がない」

【最判平 22.4.20 判タ 1323-98】相続人の一部による登記抹消請求[平 21 才 1408]

所有権保存登記抹消請求等→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄自判(原告妻 1/2,原告子 1/4,他の子・被告各 1/8 の所有権保存登記への更正登記命令)

遺産につきAが全部取得する遺産分割協議成立後、Eが死亡したがもう1人の共同相続人が遺産の所有権移転登記を了していたもの。原告はEの妻と子1名（相続分各 1/2,1/4）。

「原審の上記判断は、被上告人らが本件登記部分のみの抹消登記手続を求めているにもかかわらず、上告人に対し、これを超えて本件保存登記全部の抹消登記手続を命ずるものであって、当事者が申し立てていない事項についてまで判決をしたものといわざるを得ない。また、仮に、第1審判決の主文第1項中の「高知地方支務局の支局平成19年3月28日受付第2350号の所有権保存登記」との記載が本件登記部分を表示するに当たっての明らかな誤記であり、原審は、被上告人らの本件登記部分の抹消登記手続請求を認容すべきものとしたにとどまると解し得るとしても、そのような判断は、1個の登記の一部のみの抹消登記手続を命ずるものであって、不動産登記法上許容されない登記手続を命ずるものといわざるを得ない」「被上告人らの本件登記部分の抹消登記

手続請求が意図するところは、上告人が持分を有するものとして権利関係が表示されている本件保存登記を、上告人が持分を有しないものに是正することを求めるものにほかならず、被上告人らの請求は、本件登記部分を実体的権利に合致させるための更正登記手続を求める趣旨を含むものと解することができる（最判 38.2.22=昭 35 才 1197 参照）……共有不動産につき、持分を有しない者がこれを有するものとして共有名義の所有権保存登記がされている場合、共有者の 1 人は、その持分に対する妨害排除として、登記を実体的権利に合致させるため、持分を有しない登記名義人に対し、自己の持分についての更正登記手続を求めることができるにとどまり、他の共有者の持分についての更正登記手続までを求めることはできない（最判昭 59.4.24=昭 56 才 817 参照）。したがって、被上告人らの請求は、被上告人 X 1 の持分を 2 分の 1、被上告人 X 2 の持分を 4 分の 1、上告人及び A の持分を各 8 分の 1 とする所有権保存登記への更正登記手続を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないから棄却すべき」

* その他の質的一部認容判決

【最判昭 24.8.2】家屋全部明渡請求で、一部明渡を命じる：適法

【最判昭 30.6.24】1 筆の土地の移転登記請求で、分筆の上一部移転登記を命じる：適法

【最判昭 36.2.28】賃借人がいる場合の建物買取請求権行使[昭 33 才 989:民集 15-2-324]

一審：建物収去土地明渡判決→控訴：取消・請求棄却→上告：破棄差戻し

賃借人がおり、物買取請求権を被告が行使すると建物退去・土地明渡命令（指図による占有移転）とすべき

「土地所有者からの建物収去土地明渡の請求において、建物所有者が借地法一〇条により建物の買取請求権を行使した場合、右明渡請求には建物の引渡をを求める申立をも包含する趣旨と解すべき」「されば本件建物の買取請求により右建物の所有権が上告人に移転したものであること原判決の確定したところであるから、右日時以後において上告人は被上告人英士に対して本件建物の引渡を求めているものというべきであり、ここにいう引渡は、本件の如く建物の占有者が賃借人光夫であるため、買取前の所有者たる被上告人英士が、買取後の所有者たる上告人に対し現実の引渡をなし得ない場合においては、指図による占有移転を求める趣旨と解する」

【最判昭 38.2.22】登記全部抹消請求で、一部抹消を命じる：適法

* 債務不存在確認請求と一部認容

・金額の特定 cf.積極的確認の場合：金額の特定を要する

→被告が主張する債務額に基づく（被告が原告に債務存在を主張しないと確認の利益がない）

→損賠請求等被告が債務額を明らかにしない場合：金額を特定しなくても訴え提起を認める

※但し被告の主張に基づき請求の趣旨を訂正すべき。訴額は民訴費 4-2 類で 160 万円

【最判昭 27.12.25】金銭債権の存在確認請求でも金額の特定を要する[昭 25 才 159]

損賠請求権存在確認請求→一審：棄却→控訴：取消・却下→原告上告棄却

「訴状には請求の趣旨すなわち、原告が訴訟物につき如何なる範囲で如何なる内容の判決を要求するかを記載しなければならず（民訴二二四条一項、一八六条、一九九条一項参照）もし訴訟物が金銭債権であれば必ずその金額を一定してこれが範囲を明確にすることを要するのであつて、このことは、それが給付の訴であると確認の訴であるにより毫も差異はないのである」

・債務全額の不存在確認請求で一部の存在を認める場合

→認める額を超える債務の不存在を確認し、その余の請求を棄却

・債務の一部を自認し、それを超える債務の不存在確認請求で自認額以上を認める場合

→判決は同様だが、自認する部分については、訴訟物でないので既判力が及ばない

・債務の一部を自認し、それを超える債務の不存在確認請求で自認額未滿を認める場合

→請求の通りの不存在確認。自認額未滿を超える債務の不存在を確認すると違法

- ・債務の一部を自認し、債務の上限を示さない不存在確認請求で自認額以上を認める場合

【最判昭 40.9.17】債務不存在確認訴訟の訴訟物[前掲 昭 39 才 987]

債務の残存元本が¥146,465 を超えて存在しないことの確認・その余の債務不存在確認→一審：棄却(残存元本はもっとある)→控訴棄却→上告：破棄差戻し

- ・一部請求(不特定物の給付を目的とする債権に基づく給付訴訟で、原告が債権のうち一部の数额についてのみの給付を申立てる場合)例：試験訴訟

→一部請求を明示すると、請求されたその一部の範囲が訴訟物(後訴可能だが時効進行)

⇔一部請求を明示しない場合、債権全部が訴訟物となる(後訴禁止だが時効中断)

*** 異説**

- ・債権全部が訴訟物になる(結局債権全部を審理するから。請求額は給付命令の上限とする)
→残額については債権存在を確定するのみ、残額請求は訴えの利益があれば許される
- ・全面否定説：一部請求の明示・前訴での請求認容・棄却によらず残部請求は不可

*** 残部請求の可否**

- ・黙示的一部請求：当該請求額が債権全額として訴訟物が定立される

【最判昭 32.6.7】分割債務の確定判決に後訴で連帯債務として請求[昭 28 才 878]

Y1/Y2 宛損害金請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→Y1 上告：破棄自判(控訴棄却)

Y1/Y2 への損賠請求で、原債権は連帯債務なのに前訴で「連帯して」を入れ忘れて分割債務となったため、Y1 は確定判決に従って半額を支払ったが、Y2 が支払わず Y1/Y2 に連帯債務として残額を支払うよう請求したもので、

「思うに、本来可分給付の性質を有する金銭債務の債務者が数人ある場合、その債務が分割債務かまたは連帯債務かは、もとより二者択一の関係にあるが、債権者が数人の債務者に対して金銭債務の履行を訴求する場合、連帯債務たる事実関係を何ら主張しないときは、これを分割債務の主張と解すべきである。そして、債権者が分割債務を主張して一旦確定判決をえたときは、更に別訴をもつて同一債権関係につきこれを連帯債務である旨主張することは、前訴判決の既判力に抵触し、許されないところとしなければならない」「被上诉人等先代は、本訴において、右四五万円の債権は連帯債務であつて前訴はその一部請求に外ならないから、残余の請求として、上告人等に対し連帯して二二万五千円の支払を求めるといふのである。そして上告人等が四五万円の連帯債務を負担した事実は原判決の確定するところであるから、前訴判決が確定した各自二二万五千円の債務は、その金額のみに着目すれば、あたかも四五万円の債務の一部にすぎないかの観もないではない。……被上诉人等先代は、前訴において、分割債務たる四五万円の債権を主張し、上告人等に対し各自二二万五千円の支払を求めたのであつて、連帯債務たる四五万円の債権を主張してその内の二二万五千円の部分(連帯債務)につき履行を求めたものでないことは疑がないから、前訴請求をもつて本訴の訴訟物たる四五万円の連帯債務の一部請求と解することはできない。のみならず……被上诉人等先代は、前訴において、上告人等に対する前記四五万円の請求を訴訟物の全部として訴求したものであることをうかがうに難くないから、その請求の全部につき勝訴の確定判決をえた後において、今さら右請求が訴訟物の一部の請求にすぎなかつた旨を主張することは、とうてい許されない」

- ・明示的一部請求(前訴で請求認容)

【最判昭 37.8.10 民集 16-8-1720】一部請求の訴訟物と残部請求の適法性[昭 35 才 359]

損賠請求(前訴で一部請求を明示し一部認容後の残部請求)→一審：却下→控訴：取消・差戻し→上告棄却

「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであつて、全部の存否ではなく、従つて右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない」※前訴は 30 万中 10 万請求のため、10 万から過失相殺し 8 万認容←現在では判例違反

・明示的一部請求（前訴で請求棄却）

【最判平 10.6.12 民集 52-4-1147】信義則により敗訴後の残部請求は不適法[平 9 才 849]

報酬金等請求(前訴で一部請求を明示し請求棄却確定後の残部請求)→一審：却下→控訴：取消・差戻し→上告：破棄自判（控訴棄却）

「一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の可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。すなわち、裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し（最判平 6.11.22=平 2 才 1146 参照）、現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって、当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、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。したがって、右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、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り、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」

なお、不当利得返還請求を予備的請求で行ったが、「訴訟物を異にするものの、上告人に対して本件業務委託契約に基づく報酬請求権を有することを前提として報酬相当額の金員の支払を求める点において変わりはなく、報酬請求権の発生原因として主張する事実関係はほぼ同一であって、前訴及び本訴の訴訟経過に照らすと、主位的請求及び予備的請求の一と同様、実質的には敗訴に終わった前訴の請求及び主張の蒸し返しに当たる」とした。

【最判平 20.7.10】弁護士費用請求後の後訴での遅延損害金損賠請求[平 19 受 1985]

損賠請求(用地買収されると知って植林した被告の償金請求権(←権利濫用)を被保全債権として土地上の立木が違法に仮差押され、買収金を得るのが遅れた遅延損害金請求。前事件(償金請求)反訴で弁護士費用を請求したが一部棄却されていた)→一審：認容→被告控訴・原告付帯控訴：取消・原告請求棄却→上告：破棄差戻し

「本件遅延金損害についての賠償請求権と、本件弁護士費用損害についての賠償請求権とは、いずれも本件仮差押命令の申立てが違法であることを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権という1個の債権の一部を構成するものというべき」「上告人らは、前事件反訴において、上記不法行為に基づく損害賠償として本件弁護士費用損害という費目を特定の上請求していたものであるところ、記録によれば、上告人らは、このほかに……本件仮差押命令の申立ては、上告人らによる本件土地の利用と本件買収金の受領を妨害する不法行為であると主張していたことが明らか……上告人らは、既に前事件反訴において、違法な本件仮差押命令の申立てによって本件弁護士費用損害のほかに本件買収金の受領が妨害されることによる損害が発生していることをも主張していた……本件弁護士費用損害と本件遅延金損害とは、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである上、前記事実関係によれば、前事件の係属中は本件仮差押命令及びこれに基づく本件仮差押執行が維持されていて、本件仮差押命令の申立ての違法性の有無が争われていた前事件それ自体の帰すのみならず、本件遅延金損害の額もいまだ確定していなかったことが明らかであるから、上告人らが、前事件反訴において、本件遅延金損害の賠償を併せて請求することは期待し難いものであった……前事件反訴が提起された時点において、被上告人が、上告人らには本件弁護士費用損害以外に本件遅延金損害が発生していること、その損害は本件仮差押執行が継続することによって拡大する可能性があることを認識していたことも、前記事実関係に照らして明らか……以上によれば、前事件反訴においては、本件仮差押命令の申立ての違法を理由とする損害賠償請求権の一部である

本件弁護士費用損害についての賠償請求権についてのみ判決を求める旨が明示されていたものと解すべきであり、本件遅延金損害について賠償を請求する本件訴訟には前事件の確定判決の既判力は及ばない」

* 時効中断の範囲

- ・ 黙示的一部請求：全部が訴訟物ゆえ残部にも及ぶ

【最判昭 45.7.24】 損賠請求で訴訟中に治療費を追加した場合[昭 44 才 882]

損賠請求→一審：一部認容→被告控訴・原告附帯控訴：取消・認容額減→上告棄却

「一個の債権の一部についてのみ判決を求める趣旨を明らかにして訴を提起した場合、訴提起による消滅時効中断の効力は、その一部についてのみ生じ、残部には及ばないが、右趣旨が明示されていないときは、請求額を訴訟物たる債権の全部として訴求したものと解すべく、この場合には、訴の提起により、右債権の同一性の範囲内において、その全部につき時効中断の効力を生ずる」「これを本件訴状の記載について見るに、被上告人の本訴損害賠償請求をもつて、本件事故によつて被つた損害のうちの一部についてのみ判決を求める趣旨であることを明示したもとはなしたが、所論の治療費金五万〇一九八円の支出額相当分は、当初の請求にかかる損害額算定根拠とされた治療費中には包含されておらず、昭和四一年一〇月五日の第一審口頭弁論期日においてされた請求の拡張によつてはじめて具体的に損害額算定の根拠とされたものであるとはいへ、本訴提起による時効中断の効力は、右損害部分をも含めて生じているものというべき」

- ・ 明示的一部請求

【最判昭 34.2.20】 明示的一部請求による時効中断はその一部のみ[昭 31 才 388]

損賠請求(1割と明示して起訴)→一審：認容(請求拡張部分含め認容)→控訴：変更(同旨)→上告：一部破棄差戻し(請求拡張部分について)、一部上告棄却(当初起訴部分)

「裁判上の請求による時効の中断が、請求のあつた範囲においてのみその効力を生ずべきことは、裁判外の請求による場合と何等異るところはない。そして、裁判上の請求があつたというためには、単にその権利が訴訟において主張されたというだけでは足りず、いわゆる訴訟物となつたことを要するものであつて、民法一四九条、同一五七条二項、民訴二三五条等の諸規定はすべてこのことを前提としている……一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合、原告が裁判所に対し主文において判断すべきことを求めているのは債権の一部の存否であつて全部の存否でないことが明らかであるから、訴訟物となるのは右債権の一部であつて全部ではない。それ故、債権の一部についてのみ判決を求める旨明示した訴の提起があつた場合、訴提起による消滅時効中断の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ、その後時効完成前残部につき請求を拡張すれば、残部についての時効は、拡張の書面を裁判所に提出したとき中断するものと解すべきである。(民訴二三五条参照) 若し、これに反し、かかる場合訴提起と共に債権全部につき時効の中断を生ずるとの見解をとるときは、訴提起当時原告自身裁判上請求しない旨明示している残部についてまで訴提起当時時効が中断したと認めることになるのであつて、このような不合理な結果は到底是認し得ない」

(藤田反対) 訴訟物は一部だが、時効中断は別個に解してよく、全部に及ぶとすべき

【最判平 25.6.6】 明示的一部請求は裁判上の催告と認められる[平 24 受 349]

未収金請求(未収金のうち、一部が時効消滅し残部の約 2.6 億につき、債務者が 1.6 億の相殺を主張し、相続分 1/2 のため残額約 0.5 億を前訴で訴求したところ、2.6 億のうち 1.1 億が架空とされたが債務者が相殺を主張する債権も架空とされ、前訴で未収金は 1.5 億と認定され、相続した分だけでも訴求額より約 0.2 億多かったため、その差額を相続人死亡のためのその遺言執行者が訴求)→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却
○時効中断の否定「数量的に可分な債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合、当該訴えの提起による裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力は、その一部についてのみ生ずるのであつて、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるものではない(最判昭 34.2.20 参照)。そして、この理は、上記訴え(=「明示的一部請求の訴え」)に係る訴訟において、

弁済、相殺等により債権の一部が消滅している旨の抗弁が提出され、これに理由があると判断されたため、判決において上記債権の総額の認定がされたとしても、異なるものではない……なぜなら、当該認定は判決理由中の判断にすぎないのであって、残部のうち消滅していないと判断された部分については、その存在が確定していないのはもちろん、確定したのと同視することができるともいえないからである。したがって、明示的一部請求の訴えである別件訴えの提起が、請求の対象となっていなかった本件残部についても、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるということとはできない」

○裁判上の催告「明示的一部請求の訴えにおいて請求された部分と請求されていない残部とは、請求原因事実を基本的に同じくすること、明示的一部請求の訴えを提起する債権者としては、将来にわたって残部をおよそ請求しないという意思の下に請求を一部にとどめているわけではないのが通常であると解されることに鑑みると、明示的一部請求の訴えに係る訴訟の係属中は、原則として、残部についても権利行使の意思が継続的に表示されているものとみることができる。したがって、明示的一部請求の訴えが提起された場合、債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど、残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の催告として消滅時効の中断の効力を生ずるというべきであり、債権者は、当該訴えに係る訴訟の終了後6箇月以内に民法153条所定の措置を講ずることにより、残部について消滅時効を確定的に中断することができる」

○催告後の催告「消滅時効期間が経過した後、その経過前にした催告から6箇月以内に再び催告をしても、第1の催告から6箇月以内に民法153条所定の措置を講じなかった以上は、第1の催告から6箇月を経過することにより、消滅時効が完成するというべきである。この理は、第2の催告が明示的一部請求の訴えの提起による裁判上の催告であっても異なるものではない」→本件は前訴が催告後に提起されたため、残部の消滅時効完成

* 一部請求と過失相殺：外側説（全体から相殺：判例）⇔按分説（請求額から相殺）

【最判昭 48.4.5】 損害の費目と請求権の個数[前掲 昭 43 才 943]

損賠請求→一審：全部認容(過失3割)→控訴・付帯控訴：一部変更、請求拡張の一部認容(過失7割)→上告棄却
原告は、療養費、逸失利益(一部請求)、慰謝料をそれぞれ内訳を示して請求したが、一審は(慰謝料+逸失利益全額+慰謝料)×0.7より請求額が低いため全部を認容した。

「一個の損害賠償請求権のうちの一部が訴訟上請求されている場合に、過失相殺をするにあたっては、損害の全額から過失割合による減額をし、その残額が請求額をこえないときは右残額を認容し、残額が請求額をこえるときは請求の全額を認容することができる……このように解することが一部請求をする当事者の通常の意味にもそうものというべきであつて、所論のように、請求額を基礎とし、これから過失割合による減額をした残額のみを認容すべきものと解するのは、相当でない」

* 一部請求と相殺

・明示的一部請求に対する相殺の抗弁

【最判平 6.11.22 民集 48-7-1355】 明示的一部請求を超える部分での相殺[平 2 才 1146]

損賠請求(一部明示)→一審：一部認容(総額¥4,010,100 から未収代金¥965,000 相殺)→被告控訴棄却(総額¥4,850,100 から未収代金¥965,000 相殺、さらに¥610,000 の相殺も認めるが、それでも一審認容額より多いので、不利益変更禁止により棄却)→上告棄却

「特定の金銭債権のうちの一部が訴訟上請求されているいわゆる一部請求の事件において、被告から相殺の抗弁が提出されてそれが理由がある場合には、まず、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、原告の請求に係る一部請求の額が残存額の範囲内であるときはそのまま認容し、残存額を超えるときはその残存額の限度でこれを認容すべきである。けだし、一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては請求権が現存するとして請求するものであるため、右債権の総額が何らかの理由で減少している場合に、債権の総額からではなく、一部請求の額から減少額の全額又は債権総

額に対する一部請求の額の割合で案分した額を控除して認容額を決することは、一部請求を認める趣旨に反するからである」「一部請求において、確定判決の既判力は、当該債権の訴訟上請求されなかった残部の存否には及ばないとする事判例であり（最判昭 37.8.10）、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「相殺ヲ以テ對抗シタル額」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残存額が一部請求の額を超えるときは、一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否については既判力を生じない。したがって、一部請求を認容した第一審判決に対し、被告のみが控訴し、控訴審において新たに主張された相殺の抗弁が理由がある場合に、控訴審において、まず当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額が第一審で認容された一部請求の額を超えるとして控訴を棄却しても、不利益変更禁止の原則に反するものではない」

- ・ 明示的一部請求をした債権の残部を別訴で相殺の抗弁に用いる場合

【最判平 10.6.30】別訴で一部請求を明示し、残部を相殺の抗弁に用いた例[前掲 平 6 才 698]
相続がらみで訴訟の応酬があり、損賠 2.5 億のうち 0.4 億と明示して別訴で訴求後、不当利得返還請求(相続税等立替 1296 万円余)のこの訴訟でその損賠請求権のうち 0.4 億円を超える部分との相殺を抗弁として提出したもの。さらに控訴審で先立つ違法仮処分に対する異議申立て手続きでの弁護士費用 2000 万円・同遅延損害金についての相殺の抗弁を提出。いずれも原審は認めなかった。

「一個の債権の一部であっても、そのことを明示して訴えが提起された場合には、訴訟物となるのは右債権のうち当該一部のみに限られ、その確定判決の既判力も右一部のみについて生じ、残部の債権に及ばないことは、当裁判所の判例とするところである（最判昭 37.8.10 参照）。この理は相殺の抗弁についても同様に当てはまることであって、一個の債権の一部をもってする相殺の主張も、それ自体は当然に許容されることである」

「もっとも、一個の債権が訴訟上分割して行使された場合には、実質的な争点が共通であるため、ある程度審理の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少なからぬ負担をかける上、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ないではない。そうすると、右 2 のように一個の債権の一部について訴えの提起ないし相殺の主張を許容した場合に、その残部について、訴えを提起し、あるいは、これをもって他の債権との相殺を主張することができるかについては、別途に検討を要するところであり、残部請求等が当然に許容されることになるものとはいえない。しかし、こと相殺の抗弁に関しては、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提出されるものであり、相手方の訴求する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ものであるから、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は、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯、その後の審理経過等にかんがみ、債権の分割行使による相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存する場合を除いて、正当な防御権の行使として許容される……一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り、許される」→弁護士費用相当については「別件訴訟において訴求している債権とはいずれも違法仮処分に基づく損害賠償請求権という一個の債権の一部を構成するものではあるが、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべき」で相殺の抗弁が訴訟上の権利の濫用にあたるの特段の事情もないから、相殺の抗弁は排斥できない。破棄差戻し（園部補足）一部請求の別訴が棄却された(本判決と同日)ため、相殺の抗弁はもはや却下される。重複起訴でないけれども、実務上、併合審理をするか同一の裁判体で並行審理することが望まれる。

- ・ 不法行為の後遺障害における損賠の扱い

* 前訴の口頭弁論終結後に判明した後遺症に基づく損賠請求の可否

→同一の不法行為に基づく損賠請求は 1 個なら黙示の残部請求で違法：実質的に不当

- ・ 学説：明示の有無によらず、原告は後遺症につき前訴で訴求しえないから認めるべき

- ←前訴で訴求しえなかったなら黙示の一部請求で残部請求を常に認めることになる
- ・判例：前訴が明示の一部請求なら残部請求も適法
 - ←実質的妥当性を欠く、明示の一部請求を擬制するのも理論的にどうか

【最判昭 42.7.18 民集 42-7-18】 明示の一部請求と認め認容した例[昭 40 才 1232]

不法行為損賠請求→一審：棄却→控訴(請求額減縮)：取消・認容→上告棄却

後訴での請求の可否：「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合には、訴訟物は、右債権の一部の存否のみであつて全部の存否ではなく、従つて、右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない（最判昭 37.8.10 参照）。ところで、記録によれば、所論の前訴における被上告人の請求は、被上告人主張の本件不法行為により惹起された損害のうち、右前訴の最終口頭弁論期日たる同 35.5.25 までに支出された治療費を損害として主張しその賠償を求めるものであるところ、本件訴訟における被上告人の請求は、前記の口頭弁論期日後にその主張のような経緯で再手術を受けることを余儀なくされるにいたつたと主張し、右治療に要した費用を損害としてその賠償を請求するものであることが明らかである。右の事実によれば、所論の前訴と本件訴訟とはそれぞれ訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は本件訴訟に及ばないというべきであり、原判決に所論の違法は存しない」

消滅時効起算点：「被害者が不法行為に基づく損害の発生を知つた以上、その損害と牽連一体をなす損害であつて当時においてその発生を予見することが可能であつたものについては、すべて被害者においてその認識があつたものとして、民法七二四条所定の時効は前記損害の発生を知つた時から進行を始めるものと解すべきではあるが、本件の場合のように、受傷時から相当期間経過後に原判示の経緯で前記の後遺症が現われ、そのため受傷時においては医学的にも通常予想しえなかつたような治療方法が必要とされ、右治療のため費用を支出することを余儀なくされるにいたつた等、原審認定の事実関係のもとにおいては、後日その治療を受けるようになるまでは、右治療に要した費用すなわち損害については、同条所定の時効は進行しない……けだし、このように解しなければ、被害者としては、たとひ不法行為による受傷の事実を知つたとしても、当時においては未だ必要性の判明しない治療のための費用について、これを損害としてその賠償を請求するに由なく、ために損害賠償請求権の行使が事実上不可能なうちにその消滅時効が開始することとなつて、時効の起算点に関する特別である民法七二四条を設けた趣旨に反する結果を招来するにいたるからである」

【最判昭 61.7.17】 客観的に前訴の認容額が不相当になつた場合[昭 56 才 756]

土地不法占拠者への損害金請求(前訴で将来の給付の訴え認容)→一審：棄却→控訴：変更・一部認容→上告：一部破棄自判(控訴棄却)、一部上告棄却

○過去の特別損害：「従前の土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し仮換地の使用収益を妨げられていることによつて受ける損害の賠償を求める請求権は、通常生ずべき損害及び特別事情によつて生ずる損害を通じて一個の請求権であつて、その履行を求める訴えにおいて、通常損害と特別損害のいずれか一方についてのみ判決を求める旨が明示されていない場合には、たとへ請求原因としてはその一方のみを主張しているにとどまるときであつても、一部請求であることが明示されているのと同視しうるような特段の事情の存在しない限り、これに対する判決の既判力は右請求権の全部に及び、新たに訴えを提起して、右請求を一部請求であつたと主張し、他の一方の損害の賠償を求めることはできないものと解するのが相当である。そして、この理は、右請求がすでに発生した損害の賠償を求めるものであるか、将来継続的に発生すべき損害の賠償を将来給付の訴えにより請求するものであるかによつて差異を生ずるものではない」

○事情変更：「従前の土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し、将来の給付の訴えにより、仮換地の明渡に至るまでの間、その使用収益を妨げられることによつて生ずべき損害につき毎月一定の割合による損害金の支払を求め、その全部又は一部を認容する判決が確定した場合において、事実審口頭弁論の終結後に公租公課の増大、土地の価格の昂騰により、又は比隣の土地の地代に比較して、右判決の認容額が不相当となつたときは、所有者

は不法占拠者に対し、新たに訴えを提起して、前訴認容額と適正賃料額との差額に相当する損害金の支払を求めることができる……けだし、土地明渡に至るまで継続的に発生すべき一定の割合による将来の賃料相当損害金についての所有者の請求は、当事者間の合理的な意思並びに借地法一二条の趣旨とするとともに、土地明渡に近い将来に履行されるであろうことを予定して、それに至るまでの右の割合による損害金の支払を求めるとともに、将来、不法占拠者の妨害等により明渡が長期にわたって実現されず、事実審口頭弁論終結後の前記のような諸事情により認容額が適正賃料額に比較して不相当となるに至った場合に生ずべきその差額に相当する損害金については、主張、立証することが不可能であり、これを請求から除外する趣旨のものであることが明らかであるとみべきであり、これに対する判決もまたそのような趣旨のもとに右請求について判断をしたものというべきであつて、その後前記のような事情によりその認容額が不相当となるに至った場合には、その請求は一部請求であつたことに帰し、右判決の既判力は、右の差額に相当する損害金の請求には及ばず、所有者が不法占拠者に対し新たに訴えを提起してその支払を求めることを妨げるものではない] 前訴から間もない(口頭弁論終結の約2年以内) S55.3.31 まで(控訴審の現在の給付判決部分)は破棄自判、その後(将来の給付)は上告棄却。

・時的限界説：前訴で原告が債権全部の数额を明らかにできる場合が一部請求

→後遺症は不可能だから同一の不法行為に基づくが別個の被侵害利益で別の訴訟物とすべき

【最判昭 43.4.11】身体傷害による民事調停後の死亡による慰謝料請求[昭 39 才 538]

不法行為損害請求(交通事故で母受傷、民事調停成立後に母が死亡したため慰謝料と事故による帰郷・看護費用等を請求したもの)→一審：棄却→控訴棄却→上告：慰謝料部分のみ破棄差戻し、その他棄却

○看護費用等「右調停は、山本しまの受傷による損害賠償については有効に成立したものと認められ、従つて、本訴において上告人の請求する三万一千円の財産上の損害賠償請求は、右調停において、既に解決済であり、上告人の右財産上の損害賠償請求権を、本訴において主張することはできないものというべき」

○慰謝料「精神上の損害賠償請求の点については、山本しまおよび上告人らはまず調停において山本しまの受傷による慰謝料請求をし、その後山本しまが死亡したため、本訴において、同人の死亡を原因として慰謝料を請求するものであることは前記のとおりであり、かつ、右調停当時山本しまの死亡することは全く予想されなかつたものとすれば、身体侵害を理由とする慰謝料請求権と生命侵害を理由とする慰謝料請求権とは、被侵害権利を異にするから、右のような関係にある場合においては、同一の原因事実に基づく場合であつても、受傷に基づく慰謝料請求と生命侵害を理由とする慰謝料請求とは同一性を有しない……右調停が……死亡による慰謝料も含めて、そのすべてにつき成立したと解し得るためには、原判決の確定した事実関係のほか、なおこれを肯定し得るに足る特別の事情が存し、且つその調停の内容が公序良俗に反しないものであることが必要である……右しまは老齢とはいえ、調停当時は生存中で……右調停はしま本人も申立人の一人となつており、調停においては申立人全員に対して賠償額が僅か五万円と合意された等の事情にあり、これらの事情に徴すれば、右調停においては、一般には山本しまの死亡による慰謝料についても合意したものと解されない……なお山本しまの死亡による慰謝料についても合意されたものと解するためには、山本しまの受傷が致命的不可回復的であつて、死亡は殆んど必至であつたため、当事者において同人が死亡することあるべきことを予想し、そのため、死亡による損害賠償をも含めて、合意したというような前記のごとき特別の事情等が存しなければならない」

第5章 訴訟の審理

第1節 手続の進行

第1款 職権進行主義等

1. 職権進行主義の意義及び趣旨を理解している。
 - ・ 職権主義⇔当事者主義：審理手続を構成する行為の主体を裁判所とするか当事者とするか
 - ・ 職権進行主義：審理手続の進行の決定権を裁判所に与える原則。民訴法の原則
∴ 審理の適正・迅速な運営、争点の整理・圧縮、適切な紛争解決
⇔ 審理の内容面（裁判所の判断資料の形成）は弁論主義が妥当し、職権は釈明権など限定的
 - ・ 訴訟指揮権：このために裁判所に付される権能をいう。期日指定や釈明権行使など
 - * 主体：受訴裁判所が原則だが、裁判長が行使する場合、裁判長に帰属する場合などがある
 - * 分類
 - ・ 審理の進行に関する行為：期日指定・変更(§93)、期間伸縮(§96)、中断手続(§129)など
 - ・ 審理の整序に関する行為：弁論分離・併合・再開(§152,153)、裁量移送(§17,18)など
 - ・ 期日における当事者の訴訟行為の整序に関する行為：裁判長による口頭弁論の指揮(§148)
 - ・ 訴訟関係を明瞭にするための措置：期日における釈明権(§149)、釈明処分(§151)
 - * 行使方法：事実行為又は裁判（命令・決定形式）だが、いつでも取り消せる(§120)
 - ・ 当事者の申立て：職権行使を促すだけで、応答義務はない。但し、応答義務を課す例外あり
2. 手続の進行面での当事者の意向の尊重について、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 当事者で決められるもの：当事者の申立て+相手方同意による必要的移送(§19)、当事者間の合意による最初の期日の変更(§93-3 但書)など
 - ・ 当事者の意見聴取義務があるもの：弁論準備手続(開始§168、音声通信§170-3、)、書面による準備手続(§175)、証人尋問の順序変更(§202-2)など

第2款 期日・期間

1. 期日の指定・変更についての規律について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 期日：当事者・訴訟関係人・裁判所が会合して訴訟行為をなすための時間
- ・ 法廷：期日が開かれる場所。裁判所又はその支部が原則(裁判所§69-1,2)
- ・ 期日の指定(§93-1,則 35)：裁判長 (or 主宰裁判官) が命令で指定する
 - * 当事者の申立ても可能→裁判長は期日指定/却下決定→抗告可能(§328)

【大決昭 6.4.22】 訴訟上の和解を無効と主張した期日指定の申立てへの判断形式 (判決)

「訴訟物ニ付和解契約成立シ因テ訴訟ノ終了アリタル裁判上ノ和解ニアリテモ其ノ訴訟物タル私法上ノ権利又ハ法律関係ニ付為サレタル和解ハ常ニ私法上ノ契約ニシテ裁判上ノ力締結アリタルカ為メ其ノ性質ヲ変スルモノニアラス從テ其ノ契約ニシテ要素ノ錯誤ニ基クモノナルトキハ無効ナルコト論ナシ。左レハ右ノ場合ニ於テ私法上ノ和解契約ニシテ無効ナル以上ハ其ノ有効ナルコトヲ前提トシテ訴訟ヲ終了セシムヘキ合意ハ其ノ効カヲ生スヘキ筋合ニアラサルカ故ニ訴訟ハ尚存続スルモノト解セサルヘカラス。從テ右ノ如キ裁判上ノ和解成立後當事者カ訴訟物タル私法上ノ権利関係ニ付テノ私法上ノ和解力意思表示ノ要素ニ錯誤アル為メ無効ナリト主張シ期日指定ノ申立ヲ為シタルトキハ裁判所ハ其ノ主張ノ如キ要素ノ錯誤アリテ契約力無効ナリヤ否換言スレハ訴訟カ尚存続スルモノナリヤ否口頭弁論ヲ開キ之ヲ調査シ判決ヲ以テ裁判スヘキモノニシテ単ニ裁判上ノ和解アリタルモノナリトノ事ニ因リ期日ノ指定ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ」(訴訟上の和解に錯誤無効主張)

【大決昭 8.7.11】 訴えの取下げを無効と主張した期日指定の申立てへの判断形式 (判決)

要旨「当事者カ取下ノ効カノ生セサルコトヲ主張シ口頭弁論期日ノ指定ヲ求メタルトキハ期日ヲ指定シ判決ヲ以テ其ノ当否ヲ審査スヘキモノトス」

- ・ 期日の呼出し(§94)：相当な方法でよい(呼出状送達、出頭時の告知、通常郵便、電話等)
 - * ただし、呼出状送達・出頭時告知以外は、来なくても原則不利益を帰せられない(#2)
- ・ 期日の変更(§93-3,4)：指定期日の実施前にこれを取消し、別の期日を指定する決定
 - * 要件：顕著な事由(期日の変更を必要とする事由)の存在(#3,則 36)
 - ・ 期日の出頭・訴訟行為が困難で、当事者の弁論権を不当に制限する場合(則 37に不可の例)
 - ・ 最初の期日の変更：当事者の合意だけでもできる(#3但書)
 - ・ 弁論準備手続きを経た口頭弁論期日の変更：やむをえない理由が必要(#4)：計画的審理

【最判昭 50.7.21】 相手方の同意があっても口頭弁論期日の変更の申請を却下してよい[114]

原告は同意したが、単に被告代理人が名古屋に出張することとなったというだけで、資料を添付しなかった。

【最判昭 57.9.7】 代理人を口頭弁論 2 日前に選任しただけでは申請を却下してよい[115]

本人訴訟の控訴審で、第 2 回口頭弁論期日(3/16)に裁判所から代理人を選任するよう勧告され、第 3 回(4/15)は本人不出頭で延期、指定された第 4 回(6/10)の 2 日前に選任された代理人が弁論準備のために変更申請した。

* 不服申立て：変更決定・変更申立て却下決定とも不服申立ては不可：職権の尊重

【大決昭 5.8.9】 変更申立て却下への不服申立てはできない

- ・ 期日の種類：口頭弁論期日、弁論準備手続期日、進行協議期日(則 95)、判決言渡期日(則 156)、証拠調べの期日、和解期日など
2. 期間の種類及び計算について、具体例を挙げて説明することができる。
- ・ 期間：一定の時間の経過について訴訟法上の効果が付与される場合の時間の経過
 - ・ 真正期間(固有期間)：本来の期間。期間伸縮や追完が可能。

* 期間の目的による分類

- ・ 行為期間：当事者が訴訟行為をなすべき期間。この間にしないと期間の懈怠で失権等になる
例：訴状補正期間(§137-1)、準備書面提出期間(§162)、期日指定申立期間(§263)、
上訴期間(§285,313,332)など。 ；審理手続の適正・迅速な進行
- ・ 猶予期間（中間期間）：行為をなす前提としての一定時間の猶予 ；当事者の利益保護
例：公示送達の見せ後効力発生までの期間(§112)

* 期間の変更の可否による分類

- ・ 法定期間：期間の長さが法律上一定のものでされているもの
 - ・ 通常期間：法定期間は原則として伸縮が可能(§96-1 本文)
※伸縮は裁判所の職権で、当事者の申立権は認められない
 - ・ 不変期間：裁判所が伸縮できないもの。但し、遠隔地居住者に付加期間は可能(§96-2)
例：上訴関係(§285,332,342 等)がほとんど。
- ・ 裁定期間：裁判等によって長さを定めることができるもの。伸縮可能(則 38)
例：裁判所の決定(§75-5:担保提供命令)、裁判長の命令(§137-1:訴状の補正)、
受命裁判官(§176-2:書面による準備手続のうち、高裁で受命裁判官による場合)
- ・ 不真正期間：法律効果が生じない、期間伸縮・追完が不可など、本来の期間と異なるもの
- * 職務期間：期間が経過しても法律効果がないもの(§251-1：判決言渡しと口頭弁論終結日)
- * 除斥期間：期間の伸縮も追完の余地もないもの(§342-2：再審期間)
- ・ 期間の計算：民法の原則による(§95-1)、末日が休日ならその翌日で満了(§95-3)
 - * 始期：法定期間は事由発生時。裁定期間は定めがないと裁判の効力発生時(§95-2)
 - * 訴訟手続の中断・中止(§132-2)：進行を停止し、解消後に最初から進行し直す

3. 訴訟行為の追完を理解している。

- ・ 訴訟行為の追完(§97-1)：不変期間徒過後でも、訴訟行為が許される場合
 - * 追完の性質：それ自体は訴訟行為ではなく、不変期間徒過後の訴訟行為を適法とする主張
 - * 上訴の追完：形式上確定した判決の執行停止の可否の基準
→§403-1 の 1 号類推(通説：再審、厳格)、2,3 号類推(少数：上告・控訴、緩やか)
 - * 不変期間以外に類推適用されるか：判例は否定。事後の伸長で救済する例はある

【最判昭 33.10.17】追完が許されるのは法文に従い不変期間に限られる

【最判昭 43.5.2】上告理由書提出期間経過後の提出期間伸長を認めた例[昭 40 才 1180]

控訴審で決定的だった証人を偽証罪で告訴し、証明十分だが情状で起訴猶予となったとして上申書を追加提出したため、提出日まで上告理由書提出期間を伸長する決定を事後に行った(最判昭 42.12.20)→破棄差戻し。ただし、もともとの上告理由書提出期間に上告理由書を提出している。

* 要件：当事者に帰責できない事由による、事由消滅後 1 週間以内（#2: 1 週間は不変期間）
§97-1 当事者がその責めに帰することができない事由により不変期間を遵守することができなかった場合には、その事由が消滅した後一週間以内に限り、不変期間内にすべき訴訟行為の追完をすることができる。ただし、外国に在る当事者については、この期間は、二月とする

- ・ 天災地変による書面提出遅延、合理的に予測できない郵便局のストなど

【最判昭 55.10.28】速達なのに送達に 6 日かかった場合[昭 54 才 613]

第一審判決正本受送達 12/15、12/26 控訴状を代理人山田正彦が書留速達発送、翌 1/1 配達。

「右期間不遵守が年末年始における郵便業務の渋滞しがちな特殊事情等から生じたとしても、本件控訴状の配達
の遅延は控訴代理人において予知することのできない程度のものであった疑いがあり、本件控訴については、民
訴法一五九条一項所定の追完事由のあることを認め、その追完を許したうえでこれを適法な控訴の申立として取
り扱う余地があった……原審が、右追完の事由の存否について十分な職権調査を尽くすことなく、法定の控訴
期間を経過したことにつき上告人の責に帰すべからざる事由の存したことをうかがい知る資料がないことを理
由に本件控訴を不適法として却下した」のは審理不尽結果不備の違法あり→破棄差戻し

- ・ 公示送達による場合（但し、受送達者側の合理的期待に反する場合）

【最判昭 42.2.24】原告が住所地を知らずながら公示送達で起訴した場合[昭 41 才 935]

S32.3.22 一審判決言渡し→26 公示送達、27 効力発生→S35.7.21 控訴申立て（被告勝訴→原告上告）

「控訴人は、本訴提起以前より法定代理人である母はるゑと共に判示の場所に住民登録をして居住していたと
ころ、被控訴人（上告人橋本）およびその代理人秋山弁護士は、本訴提起前に控訴人およびその母はるゑがその本
籍地に居住していないで判示の場所に居住していることを知り、昭和三十一年九月頃右住居に母はるゑを訪問し、
本件土地所有権移転登記請求のことで折衝したが、同女が容易に承諾しなかつたので、当時土地の登記簿上の住
所地であつた前示本籍地をもつて控訴人の住所地であると称して控訴人に対し本訴を提起し、受送達者の住所が
不明であるとして控訴人に対する書類の送達につき公示送達の申立をなし、原審においてこれが許容されて公示
送達の方法により控訴人不出頭のまま審理判決され、その判決の送達も前示のように公示送達の方法によつてな
された……このような場合、控訴人の法定代理人はるゑが判示日時に判示の事情の下に漸く本件判決の公示送達
の事実を知り、直ちに前記のように控訴提起に及んだ本件においては、控訴人がその責に帰することができない
事由により不変期間を遵守することができなかつた場合として本件控訴提起を適法と解すべきである」

【最判昭 54.7.31】被告が訴訟係属を知りつつ住所を知らせなかつた場合[昭 54 才 46]

S52.12.27 一審判決言渡し・公示送達、28 効力発生→S53.1.23 控訴申立て（控訴却下→原告棄却）

本件原告が原告、本件被告が代表の有限会社が被告、訴訟代理人も共通の別件訴訟の際、本件損害請求の提起を
におわせており、原告訴訟代理人が被告訴訟代理人に被告の住所を教えてほしいと伝え、52 年秋には被告もそ
れを伝えられるとともに、本件訴訟の提起を知っていたという「事実関係のもとにおいては、他日判決が言い渡
されるであろうことは十分予想され、しかもその内容が上告人にとって不利なものとなることも優に予測される
のであるから、上告人がなんらの調査もせずに控訴期間を徒過したことは重大な怠慢というべきであつて、右判
決の送達が公示送達によってされたからといって控訴期間を遵守することができなかつたことが上告人の責め
に帰することのできない事由によるものであるということとはできない」

- ・ 訴訟代理人・その補助者の過失による徒過

【最判昭 27.8.22】訴訟代理人補助者の過失による徒過[昭 26 才 45]

訴訟代理人の法律事務所に常勤する弁護士が高裁から判決正本を直接受領したが、報告しなかつたため上告申立
書提出が 2 週間経過後になつたもの。「記名押印のある送達報告書用紙の持参者を送達名宛人自身と同視し、こ
れに判決正本を交付して民訴一六三条の送達をすることは裁判所多年の慣行であるのみならず、同条の解釈とし
て許される……から、上告人に対する原判決正本は適法に送達された」「然るに本件上告が右送達後法定の期間
内になされ得なかつたのは、前記御手洗文麿が原判決正本受領の事実を送達名宛人たる成富信夫に告げなかつた
ため」「されば本件上告期間の徒過は民訴一五九条にいわゆる「当事者が其の責に帰すべからざる事由により不
変期間を遵守すること能わざりし場合」にはあたらない……追完は許されない」（上告却下）

- ・ 従来の実務慣行が最高裁で誤りとされた場合

【最決平 15.11.13】最高裁判例がないもので実務慣行に従つたもの[平 15 許 21]

H14.3.27 共同相続人間の遺産分割等を定める審判→4.2 抗告人へ告知→8 全員に告知完了→22 即時抗告

「相続人は、自らが審判の告知を受けた日から2週間を経過したときは、もはや即時抗告をすることは許されない」が「この場合における即時抗告期間に関しては、先例となるべき当裁判所の判例はなく、記録によれば、家庭裁判所における実務においては、告知を受けた日のうち最も遅い日から全員について一律に進行すると解する見解及びこれに基づく取扱いも相当広く行われており、本件においても、抗告人が本件審判の告知の日がいつであるかを原々審に問合せた際に、担当の裁判所書記官は、平成14年4月8日に相続人全員に対する告知が完了した旨の上記の実務上の取扱いを前提とする趣旨の回答をしていること、抗告人は、この回答に基づき、その日から2週間以内である同月22日に本件即時抗告をしたことが認められる……これらの事情を考慮すると、抗告人は、その責めに帰することのできない事由により即時抗告期間を遵守することができなかったものと認めるのが相当であり、本件即時抗告が即時抗告期間を徒過した不適法なものともみることができない」→破棄差戻し

第3款 送達

1. 送達制度の意義を理解している。

- ・ 当事者その他の訴訟関係人に対して、訴訟上の書類の内容を了知させるために、法定の方式に従って書類を交付しまたは交付を受ける機会を与え、かつその行為を公証する裁判所の訴訟行為
∴ 当事者に対する訴訟行為をなすための手続保障 + 紛争防止のための公証
 - * 対象：訴訟係属（訴状、控訴状）、不変期間開始（判決書）、その他重要事項（訴訟告知書等）
 - * 職権送達主義が原則(§98-1)、当事者申立主義は公示送達のみ(§110)
- ・ 送達類似の制度
 - * 通知：事実等を伝達する行為だが、方式の定めがない(§127, 則 65, 104)
 - * 公告：事実等を伝達する行為だが、一般人に対するもの(民執 64-5, 破 10)
 - * 送付：訴訟関係書類を伝達するが、送達の厳格な方式によらない(則 47)
 - * 直送：当事者が相手方に対して直接送付を行う方法(則 47)
- ・ 送達の要否

【最判平 8.5.28】 訴状却下が明白な場合の被告への訴状の送達は不要[前掲 平 7 行ツ 67]

行政訴訟の敗訴が上告棄却で確定したのに、国を被告に判決無効確認の訴えを提起したもの。

* 抗告審での送達・送付の必要性：攻撃防御の機会が必要なら送達・送付も必要

【最決平 23.4.13】 相手方に知らせないでした抗告審の取消決定（破棄） [平 22 ク 1088]

文書提出命令（時間外勤務手当請求訴訟におけるタイムカード）→抗告：取消決定→特別抗告：破棄差戻し

「記録によれば、相手方が提出した即時抗告申立書には、相手方が本件文書を所持していると認めた原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され、かつ、原々決定後にその写しが提出された書証が引用されているにもかかわらず、原審は、抗告人に対し、同申立書の写しを送付することも、即時抗告があったことを抗告人に知らせる措置を執ることもなく、その結果、抗告人に何らの反論の機会を与えないまま、上記書証をも用い、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取消し、本件申立てを却下している……抗告人において、相手方が即時抗告をしたことを知っていた事実や、そのことを知らなかったことにつき、抗告人の責めに帰すべき事由があることもうかがわれない。以上の事情の下においては、原審が、即時抗告申立書の写しを抗告人に送付するなどして抗告人に攻撃防御の機会を与えることのないまま、原々決定を取り消し、本件申立てを却下するという抗告人に不利益な判断をしたことは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するというべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法がある」

【最決平 23.9.30】 相手方に知らせないでした抗告審の取消決定（維持） [平 23 ク 230]

補助参加許可決定→抗告：取消決定→特別抗告：棄却

「補助参加の許否の裁判は、民事訴訟における付随手続についての裁判であり、純然たる訴訟事件についての裁判に当たるものではないから、原審が、抗告人（原審における相手方）に対し、即時抗告申立書の副本の送達をせず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが憲法 3 2 条に違反するものではない」「なお、原々決定を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するに当たり、即時抗告申立書の副本の送達又はその写しの送付をしなかった原審の措置には、抗告審における手続保障の観点から見て配慮に欠けるところがあったことは否定することができないが……原審においては、抗告人に補助参加の利益が認められるか否か等の補助参加の許否をめぐる純粋の法的问题のみが争点となっていて、その前提となる事実関係が争点となっていたわけではなく、上記の法的问题については、原々審において攻撃防御が尽くされ、原審において新たな法的主張が提出されたわけでもないから、その審理手続に裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとはいえない」

* 非訟事件の場合：送達がなくても特別抗告理由にならない（旧法下）

→非訟事件手続法 69-1,家事事件手続法 88-1 は原則として写しを送付する必要がある

【最決平 20.5.8】 家事審判の抗告審で相手方に知らせなかった場合[平 19 ク 1128]

婚姻費用分担請求（妻→夫）→抗告：変更決定→特別抗告：棄却。夫の年収は定年近い小学校教諭で 1087 万円、妻の年収 159 万円、夫と養子縁組した妻の長女は妻と同居しているが、同居より別居の方が長いので、一番は月 12 万円、抗告審は月 16 万円とした。特別抗告は棄却。抗告審で抗告状の副本が送達されていなかったのに不利益処分があった。ただし、特別抗告人の有利な事情は請求異議の申し立てで主張できるものではあった。「原審においては、抗告人に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことがうかがわれ、抗告人は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとすると、原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強いし、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であったというべきである。以上のとおり、原審の手続には問題があるといわざるを得ないが、この点は特別抗告の理由には当たらないところである」

（田原補足）審理不尽のそしりは免れないが、手続全体をみれば違憲とはいえない

（那須反対）少なくとも強い争訟性を有する類型の審判は、「憲法 3 2 条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき」この利益は審問請求権の核心であり、非訟事件でも憲法 32 条の保護の対象になりうる。旧法の「解釈としても即時抗告により不利益変更を受ける抗告人に対して反論の機会を与えるために即時抗告の抗告状等を送達ないし送付する必要がある」。実務の運用も同様である。なお、本件は違憲を理由とする特別抗告で、許可抗告ではないが、原決定が放置されてしまうから、職権で原決定を破棄するのが例外的に許されるべき。

【最決平 21.12.1】 遺産分割審判での同様の事件（抗告棄却）[平 21 許 17][平 21 ク 470]

抗告人は即時抗告を知っていたと何われ、また攻撃防御の必要がある点はなかったもの。

（平 21 許 17）違法はないとして許可抗告棄却、那須反対

（平 21 ク 470）合憲として特別抗告棄却。那須意見（許可抗告で破棄すれば足りる）

2. 各種の送達方法の概要について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 送達事務取扱機関：裁判所書記官(§98-2)⇔送達の主体は裁判所
- ・ 送達実施機関（吏員）：送達の実施にあたる機関
 - * 原則(§99)：執行官・郵便の業務に従事する者(郵便 49 の特別送達)
 - * 例外：廷吏(裁判所 63-3、執行官の代わり)、裁判所書記官(§100、出頭者に対する送達)、その国の管轄官庁・日本の大使等(§108,則 45、外国における送達)
- ・ 送達報告書(§109)：紛争防止のため作成される。欠いても他の方法で証明されれば送達は有効
- ・ 受送達者（送達名宛人）：送達の名宛人（送達書類に応じて法定）
 - * 送達受領者：現実に訴訟書類を受領する者（送達名宛人と異なってもよい場合がある）
 - * 送達名宛人が訴訟関係人と異なる場合：訴訟無能力者（→法定代理人、§102-1）、法人（→代表者、§37）、訴訟代理人がいる場合（原則は代理人だが、本人でも違法ではない）、数人の共同代理人（→1人でよい、§102-2）、刑事施設被収容者（→刑事施設の長、§102-3）

【最判昭 25.6.23】 訴訟代理人がある場合の本人宛送達も適法（損賠請求事件）[前掲]

- ・ 送達の場所

- * 原則(§103-1) : 名宛人住所・居所・営業所・事務所 + 本人営業所・事務所(法定代理人宛)
- * 送達場所の届出(§104) : 受訴裁判所への届出義務があり、届出後はそこへ送達される
→懈怠すると、付郵便送達等により処理されても文句がいない
- ・ 送達の方法 : 原則は交付送達
 - * 交付送達(§101) : 名宛人に対して現実に送達書類の謄本を交付する方法
 - ・ 就業場所における送達 : 名宛人の就業場所とするもの(§103-2)
←本来の送達場所不明・本来の送達場所での送達に支障あり・本人の申出
 - ・ 出会送達(§105) : 名宛人に会った場所とするもの
←日本での住所不明で送付先未届なら受領義務あり、それ以外も可だが拒まない場合のみ
 - ・ 裁判所書記官送達(§100) : 所属する裁判所の事件について出頭した者に対してする
 - ・ 補充送達(§106-1,2) : 代人(「使用人その他の従業者又は同居者であって、書類の受領について相当のわきまえのあるものに書類を交付する」もの)
←郵便局の窓口で交付する場合も認められる。就業場所では任意に受領する場合に限る。
 - ・ 差置送達(§106-3) : 受領すべき者を特定している場合に、送達場所に書類を差し置くもの。
←受領義務のある名宛人・代人が正当な理由なく受領を拒む場合
 - * 付郵便送達(§107) : 執行官・郵便職員等の交付送達が奏功しない場合に書留郵便等とする
 - ・ 要件 : 交付送達・補充送達・差置送達の不奏功(書記官送達・出会送達は不要)
←1号 : 本来の送達場所・就業場所、2号 : 届出送達場所、3号 : 同未届の場合の送達場所
 - ・ 交付送達すべき場所宛に書留郵便を発送した時点で送達されたとみなす(#3)
→返戻されても民訴法上は有効。ただし、普通郵便でその旨通知される(則 44)

【最判平 7.9.5】付郵便送達による実体法上の時効中断の効力の有無(否定)[平 7 才 374]

「債権者から物上保証人に対する不動産競売の申立てがされ、執行裁判所のした開始決定により物上保証人に対して差押えの効力が生じた後、債務者に右決定の正本が送達された場合には、時効の利益を受けるべき債務者に差押えの通知がされたものとして、民法一五五条により、債務者に対して、当該担保権の実行に係る被担保債権について消滅時効の中断の効力を生ずるが(最判昭 50.11.21 参照)、右送達が決定の正本を書留郵便に付してされたもの(民執 20,民訴 172 参照)であるときは、右正本が郵便に付して発送されたことによってはいまだ時効中断の効力を生ぜず、右正本の到達によって初めて、債務者に対して消滅時効の中断の効力を生ずる……けれど、不動産競売の開始決定の正本の送達が書留郵便に付してされた場合には、民事執行法二〇条において準用する民訴法一七三条の規定により、右正本の発送の時に送達があったものとみなされるが、そのような効果は不動産競売の手続上のものにとどまるのであって、実体法規としての民法一五五条の適用上、差押えが時効の利益を受ける者である債務者に通知されたというためには、債務者が右正本の到達により当該競売手続の開始を了知し得る状態に置かれることを要するものというべきであるからである」(保証債務金請求:請求棄却→上告棄却)

- * 公示送達(§111) : 裁判所掲示場に呼出状を掲示し、出頭すれば送達書類を交付する方式
 - ∴相手方の住所等が不明であれば送達ができず、他方当事者の裁判を受ける権利を損なう
 - ・ 要件 : ①送達場所不明、②付郵便送達不能、③108条の外国における送達が不能、④外国の管轄官庁に嘱託後6月経過しても証明書面の送付がない、のいずれか
 - ・ 手続 : 当事者の申立て(例外 : 職権←訴訟遅滞回避・2回目以降) →裁判所書記官が行う
←異議申立て可能(所属裁判所の決定 : §121)

- ・効力(§112)：掲示後2週間(2回目以降は翌日、外国の場合6週間：猶予期間)で有効
←法定期間だが、延長のみ可能で短縮不可(§112-3)
 - ・公示送達による意思表示の到達(§113)：本来は民法98条による(管轄が違う場合がある)
→公示送達の書類でした訴訟・請求関係の意思表示は2週間でみなし到達
 - ・名宛人の救済：訴訟行為の追完(§97)or再審(§338-1:5：確定判決の騙取のような場合)
3. 補充送達、書留郵便に付する送達、公示送達において、名宛人に書類が到達しなかった場合等の問題点について具体例に即して説明することができる。
- ・就業場所における補充送達で、名宛人が名目上の取締役に過ぎない場合：補充送達は無効
【最判昭 60.9.17】就業場所における補充送達の効力(否定)[昭 60 才 347]
「送達を受けるべき者の就業する場所とは、受送達者が現実業務についている場所をいう……被上人らを受送達者とする所論の訴状副本、口頭弁論期日呼出状……、第一審判決正本は……いずれも……訴外会社の事務所を被上人らの就業場所とし、同所において、訴外会社の取締役である前田毅に対して交付するいわゆる補充送達の方法により送達が行われたものとされているが、被上人らは、名目上訴外会社の取締役に就任しているものの株式会社ケット科学研究所に勤務している者であって、訴外会社からは給与、報酬等何らの金員の支払を受けたこともなく、また前記事務所に出勤したこともないというのであるから、右事務所は被上人らの就業する場所に当たらない……したがって、前田毅に対する前記各送達書類の交付につき同法一七一条二項の規定を適用して被上人らに対し有効な送達がなされたものと認めることはできない」
 - ・事実上利害対立のある者が補充送達で受け取った場合：補充送達は有効だが再審事由となる
【最決平 19.3.20】補充送達の受領人と名宛人に事実上の利害関係がある場合[平 18 許 39]
貸金請求訴訟(同居義父が受取。義父宛貸金を本訴原告が連帯保証だが、原告主張によれば義父が勝手に押印していた、判決に代わる調書は付郵便送達で返戻。)→再審請求：棄却→抗告棄却→許可抗告：破棄差戻し
○補充送達の有効性：法文上、代人「に書類を交付すれば、受送達者に対する送達の効力が生ずるものとしており、その後、書類が同居者等から受送達者に交付されたか否か、同居者等が上記交付の事実を受送達者に告知したか否かは、送達の効力に影響を及ぼすものではない(最判昭 45.5.22 参照)……受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等が、その訴訟において受送達者の相手方当事者又はこれと同視し得る者に当たる場合は別として(民法108条参照)、その訴訟に関して受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には、当該同居者等に対して上記書類を交付することによって、受送達者に対する送達の効力が生ずる……仮に、抗告人の主張するような事実関係があったとしても、本件訴状等は抗告人に対して有効に送達された」
○民訴 338-1:3 再審事由の有無「同事由の存否は、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか否かの観点から改めて判断されなければならない。すなわち、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合において、実際にもその交付がされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に関与する機会を与えられたことにならない……当該同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が実際に交付されず、そのため、受送達者が訴訟が提起されていることを知らないまま判決がされたときには、当事者の代理人として訴訟行為をした者が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法338条1項3号の再審事由がある」→原告主張の事由の有無審理のため差戻し
 - ・付郵便送達：実務は、送達不奏功の場合、申立人に就業場所等の照会をさせ、その上で判断
→この判断は書記官の裁量なので、逸脱や合理性を欠く事情がない限り適法
→就業先を知っているのに秘匿して付郵便送達をさせた場合は無効
【最判平 10.9.10 判時 1661-81】付郵便送達の適法性(肯定)[平 5 才 1211]

貸金等請求事件で、S61.3 提訴したが、S61.1~4 まで被告が本州に出張中のため自宅への送達が不奏功で、S60.11 ごろ原告に対して勤務先に送付するよう依頼し、また勤務先に確認して本州出張中と聞いたのに、勤務先不明・自宅に家族在住として報告したため、裁判所が S61.4.11,同 21 に付郵便送達し、留置期間満了で差戻され、欠席判決となった上、判決正本も S61.5 末~6 頭に被告に送達されたのに被告の妻が隠した（元々妻のカードの未払い金）もの。この被告が原告オリエントと国に損賠請求した→一審：棄却→控訴：オリエント一部認容（前訴認容額の損賠）、国棄却→双方上告：破棄自判（損賠棄却、慰謝料破棄差戻し、他上告棄却）

「民事訴訟関係書類の送達事務は、受訴裁判所の裁判所書記官の固有の職務権限に属し、裁判所書記官は、原則として、その担当事件における送達事務を民訴法の規定に従い独立して行う権限を有する……受送達者の就業場所の認定に必要な資料の収集については、担当裁判所書記官の裁量にゆだねられているのであって、担当裁判所書記官としては、相当と認められる方法により収集した認定資料に基づいて、就業場所の存否につき判断すれば足りる。担当裁判所書記官が、受送達者の就業場所が不明であると判断して付郵便送達を実施した場合には、受送達者の就業場所の存在が事後に判明したときであっても、その認定資料の収集につき裁量権の範囲を逸脱し、あるいはこれに基づく判断が合理性を欠くなどの事情がない限り、右付郵便送達は適法である」→そのような事情はない（上告棄却）

【釧路地決昭 61.10.17】就業場所を知りつつ秘匿してされた付郵便送達(否定)[昭 61 ソ 3]

仮執行付支払命令に対する異議申立：却下→抗告：原決定取消・異議認容
上と似ているが別の人。請求もジャックス。

「民事訴訟法一七二条は、住所、居所等において受送達者にもその代人にも出会わなかつたために、通常の交付送達はもとより補充送達も差置送達もできなかつた場合であつて、かつ、就業場所が判明していない場合又は就業場所における送達も不奏功の場合に、書記官が送達書類を住所、居所等にあてて書留郵便に付して発送する方法により、送達を実施することができる旨定めたものであるところから、受送達者の就業場所が判明して送達することが可能であつたにもかかわらずこれをすることなく行われた書留郵便に付する送達は、その要件を欠き違法である」債務者は勤務先を伝えており、「相手方は早期に債務名義を取得しようという不当な意図の下に、抗告人に就業場所があることを、同裁判所に秘匿していたことが明らかであるから、本件は実質的には就業場所が判明している場合にあたるものというべきであり、結局本件仮執行宣言付支払命令正本は抗告人の就業場所に送達することが可能であつたものであるのにもかかわらず、抗告人の就業場所への送達を行わずに書留郵便に付して送達されたものといわざるを得ない。そうすると本件送達はその要件を欠く違法な送達というべきである」

第4款 手続の停止

1. 手続の停止の種類を挙げることができる。
 - ・ 訴訟手続の停止：一定の事由の発生により、裁判所が手続進行を禁止される場合
→ 期間の進行は停止し、受継通知・続行後新たに進行しなおす(§132)
 - ・ 訴訟手続の中断(§124)：訴訟行為をなす資格・能力を喪失させる事由の発生
→ 法律上当然に停止する
 - * 例外：判決の言渡し(§132-1)：実質審理は口頭弁論終結で終わっているから
 - ・ 訴訟手続の中止(§130,131)：裁判所又は当事者に訴訟行為を行えない事由が発生
→ 裁判所の執務不能又は裁判所の命令によって停止する：言渡しもできない
 - * 天災その他の事由によって裁判所が職務執行不能 → 事由消滅まで(§130)
 - * 裁判所の決定による場合
 - ・ 当事者が不定期間の故障により訴訟手続続行不能 → 裁判所の決定～取消まで(§131)
 - ・ 他の方法による解決を優先する場合(調停:民調 20/3,家事 275、裁判外紛争手続:ADR 法 26)
 - ・ 先決的法律関係が他の裁判所に係属する場合(特許 54-2,168-2,実用新案 40-2)
 - ・ 特別な停止：除斥・忌避の申立てにともなう停止(§26)
2. 手続の停止の効果の概要を理解している。
 - ・ 訴訟手続の進行が停止する
→ 違反して訴訟手続を進行すると、上訴事由(§312-2:4)・再審事由(§338-1:3)になる
3. 手続の中断が生じる場合と手続を受継すべき者について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 中断事由と受継すべき者(§124-1:1~6)
 - ① 当事者の死亡 → 相続人等 (ただし、相続放棄ができる間は受継できない:#3)
 - ← 被告が原告の訴訟物たる権利を相続すると、混同により当事者対立がなくなり訴訟終了
 - ← 訴訟物たる権利が一身専属的であれば訴訟は終了する (人訴 27-1,検察官承継の場合あり)
 - 【最大判昭 42.5.24】朝日訴訟【最判平 1.10.13】配偶者宛の婚姻無効確認訴訟
【最判平 16.2.24】文書非開示処分取消訴訟 → いずれも訴訟終了
 - ② 当事者法人の合併による消滅 → 合併設立・存続法人 (合併が対抗可能になってから:#4)
 - ← それ以外の消滅事由：清算手続きの範囲内で存続する
 - ③ 訴訟能力喪失・法定代理人死亡・代理権消滅 → 法定代理人 or 訴訟能力を得た当事者
例：後見開始審判、未成年者の営業許可取消など
 - ← 単独で有効に訴訟行為をなしうるか、既に同意を得た被保佐・被補助人は適用外(#5)
 - ④ 信託に関する任務の終了 → 新たな受託者・信託財産管理者・信託管理人等
 - ⑤ 法定・任意的訴訟担当者・職務上の当事者の死亡等による資格喪失 → 同一の資格を有する者
← 代位債権者・取立債権者(民執 157)は資格喪失すると却下される
 - ⑥ 選定当事者の全員死亡等による資格喪失 → 選定者全員 or 新たな選定当事者
 - ⑦ 当事者の破産手続開始決定(破 44・会社更生 52 同旨) → 破産管財人・手続終了後の破産者
← 根拠法が異なる、この場合だけ訴訟代理人がいても中断する

4. 受継の手續について条文を参照して説明することができる。
- ・ 受継：中断している訴訟手續を新当事者等に続行させるための手續
 - * 中断事由発生により、承継人は当然に新当事者となっている訴訟行為を行うには受継が必要
 - * 受継の申立て：承継人又は相手方からする(§126)→これで中断解消の効果発生
 - 申立先は受訴裁判所（判決後も上訴審ではない）、書面による・資料添付必要(則 51)
 - 裁判所の判断 → 不服申立ては抗告(§328-1)
 - ・ 口頭弁論終結前：期日指定か却下決定(§128-1) ← 資格の争いは審理ですれば足りる
 - ・ 口頭弁論終結後：裁判所が裁判をする(§128-2) ← 相手方が争う機会が他にない
 - ※上訴もしたとき：上訴審で受継申立ての適否を判断する
 - ・ 続行命令(§129)：中断当時の裁判所が、職権で当事者に命じて中断を解消すること
 - 続行命令後、当事者双方が欠席すると訴えの取下げの擬制(§263)となる
5. 訴訟代理人がいる場合の手續の中断の規律について理解している。
- ・ 中断しない場合：訴訟代理人がある間(#2) ← 中断事由があっても訴訟代理権は存続(§58)
 - 訴訟代理人は中断事由の発生を、裁判所に書面で届出る義務がある(則 52)
- 【大決昭 6.8.8】上訴の特別授權がない場合、当該審級の終局判決の送達時に中断する

第2節 口頭弁論・準備

第1款 口頭弁論の意義・原則

1. 用語の整理

- ・ 審理における手続：次の3手続を区別せず一体として進めるのが原則

* 弁論

- ・ 事実主張：訴訟物たる権利関係の存否に必要な事実を裁判所の判断資料とするための手続
- ・ 争点整理：事実のうち裁判所の判断の対象となるべき（争いのある）事実を確定する手続

* 証拠申出・証拠調べの手続

2. 必要的口頭弁論の原則とその例外について理解している。

・ 口頭弁論の意義

- * 狭義：受訴裁判所の定めた期日（口頭弁論期日）において、当事者双方が対立した形で、本案の申立て・攻撃防御方法の提出・その他の陳述（弁論）を口頭ですること

- * 広義：当事者の口頭の陳述のほか、これと結合してなされる裁判所の訴訟指揮・証拠調べも含めた、訴訟審理の手続全体（判決言渡しは通常含まないが、最広義は含む）

・ 必要的口頭弁論の原則(§87-1 本)：裁判の前に口頭弁論が必要

→裁判の基礎資料は口頭弁論に顕出されたものに限られる ∴当事者の攻撃防御の機会の保障

・ 任意的口頭弁論(§87-1 但)：決定（+命令）による場合、口頭弁論は裁判所の裁量

→裁判の基礎資料は口頭弁論に提出されない資料も用いてよい

- * 審尋(§87-2)：当事者に陳述機会を与えること ∴口頭弁論以外でも当事者の手続保障を図る
→口頭のほか書面でもよく、公開や対席は不要。受命裁判官も可能(§88)

§87-1 当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならない。ただし、決定で完結すべき事件については、裁判所が、口頭弁論をすべきか否かを定める

#2 前項ただし書の規定により口頭弁論をしない場合には、裁判所は、当事者を審尋することができる

3. 公開主義、口頭主義、直接主義、双方審尋主義等の口頭弁論の諸原則について理解している。

- ・ いずれも、適正な裁判を実施するための制度的保障（判断資料提出の機会の保障）

- ・ 公開主義：弁論・証拠調べ・判決の言渡しは一般に公開された法廷で行う原則

⇔訴訟密行主義（審理非公開）、当事者公開主義（当事者のみの在廷を許す）

【最大判平 1.3.8】法廷メモ訴訟（レパタ訴訟：憲 82 の公開主義の趣旨[昭 63 才 436]

「憲法八二条一項の規定は、裁判の対審及び判決が公開の法廷で行われるべきことを定めているが、その趣旨は、裁判を一般に公開して裁判が公正に行われることを制度として保障し、ひいては裁判に対する国民の信頼を確保しようとするところにある。裁判の公開が制度として保障されていることに伴い、各人は、裁判を傍聴することができることとなるが、右規定は、各人が裁判所に対して傍聴することを権利として要求できることまでを認めたものでない」

- * 違反(誤った判断による公開停止を含む)の効果：絶対的上告事由(§312-2:5=公開主義違反)

- * 例外：公序良俗が害されるおそれがあり、裁判官の全員の一致の場合の対審(憲 82-2)

→対象：国家の安寧秩序、プライバシー（人訴 22）、営業秘密（特許 105-7、不正競争 13）

∴証言拒絶を認めると、十分な事実資料に基づく適正な審理が実現されない

人訴 22-1 人事訴訟における当事者本人若しくは法定代理人(以下この項及び次項において「当事者等」という。)又は証人が当該人事訴訟の目的である身分関係の形成又は存否の確認の基礎となる事項であって自己の私生活上の重大な秘密に係るものについて尋問を受ける場合においては、裁判所は、裁判官の全員一致により、その当事者等又は証人が公開の法廷で当該事項について陳述をすることにより社会生活を営むのに著しい支障を生ずることが明らかであることから当該事項について十分な陳述をすることができず、かつ、当該陳述を欠くことにより他の証拠のみによっては当該身分関係の形成又は存否の確認のための適正な裁判をすることができないと認めるときは、決定で、当該事項の尋問を公開しないで行うことができる

- * 争点整理手続きや法定外の証拠調べ、決定手続きの審理、和解期日等は非公開が原則
- ・ 口頭主義：弁論・証拠調べは口頭で行い、口頭で陳述されたもののみを裁判所が斟酌する原則
 - * 意義：事実の直接的把握・新鮮な心証形成、臨機応変な審理、傍聴でき公開主義に適切
 - ⇨書面主義（複雑な事件も精緻に議論・慎重吟味可能、記憶の保存、上級審の審査に適する）
 - * 口頭主義が原則、補完的に書面主義も採用
 - ①訴え提起(§133)、訴えの変更(§143)、請求の追加(§144)、中間確認の訴え(§145)、訴えの取下げ(§261)、上訴(266,314)等、審理の基礎となる重要な訴訟行為
 - ②準備書面(§161)、上告理由書(§315-1)など主張整理のための書面
 - ③口頭陳述の結果保存(§160:調書作成)、④判決書・判決言渡調書(§252~254)
 - ただし、訴状や準備書面を提出した上で、実際は口頭弁論期日に口頭で陳述している
- ・ 直接主義(§249)：弁論の聴取・証拠調べは判決をする受訴裁判所裁判官自身が行う原則
- ⇨間接主義：他の者が聴取した弁論や取調べた証拠を基礎に裁判官が事実認定をする
- * 例外：証人尋問については特に直接主義の精神が重視されている
- ・ 外国における証拠調べ(§184)→その国の管轄官庁、大使等に囑託する
- ・ 裁判所外における証拠調べ(§185)→受命裁判官に命じ、受託裁判官に囑託できる
- ・ 受命・受託裁判官による証人尋問(§195)→出頭義務なし、当事者異議なしなど限定される
- ・ 弁論の更新(§249-2)：審理中に裁判官が交代する場合（やり直しは訴訟経済に反する）
- 「当事者は、従前の口頭弁論の結果を陳述」するが、証人尋問は申出があると再度必要(#3)
- * 直接主義違反の帰結：絶対的上告理由(§312-2:1)・再審事由(§338-1:1)

【最判昭 32.10.4】口頭弁論関与裁判官と判決裁判官の違いは絶対的上告理由[昭 32 才 212]

【最判昭 33.11.4】弁論の更新を怠ったまま下された判決[昭 31 才 691]

控訴審口頭弁論の大半を裁判官 ABC がなしたが、第 2 回のみ A の代わりに D が関与し、3・4回は延期され、5回で弁論の更新をしないまま訴訟を続行したもの。

「当裁判所が職権を以て調査したところによれば、所論昭和三十一年三月一六日の口頭弁論調書中、「被控訴代理人は」の次に「従前の口頭弁論の結果を陳述し続いて」と記載されたのは、右調書の完成後おそらくは記録を当裁判所に送付した頃において、立会書記官福井久以外の者によつてなされたものであることが認められる……弁論の更新がなされたか否かは、民訴一四七条にいわゆる口頭弁論の方式に関するものとして調書によつてのみ証することをうるものと解すべきであるから、本件においては、適法に弁論の更新が行われたものと認めるをえない。そうとすれば、原判決は、法律に従い判決裁判所を構成せざりし者によつてなされた」→破棄差戻し

【最判平 11.2.25】法律に従って判決裁判所を構成したといえないとされた例[平 10 才 1474]

控訴審の第 1 回口頭弁論は裁判官 ABC が行い結審、第 2 回で裁判官 ADC が出席して判決を言渡した。判決原本は ABC の署名押印だが、送達された判決正本は ADC の名前で、判決原本と一部記述が異なっていた。

「判決正本は、裁判所書記官が、その権限に基づき、裁判官から交付された判決原本により作成するものであるところ、前記二2のとおり、当初上告代理人に送達された判決正本には裁判官Dの記載があるばかりでなく、その内容においても裁判所の判断部分に右判決原本にはない記載があることにかんがみると、これに相応する判決原本が存在していたのではないかとの疑いが残り、これを払拭することができない。そうすると、原判決がその基本となる口頭弁論に関与した裁判官によりされたことが明らかであるとはいえないから、法律に従って判決裁判所を構成したということとはできない」→破棄差戻し（共有物分割請求本訴、所有権移転登記等請求反訴）

- ・ 双方審尋主義（武器平等の原則・当事者対等の原則）←憲 82 にいう「対審」
 - * 攻撃防御方法の提出につき、両当事者に平等な機会を与えなければならない
 - ・ 当事者と裁判所：裁判所は双方に平等な機会を与えなければならない
 - ・ 当事者間：互いに相手方の主張立証を直接徴収し、それに対応する攻撃防御を保障する
 - 口頭弁論は裁判所の前で、双方対席で行う
 - 当事者が与えられた攻撃防御の機会を利用しないと、不利益を拒めない（責問権の喪失等）
- ・ 集中審理主義：受訴裁判所が1つの事件の審理を集中的に継続し、終了後別の事件を審理する
 - ⇔併行審理主義：1つの裁判所が同時に複数の事件の審理を並行して行う ← こちらが原則
 - * 集中証拠調べ(§182)：争点・証拠整理を前提に人証の証拠調べを集中して行うもの
- ・ 適時提出主義：随時提出主義だが、不適切な攻撃防御方法の提出は制限される
 - 例：時機に遅れた・釈明に応じない攻撃防御方法の却下(§157)、準備書面等提出期間(§162)等
 - * 随時提出主義：裁判資料（訴訟資料・証拠資料）につき随時必要に応じ提出してよい
 - 請求原因や抗弁は論理的順序に従って審理するのが原則だが、後から修正・追加してもよい
 - * 法定序列主義：原告主張→被告抗弁→…、事実の主張→証拠調べの順に審理
 - あとからの追加主張はできない
 - * 証拠結合主義（弁論と証拠調べを分離しない）⇔証拠分離主義（弁論と証拠調べを分離）
- ・ 計画的進行主義(§147/2,/3)
 - * §147/2：裁判所の更正迅速訴訟進行努力責務・当事者の信義誠実訴訟追行責務の具体化
 - §147/2 裁判所及び当事者は、適正かつ迅速な審理の実現のため、訴訟手続の計画的な進行を図らなければならない
 - * §147/3：審理の計画：複雑な事件の計画的審理には責務だけでなく具体的規律が必要
 - ・ 法定序列主義への回帰ではないので、合理的な理由があれば変更できる(#4)
 - ・ 攻撃防御方法の却下の特則(§157/2)：§157 にあたらなくても却下可能
 - ←§157：故意又は重過失 + これにより訴訟の完結を遅延させることとなる
 - ←§157/2：期間経過後 + 審理の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る
 - ←期間内に提出することができなかつたことについて相当の理由があることを疎明したときは除外

第2款 口頭弁論の準備

1. 事実主張の方法

- 原告の請求原因事実の主張・被告の認否 → 被告の抗弁事実の主張・原告の認否→・・・
＝実体法上の要件事実の主張の応酬 → 当事者間の争いがあり判断に不可欠な事実が争点
←ここについて証拠調べをすればよい

2. 準備書面の意義を理解している。

- 意義：当事者が口頭弁論で主張しようとする事実や相手方主張に対する陳述を書面に記載し、事前に裁判所・相手方当事者に送付するもの。事前の争点整理のため
 - * 口頭弁論については必須(§161-1)、ただし簡裁では原則不要(§276)
 - ・ 特則：訴状に攻撃防御方法を記載すると、準備書面を兼ねるとみなされる(則 53-3)
 - ・ 答弁書：被告が最初に提出する準備書面のこと(則 80)
 - 提出時期：裁判所が指定(§162)。相手方の準備に必要な期間をおいて提出(則 79-1)
 - 提出方法：裁判所(則 79-1)と相手方へ直送(則 83)、いずれもファックス可(則 3,47-1)
←直送困難(受取拒否等)の場合、裁判所書記官から送達 or 送付するよう申出可能(則 47-4)
 - 記載事項：攻撃防御方法(§161-2:1)、相手方の請求・攻撃防御方法に対する陳述(同:2)
 - * 記載方法：事実主張・間接事実・証拠の記載・重要な書証の写し・法律上の主張等を含む
 - ・ 則 79→原告の準備書面、81→答弁に対する反論、80→答弁書（内容は81条とほぼ同旨）
- 則 79-2 準備書面に事実についての主張を記載する場合には、できる限り、請求を理由づける事実、抗弁事実又は再抗弁事実についての主張とこれらに関連する事実についての主張とを区別して記載しなければならない
- #3 準備書面において相手方の主張する事実を否認する場合には、その理由を記載しなければならない
- #4 第2項に規定する場合には、立証を要する事由ごとに、証拠を記載しなければならない
- 則 80-1 答弁書には、請求の趣旨に対する答弁を記載するほか、訴状に記載された事実に対する認否及び抗弁事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない。やむを得ない事由によりこれらを記載することができない場合には、答弁書の提出後速やかに、これらを記載した準備書面を提出しなければならない
- #2 答弁書には、立証を要する事由につき、重要な書証の写しを添付しなければならない。やむを得ない事由により添付することができない場合には、答弁書の提出後速やかに、これを提出しなければならない
- 則 81 被告の答弁により反論を要することとなった場合には、原告は、速やかに、答弁書に記載された事実に対する認否及び再抗弁事実を具体的に記載し、かつ、立証を要することとなった事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載した準備書面を提出しなければならない。当該準備書面には、立証を要することとなった事由につき、重要な書証の写しを添付しなければならない
- 効果：口頭弁論で陳述しないと訴訟資料とならず、記載外でも陳述してよい
 - * 準備書面記載外の事実の陳述の効果
 - ・ 相手方欠席の場合(§161-3)：準備書面記載の事実しか主張できない
 - ・ 費用負担での考慮(§63)：記載外の事実を主張したため、続行期日となった場合など
 - * 準備署名提出の効果
 - ・ 最初の期日に提出者欠席(§158)：準備書面記載事項を陳述したとみなす
 - ・ 相手方欠席の場合(§159-3,1)：記載事実につき、擬制自白が成立する（公示送達を除く）

3. 各種の争点・証拠整理手続の異同について理解している。

- ・争点整理：証拠調べの対象となる事実を確定する手続 → 証拠調べの効率化
⇔ 進行に関する事項の協議等：進行協議期日(則 95~98)、参考事項の聴取(則 61)
- ・主に当事者間の手続：準備書面・当事者照会
- ・裁判所が主宰する手続：準備的口頭弁論、弁論準備手続、書面による準備手続
→ 選択は職権だが、準備的口頭弁論以外は当事者の意見聴取義務(§168,175)がある
∴ 訴訟行為の範囲が限定されてしまう + 手続の円滑実施
- ・終了時に争点の確認を行う、準備的口頭弁論以外は次回のお頭弁論で陳述も必要
- ・事後の新たな攻撃防御方法の提出は相手方の求めにがあれば釈明義務あり(§167,174,178)
→ その釈明の内容が、時機に遅れた攻撃防御方法の却下(§157-1)の要件検討の資料となる
- * 準備的口頭弁論(§164~167)：争点・証拠整理を主目的とする口頭弁論期日
→ 口頭弁論ゆえ公開法廷です、争点整理目的ならなしうる訴訟行為も無限定
・社会的関心が高い事件や争点整理自体に人証が必要な事件などに適する
- * 弁論準備手続(§168~174)：公開を要しない、弁論準備手続の期日に行う
→ 傍聴は認められるが非公開(§169-2)、対席(§169-1)だが訴訟行為も制限される(§170)
・緊密に意見交換をして争点整理をできる
- * 書面による準備手続(§175~178)：準備書面 + 補充的に電話会議装置で行う
→ 終結後の口頭弁論で争点を確認し(§177)、続いて集中証拠調べを行う(§182)
・遠隔地の当事者で出頭困難な場合など
・主宰者は裁判長。受命裁判官は高裁に限られる(← 運用に経験が求められる)
・提出懈怠の場合も、§166 のような不出頭終了はできず、手続に付する裁判を取消す(§120)
∴ 例外的手続なので、応じなくても不利益を帰するのは妥当でない

4. 弁論準備手続の概要について、条文を参照して説明することができる。

- ・意義：口頭弁論期日外で受訴裁判所・受命裁判官が主宰し、双方立会で行う争点整理手続
- ・順序(則 60-1)：通常は第 1 回口頭弁論期日 → 弁論準備手続、弁論準備手続からも可能
- ・訴訟行為(§170)：準備書面提出命令(#1)、書証の証拠調べ等(#2)、裁判(#2,#5)
∴ 単純な争いのある事項(形式的争点)を解決するため(争族の有無 → 除斥謄本等は書証)
→ 真の争点を残し、これを口頭弁論で審理する
- * 和解の試み(§89)、訴えの取下げ・請求放棄認諾(§261,266)等も可能
- ・受命裁判官が主宰する場合(§171)：例外はあるが、基本的に権限は共通
- ・一方当事者の欠席：1 回目は陳述擬制(§170-5 → 158)、以後は不出頭による終了か取消
* 電話会議装置によって行うことも可能(§170-3)：双方欠席の場合は不可
- ・双方当事者の欠席：訴えの取下げの擬制(§263)、新期日指定、手続終了か取消から職権で選択
- ・終了：通常終了(§170-5 → 165-2)、不出頭等による終了(§170-5 → 166)、弁論準備手続に付する裁判の取消(§172：職権又は申立て。但し当事者双方の申立てがあれば取消義務)

5. 当事者照会制度の概要について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 意義(§163) : 主張・立証準備のため、当事者が相手方に直接照会するための制度
 - ・ 方法(則 84) : 照会書を送付→回答書を送付(拒絶時は根拠条項記載)
 - ・ 回答義務 : 信義則に基づく回答義務。口頭弁論で指摘すれば、弁論の全趣旨で考慮可能
 - §163 当事者は、訴訟の係属中、相手方に対し、主張又は立証を準備するために必要な事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をすることができる。ただし、その照会が次の各号のいずれかに該当するときは、この限りでない
 - 一 具体的又は個別的でない照会
 - 二 相手方を侮辱し、又は困惑させる照会
 - 三 既にした照会と重複する照会
 - 四 意見を求める照会
 - 五 相手方が回答するために不相当な費用又は時間を要する照会
 - 六 第九十六条又は第九十七条の規定により証言を拒絶することができる事項と同様の事項についての照会
6. 専門委員制度の概要について、条文を参照して説明することができる。
- ・ 専門委員の関与(§92/2) : 医事事件等特殊な専門的知見を要する訴訟の審理の充実・迅速化
 - * 争点整理等(#1, 則 34-2) ・ 証拠調べ(#2) : 関与前に当事者の意見聴取義務あり
 - * 和解勧試(#3) : 関与には当事者の同意が必要
 - §92/2-1 裁判所は、争点若しくは証拠の整理又は訴訟手続の進行に関し必要な事項の協議をするに当たり、訴訟関係を明瞭にし、又は訴訟手続の円滑な進行を図るため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、決定で、専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる
 - 電話会議方式(§92/3)、決定取消(§92/4)、指定・任免等(§92/5)、除斥・忌避(§92/6)、受命裁判官等(§92/7)
 - * 専門委員の説明の当事者への開示の意見陳述の機会の保障(則 34/5 等)
 - ・ 知的財産に関する事件における裁判所調査官の事務(§92/8) : 裁判所の職権による
 - 期日等での当事者への発問等、和解勧試での専門的知見からの説明、裁判官への意見陳述
 - 裁判官の除斥・忌避を準用する(§92/9→23~25)

第3款 訴訟記録の閲覧

1. 訴訟記録の閲覧・謄写に関する原則を理解している。
 - ・ 訴訟記録の閲覧：公開主義の趣旨から、訴訟記録閲覧権を規定(§91-1)
 - * 誰でも可能：一般の訴訟記録の閲覧(§91-1)
 - * 当事者・利害関係を疎明した第三者：公開禁止の口頭弁論にかかる訴訟記録の閲覧(§91-2)、訴訟記録の謄写・正本等の交付等(§91-3)、録音テープ・ビデオテープの複製(§91-4)
 - * 当事者のみ：秘密保護のための閲覧等の制限がされた訴訟記録(§92)
2. 訴訟記録の閲覧等の制限決定制度の意義、その要件及び手続の概要について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 意義：当事者の社会生活を破壊するようなプライバシーや営業秘密を保護するための例外
 - ・ 要件：疎明でよいが、§92-1:1 又は 2 のいずれかにあたる必要がある
 - ・ 手続：当事者の申立て→裁判所の決定(#1)、第三者は申立てがあった後は請求できない(#2)
→第三者は決定の取消の申立てが可能(#3)→#1の決定・#3の裁判は即時抗告可能(#4)

§92-1 次に掲げる事由につき疎明があった場合には、裁判所は、当該当事者の申立てにより、決定で、当該訴訟記録中当該秘密が記載され、又は記録された部分の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又はその複製(以下「秘密記載部分の閲覧等」という)の請求をすることができる者を当事者に限ることができる

一 訴訟記録中に当事者の私生活についての重大な秘密が記載され、又は記録されており、かつ、第三者が秘密記載部分の閲覧等を行うことにより、その当事者が社会生活を営むのに著しい支障を生ずるおそれがあること。

二 訴訟記録中に当事者が保有する営業秘密(=不正競争防止法 2-6 規定)が記載され、又は記録されていること

第4款 訴訟行為

1. 訴訟行為の意義を理解している。

- ・ 訴訟行為：訴訟上の法律効果を生じさせる行為
 - * 広義では、裁判資料形成のための事実行為（事実の主張など）を含む
 - * 私法上の法律行為との区別：主要行為説…当該行為の主たる効果を基準に区別すべき
- ・ 訴訟行為の分類
 - * 行為の時期・場所による区別
 - ・ 訴訟係属前：管轄合意(§11)、不起訴合意。訴訟委任、仲裁契約もここが多い
 - ・ 訴訟係属前後の期日外：選定当事者の選定(§30)
 - ・ 訴訟手続と別個：執行認諾行為(民執 22-5)
 - ・ 訴訟手続の期日：本案の申立て、攻撃防御方法の提出など
 - * 行為の内容・性質による区別
 - ・ 裁判所への行為請求：本案の申立て（訴え・上訴等）
 - 訴訟上の申立て（期日指定の申立て、証拠の申出）
 - 裁判所は実現しなくてもよいが、必ず応答する必要がある
 - ・ 裁判資料を裁判所に提出する行為：事実や法律に関する陳述（事実行為）
 - ・ 訴訟終了関係の意思表示：訴えの取下げ、上訴の取下げ、請求の放棄認諾、訴訟上の和解
 - ・ 訴訟契約（訴訟上の意思表示）
 - * 行為者の目的による区別
 - ・ 取効的訴訟行為：裁判所に請求又は資料提供する（=応答するよう働きかける）行為
 - ・ 与効的訴訟行為：直接訴訟法上の効果を発生する行為（訴え取下げなど）

2. 訴訟行為の種類について、その主要な例を挙げることができる。

<取効的訴訟行為>

- ・ 申立て：裁判所に一定の行為を求める当事者の訴訟行為
 - ←条件を付することは不可：合理的理由がない限り、訴訟手続の安定に反するから
 - * 本案の申立て：終局判決を求める申立て
 - ・ 例：訴えの提起、請求棄却を求める旨の被告の申立て、上訴の提起、
 - 仮執行宣言(§259)・訴訟費用の負担(§67)に関する申立て
 - ⇔訴え却下判決：職権調査・職権探知事項もあるから、当事者の申立てを要しない
 - * 訴訟上の申立て：訴訟手続上の事項についての申立て
 - ・ 例：管轄指定(§10)、移送(§16～19)、除斥・忌避、特別代理人選任、訴訟引受け、
 - 時期に遅れた攻撃防御方法の却下、期日指定、受継、証拠の申出など
 - いずれも、裁判所は応答義務がある（認めるかどうかの判断義務）
 - 弁論の併合・分離・再開の申立て → 職権発動を促す申立て（判断義務はない）
 - ・ 主張：立証とあわせて判断資料提出行為（責問権行使等を加えて攻撃防御方法提出行為）という
 - * 法律上の主張：権利関係の発生・消滅・変更（要件事実に対する法規適用の効果）の主張

- ・例：目的物の所有権取得、弁済に基づく債権消滅の主張
 - 権利自白：相手方がそれを認める陳述をした場合
 - 請求の放棄・認諾は訴訟終了の効果の方が主であるため、法律上の主張と言わない
- ・広義：外国法を含む法規の存否・内容・解釈・適用についての主張も含む
- *事実上の主張：要件事実に該当し又は関連する事実を裁判所に報告する当事者の行為
 - 当事者本人尋問に対する供述は、証拠資料であって立証に含まれる
- ・相手方の主張に対する認否 → いずれも事実上の主張に含まれる
 - 自白(§179)：相手方の主張する自己に不利益な事実を真実と認めて争わない旨の陳述
 - 立証不要で、裁判所を拘束する（弁論主義の第2原則）
 - 沈黙(§159-1)：相手方の主張する事実について明確な態度を示さないこと
 - 擬制自白。弁論の全趣旨から争ったと認められるときは自白にならない
 - 不知(§159-2)：相手方の主張する事実を知らないという陳述
 - 否認と推定される
 - 否認：相手方の主張する事実を否定する旨の陳述 → 証明の必要が生じる
 - 単純否認：単に主張を否定する陳述
 - 積極否認（間接否認・理由付否認）：相手方の主張事実と両立しない別事実主張による否認
 - （積極否認の励行＝準備書面で否認する場合は、理由記載が求められる：則 79-3）
 - ※「争う」と「否認する」：前者は法律上の主張、後者は事実上の主張を認めない場合(実務)
- ・当事者の相矛盾する事実上の主張：経験則上、後の主張により前の主張を取消したとみなす
 - 例外：仮定的主張・仮定的抗弁＝当事者が複数の主張に順序を付け、安定性を害しない場合
 - 主文以外に既判力は生じないから、裁判所は相殺の抗弁以外順序に拘束されない
- ・抗弁：相手方の主張する事実にもとづく法律効果を前提しつつ、その効果発生を妨げまたは消滅させる目的で、自己が証明責任を負う別の事実を主張すること
 - ⇔否認と異なり、証明責任を負い、また相手方の主張する事実と両立しうる
 - 例：貸金返還請求に対する被告債務者の主張が、
 - 「借りたのではなくもらった」→否認（理由つき否認：返還約束の立証は原告側）
 - 「借りたが返した」→抗弁（制限付自白：弁済の事実の立証は被告側）
- *立証（拳証）：裁判所に対して証拠を提出する当事者の訴訟行為
 - ・例：証拠の申出(§180)、証人に対する尋問(§202-1)、当事者本人尋問への陳述など
- ・取効的訴訟行為の特徴
 - *行為の性質：裁判所に対する単独行為
 - *必要な能力：訴訟能力が必要。欠缺は無効（取消しうるものではない）
 - *瑕疵ある行為：一律無効。ただし、責問権の喪失によって治癒される可能性がある
 - *撤回可能性：取効的訴訟行為は原則として撤回自由
 - ・申立ての場合：裁判所は判断を免れる
 - ∴裁判所の一定の行為を求めるものゆえ、裁判所が行為するまでは撤回しても問題ない

- ←例外：相手方に一定の行為をさせたあと（訴えの取下げの同意：§261-2 など）
- ・主張の場合：原則自由だが、撤回そのものが弁論の全趣旨として証拠資料となる場合あり
 - ←例外：自白の撤回（可能だが相手方信頼保護のため、相手方の同意や錯誤等が要件）
 - 職権探知主義の妥当する場合（撤回しても証拠とされうる）

* 条件付行為の許否：原則不可。合理的理由があれば可能（期限も同じ）∴ 手続の安定

【大判名 38.2.28】訴訟外の事実を条件とする申立ては不適法

訴訟外での給付がなされないことを条件とした訴え提起

- ・手続を不安定にするおそれがなく、合理的必要性が認められる場合はOK
 - 例：仮執行宣言申立て(§259)、原状回復・損賠申立て(§260-2)→本案の勝訴等が停止条件
 - 予備的申立て：2つの請求の間の密接かつ論理的矛盾関係の存在する場合
 - ※予備的請求：主位的請求を先審理（裁判所を拘束する）
 - ※予備的主張・仮定的主張・仮定的抗弁：裁判所は順序に拘束されない（既判力がないから）
 - ←相殺の抗弁のみ既判力の関係で拘束するので、これ以外は「仮定的」とする説あり
 - ∴主従がないから「仮定的」→相殺の抗弁のみ順位の拘束がある
 - ・訴訟上の合意などの意思表示への条件
 - 条件と意思表示の間に合理的関係があり、手続を不安定にしないならOK
 - 例：被告の一定金額の支払と訴え取下げ、訴えの変更が認められる条件での旧訴取下げなど
- <与効的訴訟行為>

- ・単独行為：訴えの取下げなど（ただし、被告の同意が必要な場合あり）
- ・訴訟契約：現在又は将来の民事訴訟に関し、何らかの訴訟上の効果を発生させることを直接の目的とする合意（→本款5）

3. 形成権の訴訟上の行使に関して、訴訟上の効力が否定された場合における実体法上の効果に与える影響について説明することができる。

- ・訴訟外で意思表示→弁論でその事実を主張：訴訟上どうなっても問題ない
- ・弁論で形成権行使の意思表示とその陳述を一体として行ったが、訴訟上効力が否定されたら？
 - 仮定的主張の場合、相手方不在廷の場合、訴訟代理権に含まれるか、形成権行使についての意思表示の瑕疵があったときの訴訟行為の効力、訴えの取下げ等の場合の形成権行使の効果
 - * 仮定的主張の可否：認められる ※実体法上は相殺の意思表示は条件を付けられない
 - ∴形成権行使そのものではなく訴訟行為としての主張に条件を付けるだけ
 - * 相手方不在廷の場合：認められるが、何らかの方法で意思表示が到達するのが前提
 - 訴状や準備書面の送付により到着した時点（公示送達含む：§113）
 - * 訴訟代理権に含まれるか
 - 攻撃防御方法に必要な範囲なら、実体法上の権利行使も含む
 - * 形成権行使の意思表示の瑕疵
 - 訴訟行為の効力は直接影響しないが、実体法の規定を類推適用する場合があります
 - * 訴えの取下げ等の場合の形成権行使の効果

- ・訴訟行為説：形成権行使も訴訟行為としてなされるから、要件効果は訴訟法の規律に従う
→相殺の抗弁を提出しても却下されれば相殺の意思表示もそもそもなかったことになる
- ・両性説：1個の行為が両者の性質を併有する → 結論同じ
- ・併存説：私法行為と訴訟行為が併存する
→条件説：裁判所が判断した場合に限り私法上の効果を生じさせる旨の条件付意思表示
※判例は条件説に近いが、民法 506(条件禁止)に反するとの批判
→撤回説：相殺の抗弁の目的不達の場合は意思表示の撤回を許すべき
→無効説：法律行為の一部が無効である場合、一部がなくてもした場合を除いて全部無効
- ・新併存説：併存説だが、訴訟行為の効力が失われれば私法行為は撤回されるとする
→当事者の合理的意思解釈として、訴訟行為の効力によらず形成権行使の意思を維持すると解される場合に限り、私法行為の効果を残存させる

【大判昭 5.1.28】【大判昭 8.1.24】 訴えの取下げによっても解除権行使の効果は失われない

【大判昭 9.7.11】 相殺について形成権行使の効果は失われるとしたもの

【最判平 10.4.30】 相殺の抗弁に対する相殺の可否[平 5 才 789]

貸金請求→一審：棄却→控訴：変更一部認容(原告 80%負担)→上告：破棄自判(棄却)

被告が貸金請求に相殺の抗弁を提出したところ、その相殺の自働債権を受働債権とする相殺の再抗弁を原告が提出したもの。被告はさらに別の債権でその自働債権を受働債権とする相殺の抗弁を提出した。

「被告による訴訟上の相殺の抗弁に対し原告が訴訟上の相殺を再抗弁として主張することは、不適法として許されない……けだし、(一) 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から、これを再抗弁として主張することは妨げないが、訴訟上の相殺の意思表示は、相殺の意思表示がされたことにより確定的にその効果を生ずるものではなく、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から、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ものとすると、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って相当でなく、(二) 原告が訴訟物である債権以外の債権を被告に対して有するのであれば、訴えの追加的変更により右債権を当該訴訟において請求するか、又は別訴を提起することにより右債権を行使することが可能であり、仮に、右債権について消滅時効が完成しているような場合であっても、訴訟外において右債権を自働債権として相殺の意思表示をした上で、これを訴訟において主張することができるから、右債権による訴訟上の相殺の再抗弁を許さないこととしても格別不都合はなく、(三) また、民訴法一一四条二項の規定は判決の理由中の判断に既判力を生じさせる唯一の例外を定めたものであることにかんがみると、同条項の適用範囲を無制限に拡大することは相当でないと解されるからである」

4. 当事者の訴訟行為と表見法理や信義則の適用について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

- ・表見法理の適用の可能性：登記上の代表者が真実の代表者でない場合
* 判例：訴訟行為については表見法理は適用されない(4節2款3)
∴実体上の取引行為と訴訟行為は異なる、会社 13 は表見法理を裁判外の行為に限る
- ・信義則(§2)：相手方の攻撃防御の機会の保障と裁判所の適正迅速な審判のため
→信義則違反の訴訟行為は却下あるいは訴訟行為本来の効力が否定されうる
§2 後段 当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない
- ・狭義の信義則：当事者間の特別な関係を根拠として特定の行為の効力を制限するもの

・ 権利濫用：制度的・公共的見地から行為の効力を制限するもの

* 訴訟上の権能の濫用の禁止

・ 忌避申立ての濫用(§24)：訴訟遅延目的なら濫用として排斥

・ 期日指定の申立て(§93-1)：訴訟引き延ばし的手段と認められれば却下

・ 訴権の濫用：訴え提起の時期・紛争の経緯などから原告が訴訟物についての紛争解決を
求める正当な利益を有しないと認められるとき

→訴え却下のほか、訴え提起自体が不法行為にあたる場合もある

【最判昭 51.9.30 民集 30-8-799】 信義則による後訴の遮断[昭 49 才 331]

所有権移転登記等請求→一審：棄却(取得時効)→控訴：取消却下→上告棄却

自創法によるA→Bへの農地買収・売渡処分が無効と主張しその解消のため買戻したと主張してした前訴に敗訴後、処分無効を主張して再度提訴したもの。

「右事実関係のもとにおいては、前訴と本訴は、訴訟物を異にするとはいえ、ひつきよう、右Aの相続人が、右Bの相続人及び右相続人から譲渡をうけた者に対し、本件各土地の買収処分の無効を前提としてその取戻を目的として提起したものであり、本訴は、実質的には、前訴のむし返しというべきものであり、前訴において本訴の請求をすることに支障もなかつたのにもかかわらず、さらに上告人らが本訴を提起することは、本訴提起時にすでに右買収処分後約二〇年も経過しており、右買収処分に基つき本件各土地の売渡をうけた右B及びその承継人の地位を不当に長く不安定な状態におくことになることを考慮するときは、信義則に照らして許されない」

【最判昭 53.7.10】 訴権の濫用として退けた例[昭 52 才 1321]

社員総会決議不存在確認請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄自判(取消却下)

原告Xは有限会社Y(薬局)の取締役で、娘や夫とともにYの持分を所有して同族会社として経営していたが、経営が傾いたためA夫婦に持分を譲渡し、借金を肩代わりしてもらった。社員総会で持分譲渡の承認とA夫婦の取締役選任等を決議したとして登記し、会社もA夫婦に譲ったが、約3年後にその社員総会の決議が不存在であるとして提訴したもの。原審は訴えを適法とせざるをえないとして審理し、不存在を確認した。

「被上告人は、相当の代償を受けて自らその社員持分を譲渡する旨の意思表示をし、上告人会社の社員たる地位を失うことを承諾した者であり、右譲渡に対する社員総会の承認を受けるよう努めることは、被上告人として当然果たすべき義務というべきところ、当時実成安佐子と共に一族の中心となつて上告人会社を支配していた被上告人にとつて、社員総会を開いて前記被上告人らの持分譲渡について承認を受けることはきわめて容易であつた……このような事情のもとで、被上告人が、社員総会の持分譲渡承認決議の不存在を主張し、上告人会社の経営が事実上山形夫婦の手に委ねられてから相当長年月を経たのちに右決議及びこれを前提とする一連の社員総会の決議の不存在確認を求める本訴を提起したことは、特段の事情のない限り、被上告人において何ら正当の事由なく上告人会社に対する支配の回復を図る意図に出たものというべく、被上告人のこのような行為は山形夫婦に対し甚しく信義を欠き、道義上是認しえない……株式会社における株主総会決議不存在確認の訴は、商法二五二条所定の株主総会決議無効確認の訴の一態様として適法であり、これを認容する判決は対世効を有する……右商法二五二条の規定は有限会社法四一条により有限会社の社員総会に準用されているので、右社員総会の決議の不存在確認を求める被上告人の本訴請求を認容する判決も対世効を有する……被上告人の本訴の提起が山形夫婦に対する著しい信義違反の行為であること及び請求認容の判決が第三者である山形夫婦に対してもその効力を有することに鑑み、被上告人の本件訴提起は訴権の濫用にあたるものというべく、右訴は不適法たるを免れない」

・ 上訴権の濫用

【最判平 6.4.19】 自ら訴えの利益をなくして却下をもとめて上訴した例[平 5 行ツ 180]

審決(特許出願拒絶査定に対する審判請求の審判不成立審決)取消請求→一審(高裁)：棄却→上告：却下

一審敗訴後、自ら特許出願を取り下げた訴えの利益がなくなったとして却下を求めて上告した。

「特許出願の拒絶査定を是認する審決に対し取消訴訟が提起され、その係属中に特許出願の取下げがされると、その審決で審判の対象となった特許出願自体が初めから存在しなかったことになるのであるから、特許出願人は、右審決の取消しを求めるにつき法律上の利益を失うに至るものである。上告人は、前示のとおり、原判決の言渡し後に特許出願を取り下げることにより、自らこのような状態を現出させた上で、訴えの利益を失ったことを理由として、原判決を破棄して訴えを却下することを求めて本件上告をしたものであるが、このような上告は上訴制度の本来予定しないところであって、本件上告は、上訴権の濫用に当たるものとして不適法であり、その欠缺を補正することができないものというべきである」

* 訴訟上の禁反言：他の請求についての行為も含まれる

・相手方の信頼が害されるような矛盾する訴訟行為の禁止

→先行行為によって生じた信頼の程度、後行の矛盾行為を認めることで生じる相手方の不利益、

矛盾行為を禁ずることによるその者の不利益、矛盾行為をするに至った事情の総合判断

【最判昭 34.3.26】 受継手続を経ずに控訴したのに受継の欠缺を主張するのは信義則違反

【最判昭 41.7.14】 受継し応訴後、送達時の被告死亡を主張するのは信義則違反

【最判昭 51.3.23】 否認した主張を自らの防御方法として提出した例[昭 50 才 767]

売買契約無効(予：同取消、同解除)手付金等返還請求本訴、代金残額請求反訴、審理中に原告は無効・取消・解除の主張を撤回し、反訴請求の原因事実を認め代金残額等を弁済供託して目的物引渡所有権移転登記請求再反訴を提起、本訴請求を放棄した。今度は被告が反訴請求を放棄し、原告の取消・解除を再反訴請求を拒むための抗弁事実として主張した(原審認容→上告棄却)

「右の事実関係に照らすと、被上告人が、上告人の主張に沿って、本件売買契約の無効、取消、解除の主張を撤回し、右売買契約上の自己の義務を完全に履行したうえ、再反訴請求に及んだところ、その後上告人は、一転して、さきに自ら否認し、そのため被上告人が撤回した取消、解除の主張を本件売買契約の効力を争うための防禦方法として提出したものであって、上告人の右のような態度は、訴訟上の信義則に著しく反し許されない」

* 訴訟上の権能の失効：長期間にわたって訴訟上の権能を行使せず、不行使について相手方の信頼が形成されている場合

・長期間の経過により相手方が形成した法律関係、それへの影響、不行使の理由などの総合判断

→通常抗告や異議の申立てなどで適用されうる

→本案の申立てについては見解がわかる

【最判昭 51.9.30】 信義則による後訴の遮断[前掲昭 49 才 331]

20年を経過している点から、訴訟上の権能の失効を認めたものと解する立場もある

* 訴訟状態の不当形成の排除：一方当事者が手続上の地位を取得するためにその基礎となる事実を故意に作出したり、逆に故意に妨げたりした場合

・例：有利な裁判籍を取得するため他の者を共同被告とする場合

→訴訟上の権能それ自体の濫用ではなく、基礎たる事実(共同被告)の作出である

【札幌高判昭 41.9.19】 管轄選択権の濫用が認められた例[前掲 27621919]

5. 訴訟上の合意(訴訟契約)の効力について、具体例を挙げて説明することができる。

・訴訟契約の種類

* 明文：管轄合意(§11)、期日変更合意(93-3)、飛躍上告の合意(§281-1→311-2)

* 不文：不起訴合意、訴え取下げの合意、自白契約、証拠制限契約、不執行契約等

※任意訴訟の禁止：訴訟手続は法律の定めがない限り、当事者間で勝手に変更できない

：裁判所は大量の事件を公平かつ迅速に審判する必要→訴訟手続の画一性・定型性

→職権進行主義の趣旨に反しない範囲（処分権主義・弁論主義の領域）では可能

・合意の効果

・私法契約説：合意違反の効果は損賠＋間接強制

・発展的私法契約説(従来多数・判例)：不起訴合意により訴えの利益が欠け、訴え却下となる

・訴訟契約説(近時多数)：端的に訴訟法上の効果を認め、直接訴え却下の効果を導く

※不合理な内容の訴訟契約は公序良俗違反で効果を認められない場合もある

【最判昭 44.10.17】 訴え取下げの合意の効力[昭 44 才 770]

建物所有権確認等請求→一審：認容→控訴：取消却下→上告棄却

控訴審中に訴訟外で和解が成立し、被告が原告に金銭を支払って訴え取下げる旨合意された。

「訴の取下に関する合意が成立した場合においては、右訴の原告は権利保護の利益を喪失したものとみうるから、右訴を却下すべき」

【最決平 23.3.9】 特別抗告後の裁判外の和解の効力[平 21 ク 1027]

遺産分割審判請求→審判→抗告：変更決定→特別抗告却下

民法 900:4 違憲を理由としたため大法廷に回付されたが、相手方に問い合わせると裁判外で全面的に解決する和解が成立しているとされ、小法廷に戻されたもの。代理人に黙って原決定より若干多い額で和解し、「本件和解に際し、抗告人は、これが成立しても本件抗告を維持するなどの発言をすることはなく、相手方は、本件和解によって本件抗告事件は終了するものと考えていた」。大法廷回付後弁護士に「和解の履行として代償金も既に受領した旨を告げたが、本件抗告が取り下げられることはなかった。本件和解が成立したにもかかわらず本件抗告を維持することにつき、合理的な理由があることはうかがわれない」

「本件和解は、Aの遺産相続及びCの遺産相続に関する紛争につき、原決定を前提とした上、相手方が支払う代償金を増額することなどを合意してこれを全面的に解決する趣旨に出たものであることは明らかであって、抗告人において本件抗告事件を終了させることをその合意内容に含むものであったというべきである。仮に、抗告人が、本件抗告の結果、自らの主張が容れられる可能性の程度につき見通しを誤っていたとしても、本件和解が錯誤により無効になる余地はない……抗告人と相手方との間において、抗告後に、抗告事件を終了させることを合意内容に含む裁判外の和解が成立した場合には、当該抗告は、抗告の利益を欠くに至るものというべきであるから、本件抗告は、本件和解が成立したことによって、その利益を欠き、不適法として却下を免れない」

【最判平 5.11.11】 不執行合意の効力[平 2 才 170]

貸金等請求→一審：却下→控訴：取消・「被控訴人は、控訴人に対して金五八二万円を支払え」・費用被控訴人負担→上告：変更（取消・「上告人は、被上告人に対し、金五八二万円を支払え」・「前項については強制執行をすることができない」・費用上告人負担）

別件訴訟の訴訟上の和解による債務だが、その後の不執行合意が認められた。

「給付訴訟の訴訟物は、直接的には、給付請求権の存在及びその範囲であるから、右請求権につき強制執行をしない旨の合意（＝「不執行の合意」）があつて強制執行をすることができないものであるかどうかの点は、その審判の対象にならないというべきであり、債務者は、強制執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができる……給付訴訟において、その給付請求権について不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであることが主張された場合には、この点も訴訟物に準ずるものとして審判の対象になるというべきであり、裁判所が右主張を認めて右請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないこ

とを判決主文において明らかにするのが相当……（最判昭 49.4.26 参照）

6. 訴訟上の合意において意思表示に瑕疵があった場合の取扱いについて、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・意思の欠缺・意思表示の瑕疵

※和解や管轄合意のうち、私法行為としての部分は当然無効・取消の対象となりうる

* 否定説：訴訟行為に民法の意思表示の瑕疵の規定は適用されない ∴ 手続の安定性(訴訟行為の相手方は裁判所である)、再審事由(§338-1:3,5)の類推で救済可能（通説・判例）

※なお、再審事由のように有罪確定までは不要

* 肯定説 ∴ 刑事上罰すべき行為が介在するとは限らず、また錯誤の場合は救済困難（有力）

* 一部肯定説：訴訟係属を消滅させる訴訟行為は手続の安定より当事者の利益保護を重視すべき

→ 訴えの取下げ、請求の放棄認諾、訴訟上の和解には民法を類推適用すべき

※ただし、錯誤や表意者の重過失などを厳格に判断すべき

【最判昭 46.6.25】強迫による訴えの取下げの取消[昭 46 才 243]

認知請求→一審：認容→控訴棄却(控訴審中訴え取下げ書面提出、翌日取消書面提出)→上告棄却

「訴の取下は訴訟行為であるから、一般に行為者の意思の瑕疵がただちにその効力を左右するものではないが、詐欺脅迫等明らかに刑事上罰すべき他人の行為により訴の取下がなされるにいたつたときは、民訴法四二〇条一項五号の法意に照らし、その取下は無効と解すべきであり、また、右無効の主張については、いつたん確定した判決に対する不服の申立てである再審の訴を提起する場合とは異なり、同条二項の適用はなく、必ずしも右刑事上罰すべき他人の行為につき、有罪判決の確定ないしこれに準ずべき要件の具備、または告訴の提起等を必要としない……被告入法定代理人のした本件の訴の取下が、上告人の刑事上罰すべき強要行為によつてなされたものである……したがつて、本件訴の取下は無効である」

【最判昭 44.9.18】訴訟行為における錯誤無効の適用の有無(積極)[昭 43 才 687]

請求異議・損賠請求→一審：認容(損賠一部)→原告控訴：棄却、被告控訴：取消棄却→上告棄却

執行証書に署名したため連帯保証人として強制執行を受けた原告によるもの。署名は重過失によると認定された。

原審は錯誤があつても訴訟行為(公証人に対する執行債務者の訴訟行為)は無効にならないとしたのを否定し、

「なるほど、一般に訴訟行為に関しては意思の欠缺その他意思表示の瑕疵に関する規定の適用がない……しかし、右のように解するのは、主として、訴訟手続を組成する個々の行為について意思表示の瑕疵に関する主張を許すときは訴訟手続の安定を害することとなることから、訴訟手続を安定させるための表示主義・外観主義の要請に基づくものである以上、訴訟行為であつてもそのような考慮を必要としない場合については、これを同一に論ずることはできない……ところで、執行受諾の意思表示は、訴訟行為ではあるが、右のように訴訟手続を組成する一連の訴訟行為の一環として行なわれるものではなく、私人が、任意に訴訟外において、債務名義を形成するために公証人に対し直ちに強制執行を受くべき旨の意思を表示する一方的行為であるからには、その意思表示に対して民法の意思表示の瑕疵に関する規定を適用することは妨げない……したがつて、その意思表示に要素の錯誤があるときは、執行受諾の意思表示をした者に重大な過失のないかぎり、その効力を生じない」が、重過失なので錯誤無効の主張は許されず、結論は原審のままでよい。

・行為能力の欠缺：訴訟行為は訴訟能力が欠缺すれば無効である

←管轄合意は取引行為の一環ゆえ行為能力で足りるとする見解がある

・訴訟行為の瑕疵の治癒

* 瑕疵そのものの治癒：撤回し瑕疵のない訴訟行為をする、追認する

- * 瑕疵の存在を主張できなくなることによる治癒：責問権の放棄・喪失(§90)、裁判の確定
- ・ 責問権：裁判所・相手方の訴訟手続違反の行為に異議を述べ、その効力を争う当事者の権能
→遅滞なく行使しないと喪失(§90、例外あり) ∴訴訟手続の安定

第5款 攻撃防御方法の提出時期等

1. 適時提出主義を理解している。

- ・ 適時提出主義：随時提出主義だが、不適切な攻撃防御方法の提出は制限されうる
- ・ 口頭弁論の一体性の原則の下、当事者はいつでも攻撃防御方法を提出できるため、
一定の制限を加えて、争点把握の困難や審理の漂流・訴訟の長期化や引き延ばしを防ぐもの

2. 時機に後れた攻撃防御方法の却下について説明することができる。

・ 時期に後れた攻撃防御方法の却下

§157-1 当事者が故意又は重大な過失により時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法については、これにより訴訟の完結を遅延させることとなると認めるときは、裁判所は、申立てにより又は職権で、却下の決定をすることができる

- ・ 対象：事実主張・証拠申出のほか、否認・自白の撤回など審理を要する訴訟行為を含む

【最判昭 42.9.14】訴訟要件は職権調査事項ゆえ、その審理を要しても§157-1 は不適用

- ・ 要件：3つ（時期に後れた提出、故意・重過失、訴訟完結遅延）

* 時期に後れて提出されたこと

- ・ それ以前の適切な時期にその提出が期待できたか否かにより判断する

- ・ 判断材料：審理の進行状況、当該攻撃防御方法の性質など

← 該当例：争点整理手続があった場合（そこで提出しないと特別の事情が必要）、

訴状や答弁書に記載すべき重要な間接事実や証拠、準備書面提出・証拠申出期間徒過後の

提出、控訴審での新たな提出、控訴審の攻撃防御方法提出期間徒過後(§301)、

【大判昭 8.2.7】控訴審における時期に後れた攻撃防御方法の判断[昭 7 才 3056]

要旨「控訴審ニ於テ提出シタル攻撃防禦ノ方法カ時期ニ後レタルヤ否ハ第一審以来ノ訴訟ノ経過ニ基キテ之ヲ判断スヘキモノトス」

【最判昭 30.4.5】同旨[後掲 昭 28 才 759]

「所論引用の大判昭 8.2.7 が、控訴審における民訴一三九条の適用について、第一審における訴訟手続の経過をも通観して時機に後れたるや否やを考うべきものであり、そして時機に後れた攻撃防禦の方法であつても、当事者に故意又は重大な過失が存すること及びこれがため訴訟の完結を延滞せしめる結果を招来するものでなければ、右の攻撃防禦の方法を同条により却下し得ない趣旨を判示していることは所論のとおりであつて、この解釈は現在もなお維持せらるべき」

* それが当事者の故意又は重大な過失によること

- ・ 後れて提出されたことについて合理的理由を認められないと、重過失が推定される

* それにより訴訟の完結を遅延させることになること

- ・ 却下した場合の予想される訴訟完結の時点と、審理を行った場合のその比較による

→ 絶対的遅延概念という ⇔ 相対的遅延概念（適時に提出された場合と比較するもの）

- ・ 新たな証拠調べを要しない主張の追加、直ちに取調可能な証拠の申出は遅延にあたらない

【最判昭 30.4.5】建物買取請求権が訴訟完結を遅延しないとした例[昭 28 才 759]

家屋収去土地明渡請求→一審：認容(遅延損金起算点のみ一部)→被告控訴棄却→上告：破棄差戻し

控訴審で被告が建物買取請求権を行使したが、時期に後れたとして却下された。

「買取請求権行使は…(控訴審の最初の口頭弁論期日で) …はじめて陳述されたものであるところ、上告人が第

一審第一回口頭弁論において陳述した答弁書によれば、本件賃借権の譲渡について被上告人の承諾を得ないことを認め、右不承諾を以て権利らん用であると抗弁していることがうかがわれるから、すでに第一審において少くとも前記買取請求権行使に関する主張を提出することができたものと認めるのを相当とし、所論のように、上告人が第一審において当初の主張にのみ防禦を集中したというだけの理由をもつて、上告人が第二審において始めてなした買取請求権行使に関する主張が、故意又は重大なる過失により時機に後れてなされた防禦方法でないと断定することはできない。しかし時機に遅れた防禦方法なるが故に上告人の右主張を却下するためには、その主張を審理するために具体的に訴訟の完結を遅延せしめる結果を招来する場合でなければならない……ところ、借地法第一〇条の規定による買取請求権の行使あるときは、これと同時に目的家屋の所有権は法律上当然に土地賃貸人に移転するものと解すべきであるから、原審の第二回口頭弁論期日（実質上の口頭弁論が行われた最初の期日）において、上告人が右買取請求権を行使すると同時に本件家屋所有権は被上告人に移転したものであり、この法律上当然に発生する効果は、前記買取請求権行使に関する主張が上告人の重大なる過失により時期に後れた防禦方法として提出されたものであるからといつて、なんらその発生を妨げるものではなく、またこのため特段の証拠調をも要するものではないから、上告人の前記主張に基き本件家屋所有権移転の効果を認めるについて、訴訟の完結を遅延せしめる結果を招来するものとはいえない。従つて訴訟の完結を遅延せしめることを理由として、前記所有権移転の効果を無視し、なんらの判断をも与えずに判決することは許されないものといわなければならない」→請求権行使の効果を無視した原判決は破棄を免れない。

【最判昭 46.4.23】建物買取請求権が建物時価認定のため遅延を招くとした例[昭 45 才 408]

建物収去土地明渡請求→原審：認容→上告棄却

控訴審第 11 回口頭弁論期日で建物買取請求権に関する主張を提出したが、第 12 回に却下し弁論終結となった。

「上告人尹が第一審において口頭弁論期日に出頭せず、本件建物収去、土地明渡等を含む一部敗訴の判決を受けて控訴し、原審第二回口頭弁論期日（昭和四二年九月二一日）に、抗弁として、同上告人が前借地人から地上の建物を買受けるとともに、賃貸人の承諾を得て本件土地の賃借権の譲渡を受けた旨主張したが、被上告人ら先代においてこれを争っていたこと、その後証拠調等のため期日を重ねたが、前述のとおり、第一回口頭弁論期日にいたつてようやく建物買取請求権行使の主張がなされるにいたつた等本件訴訟の経過によつてみれば、右主張は、少なくとも同上告人の重大な過失により時機におくれて提出されたものというべき……原審においては二度和解の勧告がなされたが、口頭弁論期日もこれと平行して進められたのみならず、和解の試みが打ち切られたのうち、第八回以降の口頭弁論期日が重ねられ、上告人尹において十分抗弁を提出する機会を有していたことから考えると、和解が進められていたから前記主張が提出できなかつたという所論は、にわかには首肯することができない……本件記録によれば、所論建物買取請求権の行使に関する主張は、被上告人らが借地法一〇条所定の時価として裁判所の相当と認める額の代金を支払うまで、上告人らにおいて本件建物の引渡を拒むために、同時履行等の抗弁権を行使する前提としてなされたものであることを窺うことができるが、所論指摘の各証拠によつては到底時価を認定するに足りるものとは認められず、かくては右時価に関する証拠調になお相当の期間を必要とすることは見やすいところであり、一方、原審は、本件において、前述のように右主張を却下した期日に弁論を終結しており、さらに審理を続行する必要はないとしたのであるから、ひつきよう、上右人尹の前記主張は、訴訟の完結を遅延せしめるものであるといわなければならない」→却下は相当、最判昭 30.4.5 は事案が異なる。

- ・ 却下の方法：相手方当事者の申立て又は職権による
 - ・ 却下の判断：独立の決定又は終局判決の理由中での判断による
 - ・ 不服申立て：終局判決に対する上訴による(§283)。却下、相手方の申立ての却下とも同じ。
3. 争点・証拠整理手続終了後の攻撃防御方法の提出に関する規律について、条文を参照して説明することができる。
- ・ 争点・証拠整理手続後の攻撃防御方法の提出

- §167,174,178 による理由説明義務を怠ると合理的理由がないとみなされ、重過失となる
- 趣旨不明瞭な攻撃防御方法の却下(§157-2) : 相手方当事者も裁判所も取扱に困るから
 - 釈明権を行使しても釈明をしない・不出頭の場合は却下できる
 - ※ 証拠の申出は、趣旨不明の場合§180-1,181-1 により採用されず、本規定によらない
 - §157-2 攻撃又は防御の方法でその趣旨が明瞭でないものについて当事者が必要な釈明をせず、又は釈明をすべき期日に出頭しないときも、前項と同様とする
- 審理の計画が定められている場合(§157/2)
 - 相当の理由がない限り、審理計画に従った訴訟手続進行への著しい支障があれば却下できる
 - §157/2 第四百四十七条の三第三項又は第五十六條の二（第七十條第五項において準用する場合を含む。）の規定により特定の事項についての攻撃又は防御の方法を提出すべき期間が定められている場合において、当事者がその期間の経過後に提出した攻撃又は防御の方法については、これにより審理の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ると認めるときは、裁判所は、申立てにより又は職権で、却下の決定をすることができる。ただし、その当事者がその期間内に当該攻撃又は防御の方法を提出することができなかつたことについて相当の理由があることを疎明したときは、この限りでない

第6款 弁論の併合等

1. 弁論の制限、分離、併合、終結及び再開の意義を理解している。

- ・ 弁論の続行：ある期日で審理が終結しないとき → 次回期日を指定し弁論を続行するもの
 - * 口頭弁論の一体性：数期日にわたっても、提出資料は一体のものとする
- ・ 弁論の終結(§243-1)：訴訟が裁判をするのに熟したと裁判所が判断するとき
- ・ 弁論の再開(§153)：終結後に弁論を行う場合。裁判所の裁量で、当事者に再開申立権はない

【最判昭 56.9.24】 弁論を再開しなかったのが違法となる場合[昭 55 才 266]

土地所有権移転登記等抹消手続等請求→原審：請求認容→上告：破棄差戻し

原告の子の無権代理による譲渡担保契約等による移転登記の抹消請求で、原審の弁論終結後に原告の死亡が判明し、相続人が無権代理人しかいないため弁論再開を申請したが、そのまま判決があったもの。

「原審は、口頭弁論を再開せず、証拠に基づいて……本訴請求を認容した」「いつたん終結した弁論を再開する」と否とは当該裁判所の専権事項に属し、当事者は権利として裁判所に対して弁論の再開を請求することができない……（最判昭 23.4.17、同 23.11.25、同 38.8.30、同 45.5.21）。しかしながら、裁判所の右裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきものであり、これをしないでそのまま判決をするのは違法である」「本件弁論再開申請……の主張は…（判決の結果に影響を及ぼし得る）…重要な攻撃防禦方法…（であって、提出できないまま敗訴判決が確定すると、それが事実でも既判力によって登記を回復できない）…から、このような事実関係のもとにおいては、自己の責に帰することのできない事由【＝口頭弁論前終結前の原告死亡不知につき善意無過失】により右主張をすることができなかつた上告人に対して右主張提出の機会を与えないまま上告人敗訴の判決をすることは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反する……原審としては、いつたん弁論を終結した場合であっても、弁論を再開して上告人に対し右事実を主張する機会を与え、これについて審理を遂げる義務がある……原審……には、弁論再開についての訴訟手続に違反した違法がある」

- ・ 弁論の更新(§249-2)：口頭弁論途中に裁判官が更迭 → 当事者は従前の弁論の結果を陳述する
 - ・ 弁論の制限・分離・併合(§152-1)：訴訟手続における訴訟指揮上の措置
 - * 方法：決定の裁判。訴訟指揮に属する裁判なので当事者の申立権は認められない
- §152-1 裁判所は、口頭弁論の制限、分離若しくは併合を命じ、又はその命令を取り消すことができる
- * 弁論の制限：1個の手続で数個の請求・数個の争点がある場合
 - ・ 効果：審理整序のため、1個の請求や争点に弁論・証拠調べを限定できる
 - 中間判決も可能(§245)だが、資料や弁論の全趣旨は共通、判決も1個のまま
 - * 弁論の分離：1個の手続で数個の請求が審判対象となっているときに分離するもの
 - ・ 効果：ある請求についての審理を分離し、判決も別個に行われる → 訴訟自体別個になる
 - ・ 資料の扱い：分離前の資料は双方で共通だが、分離後の資料は別個に扱う
 - ・ 分離不可能な場合：必要的共同訴訟(§40)、同時審判申出共同訴訟(§41)、性質上の分離不能（離婚訴訟の本訴・反訴）、選定当事者が数個の請求を定立する場合
 - * 弁論の併合：官署としての同一裁判所に係属する数個の訴訟を同一訴訟手続で審判するもの
 - ・ 主体：数個の訴訟の受訴裁判所のうち、いずれかが併合決定をする（裁量による）
 - ⇔当事者がなす場合：共同訴訟や訴えの客観的併合
 - ・ 資料の扱い：当事者が同じなら、分離前の資料も両方使える。異なる場合は2へ

- ・併合が義務付けられる場合：一部の類似必要的共同訴訟（会社 837、一般法人 272）
 - ←裁量権逸脱となる場合：主観的択一関係がある場合(債権譲渡の効力に争いがあり、債権譲渡人・譲受人が共に債務者に訴求し、併合の申出がある場合)、固有必要的共同訴訟で当事者の一部が不足するが別訴と併合すれば要件が充足される場合（解釈）
- ・併合不可能な場合：別種の訴訟手続(通常訴訟/人訴/行訴 ← 法定の関連請求の併合は可能)
- * 判決の併合：弁論の併合を経ずに、受訴裁判所が同一の事件につき、1個の判決を下すもの
 - 明文の規定はない。弁論再開後併合決定で可能だが、面倒なので認めるのが多数説
 - ∴上級審での審理重複・判断矛盾・抵触を避けることができる

2. 当事者を異にする事件の弁論が併合された場合における従前の訴訟資料の扱いについて説明することができる。

- ・訴訟資料の扱い：併合前の資料を利用するのに、援用は必要か
 - * 援用必要説：当事者が援用しないと併合後の訴訟で証拠資料にならない ∴当事者の手続保障
 - 併合の申立てをしておらず、かつ自己が当事者として関与しない資料のみ援用必要であってかつ特に異議を唱えずに併合後の審理で訴訟行為をすれば暗黙の援用の意思表示とみなす
 - 単に客観的併合のみの場合は援用は不要である
 - * 援用不要説：援用するまでもなく、当然に証拠資料となる

【最判昭 41.4.12】 弁論の併合と併合前の証拠調べの結果 [前掲 昭 38 才 865]

原告→被告 A・B の訴訟で A 宛と B 宛に弁論分離後、B が原告→A に参加申出をし、それから 3 本の事件の弁論が併合されたもの、原告上告理由で、B が援用するの一言で B の参加訴訟で証拠を引用するのは誤りで、いずれも適式の方法により採用すべきで、援用するの一言では何を援用するのか不明、と批判した。

「数個の事件の弁論が併合されて、同一訴訟手続内において審理されるべき場合には、併合前にそれぞれの事件においてされた証拠調べの結果は、併合された事件の関係のすべてについて、当初の証拠調べと同一の性質のまま、証拠資料となると解するのが相当である。けだし、弁論の併合により、弁論の併合前にされた各訴訟の証拠資料を共通の判断資料として利用するのが相当だからである」

- ・民訴法は尋問の機会がなかった当事者による証人尋問のみ規定する(§152-2)
 - §152-2 裁判所は、当事者を異にする事件について口頭弁論の併合を命じた場合において、その前に尋問をした証人について、尋問の機会がなかった当事者が尋問の申出をしたときは、その尋問をしなければならない

第7款 当事者の欠席

1. 一方当事者欠席の場合の規律について、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 欠席：指定された口頭弁論期日に出頭しない場合 + 出頭しても本案の弁論をせず退廷する場合
 - ・ 一方当事者の欠席の規律 → 相手方当事者の裁判を受ける権利の保障の必要性
 - * 欠席判決主義：欠席の事実自体をもって欠席者に不利な判決の基礎とする
 - * 対席判決主義：欠席者について最低限の陳述を擬制し、それに基づいて本案判決をする
(旧々民訴は欠席判決主義、旧民訴以降対席判決主義をとる)
 - ・ 最初の期日の欠席における陳述擬制(§158)
 - ←「最初」は弁論が実際に行われる最初の期日のこと(第一回とは限らない)
 - * 陳述擬制：訴状・答弁書その他の準備書面記載事項を陳述したとみなす
 - ・ 原告の欠席 → 訴状・準備書面記載事項の陳述擬制
∴口頭主義の要請から陳述がないと請求が定立されない
 - ・ 被告の欠席 → 答弁書・準備書面記載事項の陳述擬制
∴欠席原告につき陳述擬制することとの公平
 - ・ 弁論準備手続の最初の期日の欠席(§170-5→158)：同様に陳述擬制となる
→最初の口頭弁論期日に§158が適用、弁論準備手続の結果は出席当事者が陳述(§173)
 - ・ 続行期日における擬制陳述：原則として認められない
例外：請求の放棄・認諾書面の擬制陳述(§266-2)、簡裁では常に認められる(§277)
 - ・ その他：上訴審も適用
 - 【最判昭 25.10.31】控訴審の最初の期日にも陳述擬制が適用される
 - ・ 一方欠席時の審理
 - * 出席当事者の弁論：事実主張は準備書面記載内容に限定される(§161-3)
 - 擬制陳述で明らかに争う場合を除き、擬制自白が成立する(§159-1,3)
 - 対席判決主義の帰結として、擬制陳述で争えば証拠調べが必要となる
 - 公示送達の場合も出席当事者による立証を要する(§159-3 但書)
 - 擬制陳述で明らかに自白の意思が認められれば、擬制自白ではなく、自白が成立する
 - * 続行期日の指定：証拠調べの必要性などに基づき、裁判所が判断する
 - 【大判昭 8.4.25】続行期日指定の要否(相手方欠席において必須ではない) [昭 7 才 3121]
要旨「最初ノ口頭弁論期日ニ適法ナル弁論アリタルモ適法ナル証拠申出無キトキハ裁判所ハ弁論ヲ終結シ弁論ノ全趣旨ヲ斟酌シ且主張責任立証責任ノ原則ニ從ヒ判決ヲ為シ若シ適法ナル証拠申出アルトキハ裁判所ハ其ノ証拠調ヲ為シタル上弁論ヲ終結シ弁論ノ全趣旨及ヒ証拠調ノ結果ヲ斟酌シ且主張責任立証責任ノ原則ニ從ヒ判決ヲ為ス可キモノトス」
 - * 出席当事者の申出による、審理の現状に基づく終局判決が可能(§244)
2. 当事者双方欠席の場合の規律について、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 狭義の弁論期日における欠席
 - * 裁判所は期日の終了を宣言する
 - ※第一回口頭弁論期日を双方欠席すると、第二回が「最初の期日」となる

- * 口頭弁論を終了して終局判決をする／できる場合
- ・ 訴訟が裁判をするのに熟したとき(§243-1：義務)
- ・ 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(§244：裁量)
 - ∴ 当事者双方欠席という事実も含めて裁判をなすに熟したと認めることができる
 - なお主張立証の可能性があっても、双方欠席ならそのつもりがないと度外視できる

【最判昭 41.11.22】当事者双方欠席でも口頭弁論を終結してよい[昭 40 才 319]

控訴審で第7回口頭弁論期日に当事者双方が欠席したが口頭弁論を終結し第8回で判決を言い渡した。

「訴訟が裁判をするに熟するときは、裁判所は口頭弁論を終結して終局判決をすることができることは民訴法一八二条により明らかであつて、当該口頭弁論期日に当事者の双方が出頭していないことは、裁判所の右職権の行使を妨げるべき理由とならない。論旨は、民訴法二三八条を根拠として右見解を争うが、同条は、当事者双方が口頭弁論の期日に出頭せず、または弁論をしないで退廷した場合において、裁判所が口頭弁論を終結せずかつ新时期の指定もしないで当該口頭弁論期日を終了した場合における取扱を規定したものと解すべきであつて、この制度があるからといつて、裁判所は該期日に口頭弁論を終結できないものと解しなければならないものではない」

- * なお審理を続行すべき場合：当事者による期日指定の申立てを待つ（職権でも可能）
- ・ 訴えの取下げの擬制(§263)：弁論準備手続も同じ、控訴審では控訴取下げの擬制(§292-2)
 - ← 一か月以内に期日指定の申立てをしないとき(§263 前段)
 - ← 連続して2回、当事者双方とも不出頭するとき(§263 後段)

【大判昭 12.12.18】当事者双方欠席後の職権による期日指定は適法

- ・ 証拠調べ期日における欠席 → 当事者双方不在でも、証拠調べ可能(§183)
- ・ 判決言渡期日における欠席 → 当事者双方不在でも、判決の言渡し可能(§251-2)

第3節 弁論主義と主張

第1款 総論

1. 弁論主義の内容について理解している。弁論主義の根拠についての議論を説明することができる。
 - ・ 弁論主義：事実の確定に必要な裁判資料（事実・証拠）の提出は当事者の権能・責任とする原則
 - ① 主要事実について、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎とすることができない
 - 主張責任の概念、訴訟資料と証拠資料の峻別
 - ・ 訴訟資料：裁判の基礎となる事実の主張
 - ・ 証拠資料：裁判所が証拠方法を取り調べることにより感得した資料
 - 証拠調べで裁判所がある事実を確信しても、当事者が主張しないと判決の基礎とできない
 - ※ 事実主張：当事者が口頭弁論で主張する・釈明権行使で促す・弁論の全趣旨(§247)から認定
 - ← 弁論の全趣旨は、本来証拠資料に類するものでおかしい、との批判あり
 - ② 主要事実について、当事者の自白の拘束力が認められる
 - ③ 職権証拠調べの原則的禁止：争いのある事実の認定は、当事者の申出た証拠による
 - ⇔ 人訴 20：職権探知 = 事実 + 証拠、行訴 24：職権証拠調べ
- ・ 弁論主義の根拠
 - * 本質説：訴訟物たる私人間の権利関係自体が私的自治の原則に服し、当事者の自由な処分に委ねられるべきものだから
 - * 手段説：弁論主義は、当事者の利己心を利用した真実発見のための合目的考慮の所産
 - ← 真実発見の要請が強い人事訴訟では職権探知主義が採用されていることと矛盾しないか
 - * 手続保障説（不意打ち防止説）：当事者に対する不意打ちの防止のため
 - 審理全体の経過から不意打ちにならなければ、主張されない事実を認定してもよい
 - ← 機能と混同している。釈明権行使でも主張を拒む場合に、あえて事実を認定すべきなのか
 - ← 職権探知主義でも不意打ち防止の要請は認められる（→ 当事者の意見聴取義務）
 - * 多元説：私的自治の尊重、真実発見の効率、不意打ち防止、公平な裁判の信頼確保など
- ・ 弁論主義の機能と処分権主義との関係
 - * 機能：不意打ちの防止 → 当事者の手続保障
 - * 弁論主義と処分権主義
 - ・ 共通点：ともに私的自治が基礎となる
 - ・ 相違：適用領域が事実・証拠の提出か、審判対象の定立・処分か（主張・立証 ⇔ 請求）
- ・ 弁論主義の対象と主要事実
 - * 主要事実のみ。間接事実も手続保障上主張を促すべき場合もあるが、必須ではない
 - ∴ 弁論主義は私的自治の尊重ゆえ、権利関係の発生・変更・消滅の原因に限られる
 - 間接事実も対象とすると、自由心証主義(§247)を制約することになる
 - ・ 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をいう
 - = 法規の構成要件事実該当する具体的事実（要件事実は抽象的な概念）
 - ・ 間接事実：経験則・論理法則を援用して主要事実の存否を推認するのに役立つ事実（～証拠）

・補助事実：証拠の信用性に関する事実

【最判昭 46.6.29】 弁論主義の範囲（①：相手方が否認する事実） [昭 46 才 286]

約束手形金請求→原審：認容→上告棄却（振出人→被告→訴外刀野→原告）

被告は手形が担保した債務につき、刀野から原告に債務が弁済されたと主張したが、原審は別の債務に充当されたと認定した。これは原告の主張しないところであった。

「原告の請求をその主張した請求原因事実に基づかず、主張しない事実関係に基づいて認容し、または、被告の抗弁をその主張にかかる事実以外の事実に基づいて採用し原告の請求を排斥することは、所論弁論主義に違反するもので、許されない……被告が原告の主張する請求原因事実を否認し、または原告が被告の抗弁事実を否認している場合に、事実審裁判所が右請求原因または抗弁として主張された事実を証拠上肯認することができない事情として、右事実と両立せず、かつ、相手方に主張立証責任のない事実を認定し、もつて右請求原因たる主張または抗弁の立証なしとして排斥することは、その認定にかかる事実が当事者によつて主張されていない場合でも弁論主義に違反するものではない。」ただし、右の場合に主張者たる当事者が不利益を受けるのはもつぱら自己の主張にかかる請求原因事実または抗弁事実の立証ができなかつたためであつて、別個の事実が認定されたことの直接の結果ではないからである。本件についてこれをみるに、上告人において、訴外刀野の被上告人に対する弁済を主張するについては、訴外刀野において債務の履行に適合する給付をしたことのほか、右給付が本件手形金債権によつて担保された原判示の原因債権に対応する債務の履行としてなされたものであることの二つの点を立証する責務を負うものであるところ、原判決は、その措辞に正鵠を欠く点はあるが、要するに、刀野が被上告人に支払つた原判示の金員は、刀野において別に被上告人に対して負担していた五〇万円の借入金債務の内入れ弁済として支払つたものであることを認定することにより、上告人の抗弁は、後者の点についての立証を欠くものとしてこれを排斥したものと認められる。してみれば、原判決にはなんら弁論主義違背のかどはない」

【最判昭 41.9.22】 弁論主義の範囲（②：間接事実の自白） [昭 40 才 574]

貸金請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

0万円の貸金債権を相続したとして訴求したが、被告は亡父が建物を70万円で買い受けた際に代金支払のため債権を譲渡したと主張し、原告は一審で建物売買を認めたが、債権譲渡は予約で合意解除された主張、解除は認定されたが再譲渡が認められず、控訴審で売買の自白は真実に反し錯誤に基づくとして取消しを主張したものの。

「被上告人らの前記抗弁における主要事実は「債権の譲渡」であつて、前記自白にかかる「本件建物の売買」は、右主要事実認定の資料となりうべき、いわゆる間接事実すぎない。かかる間接事実についての自白は、裁判所を拘束しないのはもちろん、自白した当事者を拘束するものでもない……しかるに、原審は、前記自白の取消は許されないものと判断し、自白によつて、鉄之助が辻江より本件建物を代金七〇万円で買受けたという事実を確定し、右事実を資料として前記主要事実を認定したのであつて、原判決には、証拠資料たりえないものを事実認定の用に供した違法があり、右違法が原判決に影響を及ぼすことは明らかである」

【最判昭 52.4.15】 弁論主義の範囲（②：補助事実の自白） [昭 51 才 1174]

建物収去土地明渡請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

代物弁済によつて被告（代理人B）→A→原告と所有権が移転したと原告は主張し、被告の委任状を示したが、被告作成の白紙委任状の取得者がこれを濫用したものであった。この委任状の成立についての真正の争い。

「論旨は、所論の各書証の成立の真正についての被上告人の自白が裁判所を拘束するとの前提に立って、右自白の撤回を許した原審の措置を非難するが、書証の成立の真正についての自白は裁判所を拘束するものではない」（吉田意見）被告の自白は委任状用紙に被告が署名押印したことを認めただけであり、代理権授与を証明する文書としてその成立の真正を自白したのではないから、原審のいう自白後撤回したというのは誤り。

* 不特定概念についての主要事実：過失や正当事由など

・法律要件事実が具体的事実ではなく、具体的事実についての評価を含む場合

→評価の対象となる具体的事実が主要事実となる（わき見運転や背信行為そのものなど）

※要件事実は“過失”や“公序良俗違反”の存在そのもの ⇔ 主要事実は評価対象の具体的事実

* 一般条項についての弁論主義の適用

・ 権利濫用・信義則：評価の対象となる具体的事実が主要事実で弁論主義の対象

∴当事者の利益保護を主たる目的とするから

【最判昭 39.10.13】 権利濫用と弁論主義[昭 37 才 885]

被相続人の養女から内縁配偶者への家屋明渡請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「論旨は、原判決が本訴請求を権利の濫用として許されないと判断したのは民訴一八六条に違反するものであるという。しかし、記録により明らかである被告人の主張の経過に照らせば、被告人が所論権利濫用の主張をもなすものと解される旨の原審の判断は、首肯し得ないではない……上告人および被告人間の身分関係、本件建物をめぐる右両者間の紛争のいきさつ、右両者の本件建物の各使用状況およびこれに対する各必要度等の事情につき、原審がその挙示の証拠により確定した事実関係に照らせば、被告人に対する上告人の本件建物明渡請求が権利の濫用として許されない旨の原審の判断は、正当として肯認するに足りる」

・ 公序良俗違反：弁論主義は適用されないが、釈明権の行使により不意打ちは極力避けるべき

∴高度の公益性があり、当事者が主張しなくても司法が看過すべきでない

・ 弁論主義の範囲

* 権利抗弁（⇔事実抗弁）

・ 権利の発生原因事実に加え、権利者が権利行使を訴訟上表明する必要がある抗弁

例：留置権や同時履行の抗弁権など。過失相殺は権利抗弁ではない（職権で可能）

・ 権利行使そのものは権利者が主張する必要（＝主張共通の原則の例外）

→釈明権行使が望ましいが、判例は行使しなくても違法ではないとする

【最判昭 27.11.27】 当事者の主張の要否（権利抗弁）[昭 27 才 545]

「原審で上告人は被告人に対し所論のように借地法一〇条による建物買取請求の意思表示をしたことは認め得るけれど、その代金の支払あるまで当該建物を留置する旨の抗弁を主張したことを認むべき証拠は存在しない。さればたとい右建物の買取請求により上告人と被告人との間に当該建物につき売買契約をしたのと同様の法律上の効果を生じ……当然に上告人において被告人がその代金の支払をなすまで右建物の上に留置権を取得するに至つたとしても、前説示のように上告人において該権利を行使した形跡のない以上、原審がこれを斟酌しなかつたのはむしろ当然であり原判決には所論第一点のような違法があるとはいえない、けだし、権利は権利者の意思によつて行使されその権利行使によつて権利者はその権利の内容たる利益を享受するのである。それ故留置権のような権利抗弁にあつては、弁済免除等の事実抗弁が苟くもその抗弁を構成する事実関係の主張せられた以上、それが抗弁により利益を受ける者により主張せられたと、その相手方により主張せられたとを問わず、常に裁判所においてこれを斟酌しなければならないのと異なり、たとい抗弁権取得の事実関係が訴訟上主張せられたとしても権利者において権利を行使する意思を表明しない限り裁判所においてこれを斟酌することはできないのである（民訴一八六条参照）。そしてまた当事者の一方が或る権利を取得したことを窺わしめるような事実が訴訟上あらわれたに拘わらず、その当事者がこれを行使しない場合にあつても、裁判所はその者に対しその権利行使の意思の有無をたしかめ、或はその権利行使を促すべき責務あるものではない」

* 法令の解釈適用：裁判所の役割→弁論主義の範囲外

・ 法的観点（法規の事実へのあてはめ）は不意打ちになりうるので、釈明権を行使すべき

→法的観点摘示義務

* 事実の同一性：当事者主張事実と裁判所認定事実の同一性の程度

→社会的事実としての同一性が認められれば足りる

【大判大 9.3.13】 契約成立日時がずれていても同一性を肯定[大 9 才 117]

要旨「係争貸借ノ成立時期ニ付キ被告ハ貸借証書ノ日附タル大正 3 年 1 月 2 日 9 日ナリト主張シ原告ハ大正 4 年 3 月 1 日 8 日ナリト主張セル場合ニ於テ其貸借ニシテ同一ナル限ハ裁判所カ証拠ニ依リ大正 4 年 2 月中ニ右貸借成立セルコトヲ判示スルモ妨ケナク其成立ノ日附ニ付キ当事者ノ主張ニ拘束セラルルモノニ非ス」

【最判昭 32.5.10】 医療過誤の事実認定における同一性[昭 30 才 155:民集 11-5-715]

損害請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

注射後患部に機能障害を残した医療過誤訴訟。注射日を 3 日異なって認定したのは適法とし、

「原審は、挙示の証拠により「被控訴人（被上告人）の心臓性脚気の治療のため注射した際にその注射液が不良であつたか、又は注射器の消毒が不完全であつたかのいずれかの過誤があつた」と認定したけれども、注射液の不良、注射器の消毒不完全はともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推断しても、過失の認定事実として、不明又は未確定というべきでない。又被上告人の主張しない「注射液の不良」を、過失認定の具体的事実として挙げたからと云つて、民訴一八六条に違背するということとはできない。けだし同条は、当事者の主張しない、訴訟物以外の事実について、判決することができないことを定めたものであつて、前記注射液不良という事実の如きは、被上告人主張の訴訟物を変更する事実と認められないからである」

・ 訴訟類型と弁論主義の適用範囲

* 通常民事訴訟：本案審理は弁論主義。訴訟要件は例外あり

・ 高度の公益性を有するもの：弁論主義全面的排除（職権探知主義）

→裁判権・専属管轄・除斥原因・当事者能力・訴訟能力・二重起訴禁止など

・ その他の訴訟要件：弁論主義の排除（第 1・2 のみで、職権証拠調べは要求されない）

・ 専ら当事者の利益保護を目的とするもの（任意管轄等）：抗弁事項 = 弁論主義適用

* 人事訴訟：自白や攻撃防御方法却下の不適用(人訴 19-1)、職権探知主義(20)

・ 旧人訴：婚姻を維持するためにのみ職権探知主義を認めていた

* 行政事件訴訟：職権証拠調べ(行訴 24)、弁論主義の第 1・2 原則は採用

* 会社関係訴訟（株式総会決議取消訴訟）

・ 通説：団体的法律関係の性質・対世効から弁論主義は排除される

←団体的だから別異に扱う理由はなく、利害関係人は訴訟参加すればよい、明文規定なし

2. 職権探知主義の内容と採用される範囲を理解している。

・ 職権探知主義：弁論主義が全面的に排除されるもの（公益性の高い訴訟要件、人訴）

・ 職権調査：弁論主義の第 1・2 原則の例外（その他の訴訟要件）

・ 職権証拠調べ：弁論主義の第 3 原則の例外（行訴）

3. 釈明と弁論主義の関係について理解している。

・ 釈明権(§149)：訴訟関係を明瞭にするための裁判所の権能

※訴訟関係：請求・主張・立証に関するすべての事項

* 消極的釈明：当事者の主張・立証の不明瞭・前後矛盾を問い質す釈明

* 積極的釈明：当事者が必要な申立て・主張・立証をしていない場合に示唆・指摘する釈明

←単に一方当事者に有利・不利でも、真実発見の要請から釈明権は制約されない

←行きすぎ防止のため、すでに提出された資料に基づき合理的に予測される範囲に限られる
§149-1 裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項
に関し、当事者に対して問いを発し、又は立証を促すことができる

* 釈明権の行使：裁判長が行使するが(#1)、陪席裁判官も裁判長に告げて行使可能(#2)

・当事者の求問権(#3)、重要な事項に関する期日外行使時の通知義務(#4)

・当事者が異議を述べると、決定で裁判をする(§150)

・釈明に応じない場合：不明瞭・不十分なままなので不利になりうる

+ 趣旨不明瞭な攻撃防御方法の却下の対象となる(§157-2)

#3 当事者は、口頭弁論の期日又は期日外において、裁判長に対して必要な発問を求めることができる

#4 裁判長又は陪席裁判官が、口頭弁論の期日外において、攻撃又は防御の方法に重要な変更を生じ得る事項に
ついて第一項又は第二項の規定による処置をしたときは、その内容を相手方に通知しなければならない

【最判昭 45.6.11 民集 24-6-516】 釈明権行使の範囲[昭 45 才 52]

A/Y1/Y2 宛売掛代金請求→一審：Y1,Y2 認容、A 棄却→Y1,Y2 控訴棄却→上告棄却

訴外AへY1 名義で木箱を納入したXからY 1 と連帯保証人Y 2 に対する売掛残代金の請求。請求原因はX-Aの
取引にY1,Y2 が連帯保証するというものであったが(被告はA,Y1,Y2 であった)、Y1-Aの契約でXが代わりに
納入し、Y2 が連帯保証するもの(下請的契約)と一審が認定していた。

請求原因についての「被上告人の前記陳述内容は、原裁判所が被上告人に対し釈明を求めた結果なされたもので、
その釈明に対し、被上告人の訴訟代理人は、「そのとおりである」旨を陳述したにとどまるが、このような釈明
権の行使は、著しく公正を欠き、釈明権限の範囲を逸脱したもの」として上告

「釈明の制度は、弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、できるだけ事案の真
相をきわめることによつて、当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的として設けられたものである
から、原告の申立に対応する請求原因として主張された事実関係とこれに基づく法律構成が、それ自体正当では
あるが、証拠資料によつて認定される事実関係との間に喰い違いがあつて、その請求を認容することができな
いと判断される場合においても、その訴訟の経過やすでに明らかになつた訴訟資料、証拠資料からみて、別個の法
律構成に基づく事実関係が主張されるならば、原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の根本
的な解決が期待できるにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、そのような主張をしないこと
が明らかに原告の誤解または不注意と認められるようなときは、その釈明の内容が別個の請求原因にわたる結果
となる場合でも、事実審裁判所としては、その権能として、原告に対しその主張の趣旨とするところを釈明する
ことが許されるものと解すべきであり、場合によつては、発問の形式によつて具体的な法律構成を示唆してその
真意を確かめることが適当である場合も存するのである」

一審の認定、被告側も釈明権行使前にY2 がY1 を連帯保証していない旨争おうとしていたなどの「第一審以来
原審第二回口頭弁論期日までの訴訟の経過に照らすと、右口頭弁論期日における被上告人の陳述内容が原裁判所
のした所論のような釈明の結果によるものであるとしても、その釈明権の行使は、事実審裁判所のとつた態度と
して相当である」として上告棄却

・ 釈明処分(§151)：裁判所の行為によつて事実関係を明らかにする手段

§151-1 裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、次に掲げる処分をすることができる

一 当事者本人又はその法定代理人に対し、口頭弁論の期日に出頭することを命ずること

二 口頭弁論の期日において、当事者のため事務を処理し、又は補助する者で裁判所が相当と認めるものに陳述
をさせること

三 訴訟書類又は訴訟において引用した文書その他の物件で当事者の所持するものを提出させること

四 当事者又は第三者の提出した文書その他の物件を裁判所に留め置くこと

五 検証をし、又は鑑定を命ずること

六 調査を囑託すること

・ 釈明権と弁論主義

* 狭義説：裁判所が当事者の主張・立証の矛盾・誤謬を指摘し是正の機会を与えるもの

* 通説：当事者の訴訟追行能力の差異・真実発見の要請から新資料提出の釈明も許される

4. 釈明義務（法律問題指摘義務を含む）について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・ 釈明義務：適切な釈明権の行使は義務：裁判所は（適切な）判決をなす義務を負っているから
→ 釈明義務違反は法令違反として上告理由（高裁）・上告受理申立理由になる（§312-3, 318-1）

但し、具体的な訴訟状況に照らし、釈明権不行使が不合理な結果を生じるか、当事者間の実質的公平、釈明を待たずに適切な訴訟追行が期待できたか、などから判断される

* 申立てに関するもの

・ 申立て不明瞭、訴訟物・請求の趣旨を改めるべき場合で、釈明義務を肯定した例

→ 訴えの変更を促すことになるが、当事者の訴訟追行能力・事情に応じて釈明義務を肯定

【大判昭 8.6.15】 不法行為を不当利得に改めるべき場合

【最判昭 41.4.12】 売買無効確認請求を現在の権利関係の確認に改めるべき場合[前掲]

【最判昭 58.10.28】 分割債権をその割合に応じた給付請求に改めるべき場合[昭 57 才 214]

受取金引渡等（事故死亡損害保険金を代理受領したもの）請求（「被告は原告兩名に対し金 450 万円（+ 遅延利息）を支払え」）→ 一審：妻へ 1,643,607、子へ 2,856,393 支払え→ 被告控訴：変更（妻維持、子へ 2,250,000 支払え）→ 子上告：破棄差戻し

原審は、請求の趣旨は分割債権ゆえ 225 万ずつとし、子は一部請求なので 225 万の限度で認容すべきとした。

「上告人らの請求の原因、弁論の全趣旨及び本件訴訟の経緯に照らすと、上告人らが右請求をするに当たって真に意図しているところのものは、上告人ら兩名が被告上告人に対し、前記委任契約に基づいて支払を求めうべき債権全部の履行、すなわち本件残額四五〇万円全額及びこれに対する遅延損害金の支払を求めることにあることがうかがわれなくはないから、原審としては、上告人らに対し、本訴請求の趣旨につき釈明を求め、上告人らの各申立の真に意図しているところを明らかにしたうえで審理判断すべきであったというべきである。しかるに、原審は、右の点につき何ら釈明を求めることなく、上告人らが本件残額につきその二分の一ずつの金員の支払を求める申立をしているものと速断して前記のとおり判決しているが、右は、釈明権の行使を怠り、ひいては審理不戻の違法を犯したものであるべきであり、この違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、論旨は理由があり、原判決主文第三項中第一審判決を取消した前記部分は破棄を免れない」

【最判平 9.7.17 判時 1614-72】 自己取得と共同相続による共有持分権の取得[平 7 才 1562]

Y1,2,3,4 宛 X の建物所有権・土地賃借権確認、Y1 宛建物所有権移転登記・明渡、Y5-11 宛土地賃借権確認→ 一審：認容→ 被告控訴：取消棄却→ 原告上告：持分 1/9 に限って破棄差戻し、他棄却

Y5-11 の父から X が土地を借りて建物を建てたと主張したが、原審は X, Y1-4 の父 A が借りて建てたと認定、すべて請求を棄却したが、最高裁は X も異なった遺産分割が無い限り 1/9 を相続しているはずで、「上告人が、本件建物の所有権及び本件土地の賃借権の各九分の一の持分を取得したことを前提として、予備的に右持分の確認等を請求するのであれば、A が本件土地を賃借し、本件建物を建築したとの事実がその請求原因の一部となり、この事実については上告人が主張立証責任を負担する。本件においては、上告人がこの事実を主張せず、かえって被告上告人らがこの事実を主張し、上告人はこれを争ったのであるが、原審としては、被告上告人らのこの主張に基づいて右事実を確定した以上は、上告人がこれを自己の利益に援用しなかったとしても、適切に釈明権を行使

するなどした上でこの事実をしんしゃくし、上告人の請求の一部を認容すべきであるかどうかについて審理判断すべき……（最判昭 41.9.8 参照）→審理不尽で破棄差戻し

（藤井補足）共有持分権は単なる分量の一部ではないから、1/9 でも訴訟を維持するかどうか釈明を求め、予備的に請求の趣旨を変更させるべきである。但し、相続開始後相当期間がたち、遺産分割をこじらせる場合は釈明義務は認められないが、本件では 36 年後ながら既にこじれ、X も遺産に言及しているから行使すべきだった。

* 事実・証拠に関するもの

- ・主張された事実が不明瞭や申立て・証拠と関係不明な場合
- ・弁論の趣旨に照らし、合理的通常人においては他の事実主張が期待される場合

【最判昭 44.6.24】 釈明義務を肯定した例[昭 43 才 1267]

（主）農地所有権確認等（予）農地所有権移転登記等請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：予：破棄差戻し、他棄却
自創法で原告→被告国→被告 Y 2 と移転した農地の所有権確認、予備的に Y2 との農地の返還約束の履行請求。
予備的請求の趣旨は不明確で自創法の趣旨に沿うか疑問もあるが、裏付ける証拠もあり、「このように、当事者の主張が、法律構成において欠けるところがある場合においても、その主張事実を合理的に解釈するならば正当な主張として構成することができ、当事者の提出した訴訟資料のうちにもこれを裏付けうる資料が存するときは、直ちにその請求を排斥することなく、当事者またはその訴訟代理人に対してその主張の趣旨を釈明したうえ、これに対する当事者双方の主張・立証を尽くさせ、もつて事案の真相をきわめ、当事者の真の紛争を解決することが公正を旨とする民事訴訟制度の目的にも合するものというべく、かかる場合に、ここに出ることなく当事者の主張を不明確のまま直ちに排斥することは、裁判所のなすべき釈明権の行使において違法があるものというべきである。したがって、原審は、前記説示の点において釈明権の行使を怠り、ひいて審理不尽の違法を犯したものである」というべく、この違法は原判決の結論に影響することが明らかであるから」破棄差戻し。

【最判平 22.10.14】 信義則違反を認める場合の釈明義務[平 20 受 1590]

学校法人 Y 宛雇用関係存在確認等請求→一審：棄却→控訴：確認棄却・賃金一部認容→上告：破棄差戻し
元教授 X が 65 歳定年退職の辞令を受けたが、80 歳定年の合意があったと主張して提訴したもの。原審は合意を認めず、従前 70 歳定年の運用だったので、信義則上少なくとも 1 年前までの告知が必要であったとして、定年退職を告知されてから 1 年間について賃金請求を認めた。

「本件訴訟において、被上告人は、前記 1（3）の事実【＝定年が 80 歳と告知され、運用も 70 歳以降の勤務が相当数いたなど】を、本件合意の存在を推認させる間接事実としては主張していたが、当事者双方とも、上告人が定年規程による定年退職の効果を主張することが信義則に反するか否かという点については主張していない」訴訟経過も合意の有無ばかりが争点で、この「のような訴訟の経過の下において、前記 3 のように信義則違反の点についての判断をするのであれば、原審としては、適切に釈明権を行使して、被上告人に信義則違反の点について主張するか否かを明らかにするよう促すとともに、上告人に十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をすべきものである。とりわけ、原審の採った法律構成は、〔1〕上告人には、被上告人に対し、定年退職の 1 年前までに、定年規程を厳格に適用し、かつ、再雇用をしない旨を告知すべき信義則上の義務があったとした上、さらに、〔2〕具体的な告知の時から 1 年を経過するまでは、賃金支払義務との関係では、信義則上、定年退職の効果を主張することができないとする法律効果を導き出すというもので、従前の訴訟の経過等からは予測が困難であり、このような法律構成を採るのであれば、なおさら、その法律構成の適否を含め、上告人に十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をすべきものといわなければならない」→法令違反で破棄差戻し

- ・証拠が不十分な場合

【最判昭 39.6.26】 一部地域に応じた損害額の立証を要する場合[昭 37 才 567]

損賠・土地所有権確認請求→一審：認容→控訴：変更(一部認容)→上告：(確認)棄却、(損賠)破棄差戻し
被告が勝手に原告所有地内の立木を伐採搬出したとして、所有権確認と損賠を求めたもので、控訴審は一部の所

有権確認を認めず、それと一体に損害額が計算されていた部分の損害も算出不能として棄却した。

「ある地域を所有することを前提とし、同地域上に生立する立木の不法伐採を理由とする損害賠償の請求の当否を判断するに当り、当該地域の一部のみが請求者の所有に属するとの心証を得た以上、さらにその一部に生立する立木で伐採されたものの数量、価格等について審理すべきことは当然であり、この際右の点について、従来の証拠のほか、さらに新たな証拠を必要とする場合には、これについて全く証拠方法のないことが明らかであるときを除き、裁判所は当該当事者にこれについての証拠方法の提出を促すことを要するものと解するのが相当である。けだし、当事者は裁判所の心証いかにを予期することをえず、右の点について立証する必要があるかどうかを知りえないからである。したがって、本件の場合、乙丙地域のうち後者のみが被控訴人の所有に属するとの判断に到達した以上、原審は、すべからく、同地域上の立木の伐採数量等について被控訴人に立証を促すべきであつたといわねばならない。とすれば、原審がこのような措置に出ることなく、漫然証拠がないとして被控訴人の前記請求を排斥したのは、釈明権の行使を怠り、審理不尽の違法を犯したもの」

- ・ 権利抗弁、時効の援用も同様といえるが、判例は反対

- 【最判昭 24.6.4】 同時履行の抗弁権で釈明義務を否定

- 【最判昭 27.11.27】 留置権で釈明義務を否定

- 【最判昭 31.12.28】 取得時効で釈明義務を否定

- ・ 法律問題指摘義務（当事者主張の事実を別の法的観点で採用する場合の釈明義務）

- 【最判昭 41.4.12】

5. 事実主張に対する相手方の応答のあり方とその訴訟法上の意義について説明することができる。

・

6. 真実義務・完全義務について理解している。

- ・ 真実義務：当事者が主観的事実認識に反した事実の陳述・証拠の提出を禁止するもの

- 209,230 条で虚偽陳述、故意・重過失で文書の成立の真正を争った場合の過料を定める

- 不利な心証形成にもつながる

- ・ 完全陳述義務：当事者は一部の事実を隠して不完全な陳述をすることにより、全体としてみたときに主観的真実に反することになるような陳述をしてはならない

- 有利不利を問わず知る限りの事実を主張し証拠を提出する義務があるわけではない

- （そうすると、主張責任・証明責任の原則、ひいては弁論主義に抵触する）

第2款 主張責任

1. 主張責任の意義を理解している。
 - ・客観的主張責任：ある事実が弁論に現れなかった場合に一方当事者が受ける不利益・危険
 - ・事案解明義務：責任を負う当事者が事実・証拠を知ることが困難で、相手方当事者は容易な場合に、相手方に事実および証明の提出を求めるという考え方（実定法上は定められていない）
→釈明権・釈明処分により裁判所が明かにするよう相手方に求め、相手方が応じない場合は訴訟上の信義則違反と認め、弁論の全趣旨として考慮することができる
2. 主張責任の分配について、具体例に即して説明することができる。
 - ・主張責任の分配
＝証明責任（ある事実を証明できなかつた場合にいずれが不利益を受けるか）と一致
＊例外的に主張責任と証明責任の所在の食い違いがあるとする説もある
例：履行遅滞による損害請求での履行の事実の、証明責任は債務者、主張責任は債権者(有力)
←関連事実として明らかにした方がよいが、主張責任とまではいえない(通説)
3. 請求原因・抗弁の概念について、具体例に即して説明することができる。抗弁と否認の相違を説明することができる。
 - ・請求原因：請求の趣旨に表示され又はその内容たる給付・形成を基礎づける権利関係を成立させる事実 ∴請求の趣旨だけでは訴訟物が特定されない場合があるから
 - ・抗弁：相手方の主張する事実を前提としつつ、それによる法律効果の発生を妨げ、又はこれを消滅させる、自己が証明責任を負う別の事実を主張すること
 - ・否認：相手方の主張する事実そのもの否定する旨の陳述。証明責任は相手方に残る。相手方の主張する事実と両立しない事実を主張する場合は理由つき否認となる
4. 対立当事者間の主張共通の原則について、具体例に即して説明することができる。
 - ・主張責任を負わない当事者が、自己に不利益な事実を進んで陳述したとき（先行自白）
→裁判所はその事実を認定することが可能（＝主張共通の原則）
∴弁論主義は裁判所と当事者との間の役割分担であって、原告・被告の分担ではないから
【最判昭41.9.8民集20-7-1314】主張共通の原則[昭38才1227]
土地所有権移転登記手続本訴・家屋収去土地明渡反訴請求→一審：本訴棄却・反訴認容→原告控訴：本訴棄却・反訴変更（被告の請求の変更通り）→原告上告：本訴棄却・反訴破棄差戻し
原審は「被控訴人は平野孝平から本件宅地を買受け、その所有権を取得したが、控訴人に対しその使用を許した事実を確定したうえ、本件宅地の所有権に基づいてその明渡等を求める被控訴人の本訴請求を認容した……被控訴人の本訴請求については、被控訴人が控訴人に対し本件宅地の使用を許したとの事実は、元来、控訴人の主張立証すべき事項であるが、控訴人においてこれを主張しなかつたところ、かえつて被控訴人においてこれを主張し、原審が被控訴人のこの主張に基づいて右事実を確定した以上、控訴人において被控訴人の右主張事実を自己の利益に援用しなかつたにせよ、原審は右本訴請求の当否を判断するについては、この事実を斟酌すべきである……しからば、原審はすべからく、右使用貸借が終了したか否かについても審理判断したうえ、右請求の当否を判断すべきであつた……原審が、このような措置をとることなく、前記のように判示しているのは、ひつきよう、審理不尽の違法を犯したものである」というほかない」
5. 主要事実と間接事実の区別の法理について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明するこ

とができる。

・所有権移転経過

- ・積極否認事実なら間接事実、相手方の所有権喪失を基礎づける抗弁事実なら主要事実

【最判昭 41.4.12】当事者の主張の要否（所有権移転経過） [昭 38 才 350]

所有権移転登記等抹消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：仮登記上告棄却、他破棄差戻し

被告主張：X→代物弁済→訴外A→Yの父（名義：Y）

原審：X→代物弁済→訴外A→買戻し→X→売渡担保・買戻し期間経過→Yの父（名義：Y）

「原判決は、上告人において本件土地を西田佐吉より買戻した旨を認定した以上、上告人が現に本件土地所有権を有しないのは、上告人より崎山元三郎へ本件土地を譲渡したという理由によるものであつて、西田佐吉が上告人より本件土地を代物弁済により取得したという理由によるものではないといわなければならない。しかるに、上告人より崎山元三郎への本件土地譲渡の事実は、原審口頭弁論において当事者の主張のない事実であるから、原判決は、当事者の主張のない事実により上告人の前記請求を排斥したものであると、右違法は判決に影響があること明らかであるから、原判決中前記請求に関する部分は……この点において破棄差戻を免れない」

【最判昭 55.2.7】当事者の主張の要否（所有権移転経過） [昭 52 才 1144:民集 34-2-123]

遺留分減殺請求→一審棄却→控訴（請求変更：所有権移転登記請求）：棄却→上告：破棄差戻し

X主張：亡Bが訴外Aから買い受けた本件土地につき、Bの二男Dの名義で登記したところ、B、Dの死後Dの妻Yの単独名義になっているため、Bの子X1,X2,X3が持分(1/5)の登記を求めたもの。

Y主張：訴外AからDが買い受けており、仮に資金をBが出していても贈与である

原審：AからBが買受け、D名義で登記、その後BはDに本件土地を死因贈与した。

「相続による特定財産の取得を主張する者は、（1）被相続人の右財産所有が争われているときは同人が生前その財産の所有権を取得した事実及び（2）自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実の二つを主張立証すれば足り、（1）の事実が肯認される以上、その後被相続人の死亡時まで同人につき右財産の所有権喪失の原因となるような事実はなかつたこと、及び被相続人の特段の処分行為により右財産が相続財産の範囲から逸出した事実もなかつたことまで主張立証する責任はなく、これら後者の事実は、いずれも右相続人による財産の承継取得を争う者において抗弁としてこれを主張立証すべき……上告人らにおいて、BがAから本件土地を買い受けてその所有権を取得し、Bの死亡により上告人らがBの相続人としてこれを共同相続したと主張したのに対し、被上告人は、前記のとおり、右上告人らの所有権取得を争う理由としては、単に右土地を買い受けたのはBではなくDであると主張するにとどまっているのであるから（このような主張は、Bの所有権取得の主張事実に対する積極否認にすぎない。）、原審が証拠調の結果Aから本件土地を買い受けてその所有権を取得したのはBであつてDではないと認定する以上、上告人らがBの相続人としてその遺産を共同相続したことに争いのない本件においては、上告人らの請求は当然認容されてしかるべき筋である。しかるに、原審は……被上告人が原審の口頭弁論において抗弁として主張しないDがBから本件土地の死因贈与を受けたとの事実を認定し、したがつて、上告人らは右土地の所有権を相続によつて取得することができないとしてその請求を排斥しているのであつて、右は明らかに弁論主義に違反するものといわなければならない」 大判昭 11.10.6 を変更

- ・代理人による契約締結：判例は主要事実ではないとする、学説は反対

【最判昭 33.7.8】当事者の主張の要否（代理人による契約締結） [昭 31 才 764]

契約金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（原審が被告側に代理人がいたことを認定）

「本件において、被上告人は同人と上告人との間に昭和二四年三月一八日上告人の買受ける黒砂糖を被上告人が斡旋し、その斡旋料として一斤につき金一〇円宛を上告人が被上告人に支払うことを約束し、被上告人は右約旨に基き黒糖四三〇〇斤を上告人に斡旋して買受けさせたので、上告人に対し金四三〇〇〇円の斡旋料を請求すると主張し、原審は被上告人の右請求を認容し、上告人にその支払を命じたこと、記録上明らか……民訴一八六条

にいう「事項」とは訴訟物の意味に解すべきであるから、本件につき原審が当事者の申立てざる事項に基いて判決をした所論の違法はない。なお、斡旋料支払の特約が当事者本人によつてなされたか、代理人によつてなされたかは、その法律効果に変わりはないのであるから、原判決が被上告人と上告人代理人増谷照夫との間に本件契約がなされた旨判示したからといつて弁論主義に反するところはなく……理由不備の違法もない」

- ・ 過失相殺

- 【最判昭43.12.24】当事者の主張の要否（過失相殺）[昭43才650]

請求異議→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

和解調書に基づいて支払中に体調を崩して債権者代理人に猶予を得たが、返済を再開しようとしたときに代理人が事務所を移しており、返済できなかつたため債務者(原告)が遅延損害金についての過失相殺を求めたもの。

「民法四一八条による過失相殺は、債務者の主張がなくとも、裁判所が職権ですることができるが、債権者に過失があつた事實は、債務者において立証責任を負うものと解すべきである。しかるに、本件にあつては、債務者である上告人の債務不履行に関し債権者である被上告人に過失があつた事実については、上告人においてなんらの立証をもしていないことは、本件記録に徴し明らかである。されば、原審が本件について民法四一八条を適用しなかつたのは当然であつて、原判決には所論の違法はない」

- ・ 裏書の連続

- 【最大判昭45.6.24】裏書の連続のある手形による請求と権利推定の主張[商掲24-6-712]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・棄却(ある裏書が名義人の意思に基づいたものであるとの立証がないとして棄却)→上告：破棄差戻し

「手形法一六条一項（同法七七条一項一号により約束手形に準用。以下同じ。）の適用を主張するには、連続した裏書の記載のある手形を所持する事実を主張することを要とするのが当裁判所の判例（最判昭41.3.4）であるが、およそ手形上の権利を行使しようとする者は、その所持する手形の裏書の連続が欠けているような場合は格別、裏書が連続しているかぎり、その連続する裏書に基づき権利者となつていることを主張するのが当然であつて、この場合、立証が必ずしも容易でない実質的権利移転の事実をことさらに主張するものとは、通常考えられないところである。それゆえ、原告が、連続した裏書の記載のある手形を所持し、その手形に基づき手形金の請求をしている場合には、当然に、同法一六条一項の適用の主張があるものと解する……これにより被告がその防禦方法として同法一六条一項の推定を覆すに足りる事由を主張立証しなければならない立場におかれるとしても、原告の所持する手形に連続した裏書の記載があることは容易に知りうるところであるから、被告に格別の不意打を与え、その立場を不安定にするおそれがあるものとはいえない」

（松本反対）裏書による権利移転を立証するには、裏書による移転(§14-1)と裏書連続による推定(§16-1)を主張する方法があるが、攻撃防禦方法も異なるから、暗黙の主張を認めるべきでなく、明示の主張が必要。

第3款 裁判上の自白

1. 裁判上の自白の要件について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・裁判上の自白(§179)

* 意義：一方当事者が口頭弁論・弁論準備手続で行うものであって、相手方の主張する自己に不利益な事実を認める旨の陳述のこと

* 要件

・主要事実についての陳述であること：弁論主義

・口頭弁論又は弁論準備手続における弁論としての陳述であること

←「裁判所において」：書面による準備手続は除く。書面では擬制自白しか成立しないから

・相手方の主張との一致があること

←先に不利益な陳述をして、相手方がこれを援用してもよい（先行自白）

・自己に不利益な事実についての陳述であること

→証明責任説（挙証責任説）：相手方の証明責任の負担を免れさせるかどうか

→敗訴可能性説：証明責任の所在によらず、自白当事者の敗訴につながりうるか

←有利か不利益か一義的に確定できない（例：一部弁済の事実時は時効中断の側面もある）

【大判昭8.2.9】先行自白の可否（積極）[民集12-397]

土地所有権確認・所有権移転登記抹消登記請求→一審：認容→控訴：取消棄却→上告棄却

「一方ノ當事者カ自發的ニ自己ニ不利益ナル供述ヲ爲シタル場合ト雖一旦相手方カ同一内容ノ供述ヲ爲シタル以上今ヤ當該事實ノ眞正ナルコトニ關シテハ當事者雙方ノ主張一致シタルモノト認ム可ク相手方ハ之ニ依リ立證責任ヲ免除セラルヘキヲ以テ其ノ之ヲ陳ヘタル時期ノ前後ヲ問ハス之ヲ以テ不利益ナル供述ヲ爲シタル當事者ノ自白ト認ム可キモノナルカ故ニ原審カ相手方ニ異議アル場合ニ於テハ濫ニ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲シタルハ相當」

【最判昭35.2.12】自己に利益な事実についての自白の成否[S33才133:民集14-2-223]

家屋一部明渡請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄差戻し

被告が正当な使用権限として、使用貸借を主張し原告もこれを認めたのち、被告がこれを撤回して前主との賃貸借契約の成立・原告らの権利義務の承継を主張したところ、原告はこれを否認したもの。

「自白とは、自己に不利な事実の陳述をいうのであるから……訴訟の経過に照らすと、本件において自白というべきものは……上告人の「本件家屋の占有は使用貸借に基くものである」との陳述ではなく、被上告人のなした「使用貸借の事実を認める」との陳述であり、その結果、上告人としては、使用貸借の事実については、立証を要しなくなつたものにほかならない。したがつて、上告人が右主張を撤回し、新たに賃貸借の主張をするにいたつたとすれば、立証を要しない主張を立証を要する主張に変更したにとどまり、これをいわゆる自白の取消ということとはできない。されば、右主張の変更のためには、従前の主張が事実と反し且つ錯誤に基いたとの主張立証を要すると解すべきではなく、新たな主張が「故意又八重大ナル過失ニ因リ時機ニ遅レテ」なされ、それがために「訴訟ノ完結ヲ遅延セシム」るか否かによつてその許否を決すべきものといわなければならない」

・擬制自白

* 意義：口頭弁論で相手方の主張した事実を明らかに争わない場合は自白とみなす(§159-1)

= 肯認的争点決定主義（沈黙は自白である）⇔否認的争点決定主義（沈黙は否認である）

←弁論の全趣旨で争っていると認められれば成立しない

←弁論準備手続に準用(§170-5 → 159)

- * 特徴：弁論の全趣旨で争えば成立しない → 口頭弁論終結時点で争わないかどうかで決まる
= 沈黙しても、あとから否定して争える ⇔ 自白は認めた時点で自白が成立する
 - ・争う旨の準備書面を提出しながら欠席し、陳述擬制もない場合
→ 口頭主義に従えば、弁論の全趣旨によっても争ったとはいえない（擬制自白が成立する）
 - ・裁判外の自白
 - * 意義：口頭弁論または弁論準備手続外でなされた自白のこと
 - * 効果：自白の事実自体が、自白対象の事実を認定するための資料として扱われる
2. 裁判上の自白の効果を理解している。特に裁判上の自白の撤回要件について、判例・学説を踏まえて説明することができる。
- ・自白の効果
 - * 証明不要効：相手方当事者との関係、当該事実は立証不要
 - * 審判排除効：裁判所との関係、事実認定なしに当該事実を判断の基礎とすることを要求
 - * 不可撤回効：自白当事者につき、自白の撤回を制限する効果を持つ
∴主に相手方の利益保護、付随的に争点整理のやり直しを避ける（公益保護）
→例外的に許される場合
 - ・相手方の同意があるとき：同意は黙示でもよい（異議を述べなければよい）
【最判昭 34.9.17】自白の撤回と黙示の同意[S30 才 619:民集 13-11-1372]
家屋明渡請求→一審：ほぼ全部認容→控訴棄却→上告棄却
当初の賃貸借の成立の事実につき、原告が一審で自白後控訴審で訂正したもの。
「右の訂正は、自白の撤回に当るものといふべきところ、上告人はこれに対して異議を述べた形跡を認めることはできないから、右自白の撤回は有効になされたものといわなければならない」
 - ・自白が相手方・第三者の刑事上罰すべき行為により行われた場合（∴§338-1:5 再審事由）
【最判昭 36.10.5】刑事判決の要件の要否[S34 才 844:民集 15-9-2271]
「判決確定前に民訴四二〇条一項五号前段所定の刑事上罰すべき他人の行為による自白が効力がない旨の主張をするには、同条二項の要件を具備する必要がない」（約束手形金請求、棄却／棄却）
 - ・自白が真実に反しかつ錯誤に基づくとき：撤回が時機に後れていれば却下されうる
←真実に反することを証明すれば（この点で証明責任の転換）、錯誤は推定される（判例）
←真実に反すると知りつつ自白したと認められる特段の事情があれば撤回は許されない
【大判大 11.2.20】自白の撤回の要件[T10 才 662:民集 1-52]
要旨「裁判上ノ自白ハ之ヲ取消スコトヲ得サルヲ原則トシ自白ヲ為シタル当事者ニ於テ自白ニ係ル事実力真正ノ事実ニ適合セス且自白力錯誤ニ出テタルコトヲ証明シタル場合ニ限り其ノ取消ヲ許スヘキモノトス」
【最判昭 25.7.11】自白の撤回と錯誤の推定[S24 才 219:民集 4-7-316]
「当事者の自白した事実が真実に合致しないことの証明がある以上その自白は錯誤に出たものと認められることができるから原審において被上告人の供述其他の資料により被上告人の自白を真実に合致しないものと認めた上之を錯誤に基くものと認定したことは違法とはいえない」（約束手形金請求、認容／棄却）
【最判昭 41.12.6】自白の撤回と錯誤における過失[S41 才 756:判時 468-40]
「自白の撤回につき、右自白が真実に反しかつ錯誤に基づくものであることが認められるから、右撤回が有効である……所論は、自白の撤回はその自白したことにつき過失がないことを自白者が直接に証明できる場合に限り

許される旨主張するが、右錯誤につき無過失であることまでは必要でない」(譲受金請求・上告棄却)

3. 間接事実・補助事実の自白の問題点について、判例・学説を踏まえて説明することができる。

・ 経験則・顕著な事実：自白は成立しない(経験則：判例、顕著な事実：多数説)

∴ 経験則は事実に関する判断法則であって、主要事実ではない

∴ 顕著な事実は証明を要しない事項であって、証明不要効が生じえず、背理

【大判昭 8.1.31】 経験則に関する自白の成否 (否定) [民集 12-51]

要旨「商慣習ノ存否ニ関スル自白ハ裁判所ヲ拘束セサルモノトス」(特別当座預金請求・原審認容・上告棄却)

・ 間接事実・補助事実：自白は成立しない(判例・多数)

∴ 自白は弁論主義の帰結で、争点圧縮のため主要事実の立証責任を免除するためのもの

∴ これらは事実認定資料であり、審判排除効を認めると自由心証主義に反する

【最判昭 31.5.25】 間接事実についての自白の成否 (否定) [民集 10-5-577]

土地所有権移転登記請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「被上告人が上告人の父(被上告人の叔父)から金一十万円を受取つた事実」は「本件主要の争点たる「本件土地を安藤正文から買受けた者は被上告人なりや上告人なりや」の点に関し、この事実認定の資料となり得べき、いわゆる間接事実に通じないのであつて、かかる事実については、たとえ当事者の自白ありとしても、裁判所は必ずしも、その自白に拘束されるものではなく、当事者が後にその自白の内容を訂正した場合において、裁判所はその訂正された自白の内容を真実に合するものとして主要争点たる事実の有無の判断の資料としてもさしつかえない」→被上告人が訂正したが、原審はこの事実があつても買主は被上告人と判断しており、違法はない。

【最判昭 41.9.22】 間接事実についての自白の成否 (否定) [民集 20-7-1392]

貸金請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

原告の父が被告らに有する30万円の貸金債権の請求に対し、被告らが原告の父が訴外Aより建物を買い受ける代金として債権を譲渡した旨主張し、原告も売買の事実を認めながらこれを取消したもの。

「被上告人らの前記抗弁における主要事実は「債権の譲渡」であつて、前記自白にかかる「本件建物の売買」は、右主要事実認定の資料となりうべき、いわゆる間接事実に通じない。かかる間接事実についての自白は、裁判所を拘束しないのはもちろん、自白した当事者を拘束するものでもない」→原審は自白取消しは許されないとして主要事実を認定しており、「証拠資料たりえないものを事実認定の用に供した違法」により破棄差戻し

4. 権利自白の問題点について、判例・学説を踏まえて説明することができる。

・ 権利自白：相手方の法律上の主張を認める陳述のこと

* 訴訟物たる権利関係についての陳述：請求の放棄または認諾である

* 訴訟物たる権利関係の前提となる権利関係の陳述

・ 具体的事実に対する評価を前提とした法律判断の陳述(過失や正当事由の存在を認める)

→具体的事実は別として、評価は主要事実についての陳述ではないから、自白とならない

・ 主要事実に基づく法律効果の成否に関する陳述(相手方の所有権を認める陳述など)

→狭義の権利自白。自白の成立につき、肯定説・否定説・制限的否定説

【最判昭30.7.5民集9-9-985】 法律上の意見の陳述への自白の規定の適用(否定) [S28才125]

請求異議→一審：一部認容→原告控訴棄却→上告：破棄差戻し

「上告人は第一審において、本件公正証書記載の金130,000円について消費貸借の成立を認めたが、第二審にいたり、消費貸借に際し、金19,500円を天引されたから、消費貸借は金110,500円につき成立したものと主張するにいたつたこと、しかも右金19,500円が天引されたことについては、すでに上告人が第一審に提出し、

陳述した訴状」・2通の「準備書面に記載されている……してみれば、上告人主張の事実は、本件消費貸借の額面は金 130,000 円になつていますが、上告人はその成立に際し金 19,500 円を天引され、金 110,500 円を受け取つたにすぎないというのであつて、上告人の第一審における金 130,000 円につき消費貸借の成立したことを認める旨の陳述も、第二審における金 110,500 円につき消費貸借が成立した趣旨の陳述も、ともに本件消費貸借が成立するに至つた事実上の経過に基いて上告人が法律上の意見を陳述したものと認めるのが相当であつて、これを直ちに自白と目するのは当らない。けだし消費貸借に際し、利息の天引が行われたような場合に、幾何の額につき消費貸借の成立を認めるかは、具体的な法律要件たる事実に基いてなされる法律効果の判断の問題であるから、天引が主張され、消費貸借の法律要件たる事実が明らかにされている以上、法律上の効果のみが当事者の一致した陳述によつて左右されるいわれはないからである。従つて法律上の意見の陳述が変更された場合、直ちに自白の取消に関する法理を適用することは許されないといわなければならない」→天引きがあつたら、利息制限法に反しない範囲で消費貸借が成立するから、「まず上告人が現実に交付を受けた金額を確定し、その上で本件消費貸借は金何円につき成立したかを判示すべき」ゆえ破棄差戻し。

【最判昭 37.2.13 判時 292-18】自白が成立した例[S33 才 461]

家屋明渡請求→原審棄却→上告棄却（建築中建物をも 3.11 に上告人が買受けたが、建築主は 3.15 保存登記後、4.20 に被上告人へ売渡し、4.28 に移転登記を了したもので、3.11 時点で建物となつていたが問題となつた）

「当事者が法律的用語をもつて陳述しても、それが単なる法律上の陳述であるのみならず、同時に具体的な事実関係の表現として事実上の陳述たる意義をも含むものと解せられる場合には、その範囲において自白が成立することも可能である……ところ……上告人の代理人弁護士岸本晋亮は、所論のように原審……の口頭弁論において、本件建物は昭和三〇年三月一日の買受当時には未完成ではあつたが、法律上の建物として既に不動産化されていたものである旨陳述したことが認められ、右陳述者の職業、法律的知識程度からすれば、かかる陳述中には、少くとも本件家屋が所論のような「屋根および周壁を有し、土地に定着した一つの建造物」と認めうる状態にあつたことを前提とする事実上の陳述をも包含するものと解せられるから、この趣旨の自白の成立を認めた原審の判断は正当……原審が本件家屋が上告人の買受当時建物といえる程度のものであつたか否かにつき具体的に審理判断しなかつたからと言つて、原判決には所論のような違法の点はなく、論旨はいずれも採用できない」

【最判昭 42.11.16 民集 21-9-2430】契約の解釈についての自白(否定)[S40 才 1469]

「被上告人が滋賀相互銀行から承継した江南省三との間の契約には停止条件付代物弁済契約なる文言が使用されていたにせよ、原審としては、代物弁済なる文字に拘泥することなく、すべからず、この観点に立つて、その性質を明らかにすべきであつたのである（上告人は、原審において、本件物件につき停止条件付代物弁済契約が結ばれたことを認めているが、ここで取上げているのは契約の解釈についての法律上の問題であり、かりにその点についてまで当事者間で見解の合致があるとしても、裁判所がこれと異なる法律判断をすることの妨げとなるものではない）」（第三者異議→認容／破棄差戻し）

第4節 証拠法総論

第1款 総論

1. 証拠方法、証拠資料、証拠原因の概念を理解している。
 - ・ 証拠：認定の対象となる事実についての裁判所の判断資料のこと
 - ・ 証拠方法：取調べの対象となる有形物のこと
 - * 人証（証人・鑑定人・当事者本人）と物証（文書・検証物）の5種類
 - ・ 証拠資料：取調べの結果として得られた判断資料のこと（証言、鑑定意見、文書の記載内容等）
⇔訴訟資料：認定されるべき事実をいう（弁論の全趣旨として証拠資料と同様に扱う）
 - * 直接証拠：直接に主要事実に関する判断資料となる証拠のこと
 - * 間接証拠：間接事実や補助事実に関する判断資料となる証拠のこと
 - ・ 証拠原因：証拠資料のうち、当該事実についての裁判官の心証形成の原因となるもの
 - ・ 弁論の全趣旨：証拠資料を除き、口頭弁論に現れた一切の資料・状況をいう
例：当事者の陳述の内容、攻撃防御方法の提出態様・態度、釈明処分を得た資料など
→証拠調べの結果と同じく、事実認定の判断資料となる

§247 裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する

【大判昭 3.10.20】 弁論の全趣旨の意義[民集 7-815]

「辯論ノ全旨趣ト云フハ辯論ノ局部局部ニ拘ルコトナク其ノ全體ヲ通観シテ自ラ領知シ得ラルル旨趣ト云フカ如キ狭キ意味ニ非ス同條所謂『或證據調』（詳言スレハ或ハ爲サルルコトアル可キ證據調）ノ結果ト云フコトニ對シ此ノ外口頭辯論ニ現レタル總テノ訴訟資料ト云フ意味ニ外ナラス即當事者ノ主張ソノモノノ内容竝其ノ主張ノ態度等ハ勿論其ノ他其ノ場合ニ於ケル訴訟ノ情勢ヨリスレハ當ニ或主張ヲ爲シ若ハ或證據ヲ申出ツヘキ筈ナルニ拘ラス全ク之ヲ爲サス若ハ時期ニ後レテ之ヲ爲シタルコト始メニハ明ニ争ハサリシヲ後ニ至リテ争ヒタルコト裁判所若ハ相手方ノ問ニ對シ釋明ヲ避クルコト等凡ソ口頭辯論ニ於ケル一切ノ積極消極ノ事柄ヲ指ス」

2. 訴訟上の証明の対象（事実、経験則、法規）について理解している。
 - ・ 法規
 - * 内国法規：原則として証明は不要 ∵裁判官は法律の知識・素養がある者が任用される
 - * 外国法規：職権探知が原則だが、当事者に対して自由な証明での証明を要求できる
∵外国法規が適用されるのは法適用通則法があるから、外国法の内容は証明責任に適さない
⇔裁判官は外国法の専門家でなく、費用の面からも職権探知に限界がある
→証明に失敗した場合：法定地実質法適用説、近似法説、条理説、補助的連結説など
 - * 特殊な慣習法（地方慣習法等）：外国法規と同様に扱うべき
 - * 立法事実：法律の制定の基礎にかかわる社会・経済的事実（→法解釈に影響する）
→当事者による証明だが、自白の拘束力は排除され、裁判所の職権調査も許される
 - ・ 経験則：経験から帰納された事物に関する知識や法則であり、一般的通用性をもつ
←事実とも法規とも異なるが、事実に関する判断法則ゆえ、事実と同様に扱うべき
 - * 日常的経験則 → 公知の事実準じて証明不要
=合理的通常人なら誰しも疑いを差し挟まないようなもの

* 専門的経験則 → 鑑定等の方法によって証明することを要する

・ 事実：原則として証明が必要

* 当事者間に争いのない事実（自白された事実）：そのまま判断の基礎としなければならない

* 裁判所に顕著な事実：証明なしに判断の基礎としても当事者・一般人が疑いを抱かないもの
→ 主要事実に限らず、訴訟資料となるあらゆる事実が対象だが、主張責任は免れない

・ 公知の事実：不特定多数人が信じて疑わない程度に認識されている事実（歴史上の事件など）
= 裁判官が事実の内容を認識し、その認識が一般に共有されている（= 認識 + 公知性の確信）

・ 職務上知りえた事実：裁判官の私知だが、職務上知ったもので確実性が担保されているもの
例：自らした裁判所の判決内容（但し、判決をした事実とその既判力の及ぶ範囲に限る）

職務上注意すべき官報公告掲載の破産手続開始の決定

口頭弁論期日において形成権行使や時効援用等の意思表示をしたこと

【最判昭 57.3.30】 自己が構成員としてした裁判所の判決内容[S51 才 538:判時 1038-288]

「本件実用新案登録に係る考案が、その登録出願時において新規性を有しなかったことを理由として右登録を無効とすべき旨の審決の確定したことは、当小法廷が昭 55 行ツ 9 及び 10 号各審決取消請求事件につきそれぞれ昭和五五年四月八日に言い渡した判決に徴し、顕著である」（実用新案権に基づく損賠請求、棄却／棄却）

【最判昭 31.7.20】 合議体における職務上知りえた事実の判断[S28 才 1263:民集 10-8-947]

先行する刑事裁判と過半数（2 / 3）が同じ裁判官の民事裁判で、刑事裁判と異なる事実を認定したもの。

「おもうに民事訴訟において刑事判決の理由において認定された事実と反する事実を認定することは、もとよりこれを妨げないものと解すべく、このことはたとえ構成員の過半数が同一の両裁判所に同一取引に関する民事、刑事の両事件が同時に係属する場合においても、その理を異にしないものといわなければならない。しかし、この場合右裁判所の一が先ず刑事事件につき判決をしたときは、右刑事判決をした事実および右刑事判決の理由中において一定の事実を認定したことは、構成員の過半数を同じくする他の裁判所に顕著であるといわなければならない。そして右刑事判決において認定した事実が契約の内容に関するものである場合、民事事件において他の証拠に基いてこれと異なる事実を認定することを妨げないことは前記のとおりであるが、当該契約の内容として一定の事実を認定したことが裁判所に顕著である以上、当事者がこれと異なる相手方主張の事実についての自白を取消し右刑事判決の認定に沿う事実を真実に合致するものと主張する場合、裁判所は、これが真実に合するや否やを判断するについては、前記裁判所に顕著な事実をも資料としてこれを判断するを要する」

* 裁判所が事実認定すべき事実：弁論の全趣旨・証拠調べの結果から認定する

∴ 裁判所の判断の客観性を確保するため

3. 証拠能力と証明力の概念を理解している。

・ 証拠能力：具体的な人証・物証が証拠方法となりうる資格のこと

← 自由心証主義の帰結として、原則的に制限はないが、違法収集証拠では問題となる

・ 証拠価値（証拠力・証明力）：証拠資料が裁判官の心証形成に寄与する程度（= 真実らしさ）

4. 違法収集証拠の問題点について理解している。

・ 問題：国民が民事訴訟に期待する公正さを損ね、違法行為を是認する結果になりかねない

← 刑訴のように捜査当局の権力濫用を懸念する必要がないから、原則は肯定すべき

・ 人格権を侵害したり、手段が刑事上罰すべき行為に該当する場合 → 否定

・ その他：侵害の重大性（違法性の程度）、証拠の価値、訴訟の性質（原告の権利保護）を衡量

【大判昭 18.7.2】 執筆者の同意なく提出された日記（肯定） [民集 22-574]

執筆者は日記の占有を原告に委ねていた

【東京高判昭 52.7.15】 無断録音テープ（肯定） [判時 867-60]

損賠請求→一審：棄却→控訴棄却（確定）

一審敗訴後、原告代表者が被告人事課長を通じて被告広告係長を酒席に招き、饗応中誘導的に質問して有利な供述をさせて隣室で録音テープで収録しようとし、その収録したテープを証拠として提出したもの。

「民事訴訟法は、いわゆる証拠能力に関しては何ら規定するところがなく、当事者が挙証の用に供する証拠は、一般的に証拠価値はともかく、その証拠能力はこれを肯定すべき……ところであるが、その証拠が、著しく反社会的な手段を用いて、人の精神的肉体的自由を拘束する等の人格権侵害を伴う方法によつて採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ない……話者の同意なくしてなされた録音テープは、通常話者の一般的人格権の侵害となり得ることは明らかであるから、その証拠能力の適否の判定に当つては、その録音の手段方法が著しく反社会的と認められるか否かを基準とすべき……これを本件についてみるに、右録音は、酒席における石上らの発言供述を、単に同人ら不知の間に録取したものであるにとどまり、いまだ同人ら的人格権を著しく反社会的な手段方法で侵害したものであるといふことはできないから、右録音テープは、証拠能力を有するものと認めるべき」だが、その供述は「岩井延幸からその後援者に自己の立場を有利に説明して欲しいとの要請を受けた石上らが酒食の饗応を受ける席上においてなされたものであつて、右岩井の誘導的発問に迎合的に行われた部分がないでもない」と認められるので、右録音テープに録取された石上の供述部分にはわかに信用しがたいものがあり」他の証拠をもって契約成立は認められない

【盛岡地判昭 59.8.10】 無断録音テープ（肯定） [判時 1135-98]

ひき逃げ事件の損賠請求（公訴時効成立後、被告会社の取引先が、遺族と無関係に調査し、同乗者に接触、原告にも接触して墓参の上謝罪させたことで、原告も加害者を知ったもの。問題となったのは、取引先常務が同乗者と運転手と接触した際に無断録音したもので、包帯でマイクを隠してしたもの）

「一般に被録取者の同意を得ない録音はプライバシーを侵害する違法な行為というべきであるが、民事訴訟法にはかかる違法な手段方法によつて入手した証拠の証拠能力に関する規定はない。しかしながら、法律上これを制限する規定がないからといって直ちにその証拠能力を肯定するのは相当でなく、民事訴訟法の基本原則である公平の原則に照らし、かかる証拠を事実認定の資料に供することが著しく信義に反すると認められる場合にはその証拠能力は否定すべき……被録取者が身体的精神的自由の拘束下で供述を強制されその内容を録取された場合のように、証拠の入手方法に強度の違法性が認められる場合には、将来の違法行為の抑制の見地からもその証拠能力は否定すべきであろう。しかし他方、訴訟における真実発見の要請をも考慮するとき、一般的人格権侵害の事実のみで直ちにその証拠能力を否定するのは妥当でなく、会話の内容自体が個人の秘密として保護に値するか否か、とりわけその内容が公共の利害に関する事実か否か、訴訟において当該証拠の占める重要性等を総合考慮したうえでその証拠能力の有無を決するのが相当」「これを本件についてみるに、右録音は、ホテルあるいは自動車内での訴外阿部及び被告鈴木の発言内容を単に同人ら不知の間に録取したものであるにとどまり、しかもその供述内容は一六年間余の長きにわたり秘匿されていた同人らの犯罪行為に関するものであって重大な公共の利害に関する事実であり、かつ本件訴訟中に占める証拠としての重要性も非常に大きいものがあるから、右録音テープは証拠能力を有するものと認めるべきである」

【名古屋高決昭 56.2.18 判時 1007-66】 業務用手帳の無断コピー(肯定)[S52 ネ 488]

地位保全仮処分等請求控訴事件についての証拠申出→採用

「民事訴訟法が証人尋問の場合につき明文をもって個人の尊厳の前に実体的真実発見の要請を後退させていること【＝近親者や守秘義務による秘密の場合】にかんがみると、書証の場合においても、当該書証が窃取等正当な保持者の意思に反して提出者によつて取得されたものであり、かつ、これを証拠として取調べることによつてその者あるいは相手方当事者の個人的秘密が法廷で明らかにされ、これらの者の人格権が侵害されると認められ

る場合（私的な日記帳、手紙などがその適例である。）には、その書証を証拠方法とすることは許されず、その証拠としての申出は却下を免れない→控訴会社人事部長の手帳のコピーは無断で持ち去り返還前にコピーされたものだが、被控訴人が持ち去った疎明がなく、内容も私生活の手記等でなく人格権侵害はない

5. 証明と疎明の概念を理解している。

- ・ 証明 ①ある事項につき、裁判官が確信を得た状態
②裁判官にこの確信を得させるために証拠を提出する当事者の行為
- ・ 疎明 ①ある事項につき、裁判官の心証が一応の確からしさの程度まで達した状態
②裁判官にこの程度の心証を得させるために証拠を提出する当事者の行為
- * 意義：実体的権利関係を確定させるのではなく、その保全のための一応の処分や、手続上の事項に関する裁判につき、相当程度の蓋然性で足りるとするもの
∴迅速に手続をすべきなのに、証明に時間がかかってしまい制度目的が達成されない
- * 疎明方法の即時性：証拠は裁判所が即時に取調べるものに限定される(§188)
→在廷証人や疎明を行う当事者が現に所持する文書に限られる

§188 疎明は、即時に取り調べることができる証拠によってしなければならない

6. 厳格な証明と自由な証明の概念を理解している。

- ・ 厳格な証明：民訴法所定の手続に則って行われる証明
* 対象：訴訟物たる権利関係についての判断の基礎となる主要事実・その関連する事実の証明
- ・ 自由な証明：法定の手続によらないで行われる証明
∴すべてを厳格な証明ですると、手続の迅速な進行を阻害し、かえって適正な審理を妨げうる
* 対象・範囲：学説によって争いがある
- ・ 職権調査事項（訴訟要件に関する事実）、決定手続で判断すべき事項（∴任意的口頭弁論）
←当事者の立会権や証拠調べの直接性を制約する理由がない
←証人尋問の順序や当事者尋問との先後・文書の成立(§202,207,228)等は不適用でよい
- ・ 経験則や外国法
←そもそも証明が必要なのか、鑑定する場合は法定手続ではないか

第2款 自由心証主義

1. 自由心証主義の意義及び内容を理解している。

- ・ 意義(§247)：裁判所が判決の基礎となる事実を認定するにあたって、弁論に顕れた一切の資料に基づき、自由な判断により心証形成することを承認するもの(⇔法定証拠主義)

∵私人間の関係は単純・定型的ではなく複雑であり、裁判官の能力も向上したから判断可能

§247 裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する

- ・ 内容：証拠方法の内容(どの証拠方法を証拠調べの対象とするか)、証明力の有無・程度、どれを証拠原因とするかについては、裁判官の自由な心証に基づいて行う

* 証拠方法の制限

- ・ 法定代理権・訴訟代理権：書面により証明(則 15,23-1)
- ・ 口頭弁論の方式遵守：調書のみにより証明(§160-3)
- ・ 疎明：即時に取り調べることのできる証拠のみ(§188)
- ・ 手形訴訟：職権調査事項を除き、書証と一部の当事者本人尋問(§352)
- ・ 少額訴訟：即時に取り調べることのできる証拠のみ(§371)

* 証拠能力の制限

- ・ 違法収集証拠：違法性の程度・証拠の価値・訴訟の性質等を衡量
- ・ 伝聞証言：証拠能力はあり、証明力の評価の問題。但し間接的な証明力しかない

←直接見聞した第三者への反対尋問を行えない点に手続保障上問題がある

→同様に反対尋問の機会のない証言も同様に扱われる

※同一の事実につき他の裁判所が判決でした事実認定も伝聞証拠

←当事者の手続保障・裁判官独立の原則から、主要事実については証拠能力を否定すべき

【最判昭 27.12.5】伝聞証言の証拠能力(肯定) [S25 才 181:民集 6-11-1117]

「証拠を、原則として右のような反対尋問を経たものだけに限り、実質的にこれを経ていない、いわゆる伝聞証言その他の伝聞証拠の証拠能力を制限するか、或はこれらの証拠能力に制限を加えることなく、その証明力如何の判断を、専ら裁判官の自由な心証に委せるかは、反対尋問権の行使につきどの程度まで実質的な保障を与えるかという立法政策の問題であつて、交互尋問制のもとにおいては必ず伝聞証拠の証拠能力を否定しなければならない論理的な必要があるわけではない。それ故わが現行民事訴訟法は、私人間の紛争解決を目的とする民事訴訟法においては、伝聞証言その他の伝聞証拠の採否は、裁判官の自由な心証による判断に委せて差支えないという見解のもとに、この種の証拠能力制限の規定を設けなかつたものと解する」(物品引渡請求)

【最判昭 32.2.8】反対尋問の機会のない証言の証拠能力(肯定) [民集 11-2-258]

「やむを得ない事由によつて反対尋問ができなかつた場合には、単に反対尋問の機会がなかつたというだけの理由で、右本人訊問の結果を事実認定の資料とすることができないと解すべきではなく、結局、合理的な自由心証によりその証拠力を決し得る」(一番での被告に対する臨床訊問が立会の医師の勧告で打ち切れ、原告側に反対尋問の機会が与えられず、病状の経過から再尋問の機会もなかつた。建物明渡請求、棄却/棄却)

* 証拠共通の原則

- ・ 弁論の全趣旨：通常は補充的資料だが、これだけで事実認定の資料としてもよい

←主要事実や重要な間接事実も弁論の全趣旨だけで認定すべきでない[伊藤]

【最判昭 27.10.21】 弁論の全趣旨による事実認定[S25 才 219:民集 6-9-841]

上告人が不知とした手紙につき、「第三者作成の文書については、特段の立証はなくとも裁判所が弁論の全趣旨によりその成立の真正を認めうる……原審が右乙号証は真正に成立したものと認める旨判示したのは、弁論の全趣旨によりこれを認めた趣旨であること明である」→証拠採用は違法でない（約束手形金請求、棄却／棄却）

【最判昭 36.4.7】 弁論の全趣旨の具体的内容の説示の必要性（不要） [民集 15-4-694]

「原審は、その挙示する各証拠調の結果並に弁論の全趣旨をそう合して原判示事実……を認定しているのであつて、右弁論の全趣旨が何を指すかは、本件記録を照合すればおのずから明らか」（木材代金請求、認容／棄却）

* 間接事実からの主要事実の推認：裁判官の自由な判断に委ねられる

* 証拠契約（訴訟契約）

（広義：判決の基礎となる事実の確定方法に関する当事者間の合意）

- ・ 自白契約：裁判上の自白の対象となるものなら有効 ∴ 弁論主義の趣旨
→当該事実は自白され、当事者の証拠申出は却下される
- ・ 証明責任変更合意：排斥する積極的意義がないので有効 ∴ 証明責任の分配は当事者間の公平
- ・ 仲裁鑑定契約：事実の確定を第三者の判断に委ねる合意 → 自白契約が有効ゆえこれも有効（狭義：証拠方法の提出に関する合意）
- ・ 証拠制限契約：得られる証拠資料は制限できないが、申し出る証拠の範囲は制限できる
→これに反する証拠方法の申出は、証拠能力を欠くとして却下される

【東京地判昭 42.3.28】 証拠制限契約の効力[S40 フ 7,810:判タ 208-127]

建物収去土地明渡請求→一審：棄却（証拠制限契約を肯定しつつ、無断増改築による信頼関係破壊を認めず）
「原告はまず、本件賃貸借には「賃借人が借地上の建物の増改築をする場合には必ず賃貸人の書面による承諾を必要とする」との特約があつたところ、被告が本件土地上の建物を増改築するにつき書面による承諾を得ていないと主張し、その事実が認められる……建物増改築禁止の特約があり、その承諾のあつたことにつき必ず書面を必要とするとしたのは、将来無用の紛争の生ずるのを予防することを目的とするものであると認められるが、その趣旨とするところは、原告の承諾のあつた事実は必ず書面をもつて立証することを要し、他の証拠方法による立証を許さないことを意味するのであつて、いわゆる証拠制限契約に該当する……このように係争事実の確定方法について特定の証拠方法を提出することに限定し、それだけによつて事実の証明をすべきであるとする当事者間の合意が有効であるかについては争いの存するところであるが、職権証拠調が原則的に許されない現行民事訴訟制度のもとにあつては、弁論主義が適用され当事者の自由処分が許される事項に限り、裁判所の自由心証主義に抵触しない範囲でこれを許容しても何ら妨げないから、その限度において右合意も適法かつ有効と解するを相当とするところ、原被告が前示のごとき特約をすることは当事者の自由処分に委ねられる事項であり、しかも右特約それ自体によつて裁判所の自由心証が制約されることもないため、前示特約はこれを有効と解すべき」

* 損害額の認定(§248)

2. 対立当事者間の証拠共通の原則について、具体例に即して説明することができる。

- ・ 意義：当事者の一方が提出した証拠は、その当事者に有利にだけでなく、相手方に有利な事実の認定のためにも利用でき、その場合相手方の援用は不要である
∴ 裁判官は事実の存否の判断にあたって、証拠調べの結果や間接事実を完全に評価すべき

【最判昭 23.12.21】 書証での証拠共通の原則[S23 才 29:民集 2-14-491]

「書証を提出者である控訴人（上告人）の不利益に判断しかえつて被控訴人の利益に判断したとしても証拠は共通であり取捨判断は事実審たる原審の自由裁量にまかされているのであるから其判断にして経験則に反しな

い限り何等違法とはならない」(不動産登記手続等請求、棄却/棄却)

【最判昭 28.5.14】 嘱託尋問の結果の証拠共通の原則[民集 7-5-565]

「証拠共通の原則に従い、裁判所は自由な心証によつてこれを事実認定の資料となすことができるのであつて、必ずしもその証拠調の申出をなし、若しくはその証拠調の結果を援用する旨を陳述した当事者の利益にのみこれを利用しなければならないものではない。当事者は訴訟の実際において屢々一定の証拠を自己の利益に援用する旨を陳述することがあるけれども、それは裁判所が職責としてなす証拠判断につき、その注意を喚起する程の意義を有するに過ぎないのであつて、裁判所はかかる陳述の有無を問わず、適法に提出されたすべての証拠については、当事者双方のために共通してその価値判断をなさなければならない」(貸金等請求、棄却/棄却)

3. 経験則違背に関する上告審のコントロールについて説明することができる。

- ・ 経験則違反→法令解釈に準じて上告受理申立理由になりうる (有力)

* 日常的経験則の適用を誤るか、採用すべき専門的経験則の採用を怠ったりした場合など

→自由心証主義(§247)違反として法令違反と同様に扱うべき

第3款 証明度・証明責任等

1. 証明度について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

- ・ 証明の程度：高度の蓋然性が証拠によって基礎づけられていること
→自然科学的証明までは要しない・相当程度の証明では足りない

【最判昭 50.10.24】東大病院リンパル・ショック事件[S48 才 517:民集 29-9-1417]

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」

【最判平 12.7.18】長崎原爆訴訟[H10 行ツ 43:判時 1724-29]

原爆被爆者医療給付認定申請却下処分取消請求→一審認容→控訴棄却→上告棄却

「原審は……原子爆弾による被害の甚大性、原爆後障害症の特殊性、法の目的、性格等を考慮すると、認定要件のうち放射線起因性の証明の程度については、物理的、医学的観点から「高度の蓋然性」の程度にまで証明されなくても、被爆者の被爆時の状況、その後の病歴、現症状等を参酌し、被爆者の負傷又は疾病が原子爆弾の傷害作用に起因することについての「相当程度の蓋然性」の証明があれば足りると解すべきであると判断した」「行政処分の要件として因果関係の存在が必要とされる場合に、その拒否処分の取消訴訟において被処分者がすべき因果関係の立証の程度は、特別の定めがない限り、通常の民事訴訟における場合と異なるものではない。そして、訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではないが、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とすると解すべきであるから、法八条一項の認定の要件とされている放射線起因性についても、要証事実につき「相当程度の蓋然性」さえ立証すれば足りるとすることはできない」→高度の蓋然性が認められるから上告棄却

* 統計学的証明

【最判平 1.12.8】鶴岡灯油訴訟[S60 才 933,1162:民集 43-11-1259]

「元売業者の違法な価格協定の実施により商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分として把握されるから、本件のように、石油製品の最終消費者が石油元売業者に対し損害賠償を求めるには、当該価格協定が実施されなかったとすれば、現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたといえることが必要であり、このこともまた、被害者である最終消費者において主張・立証すべき……もともと、この価格協定が実施されなかったとすれば形成されていたであろう小売価格は、現実には存在しなかった価格であり、これを直接に推計することに困難が伴うことは否定できないから、現実に存在した市場価格を手掛かりとしてこれを推計する方法が許されてよい」（灯油価格カルテルに対する最終消費者の損賠請求・破棄自判で棄却）

* 疫学的証明

【最判平 18.6.16】B型肝炎訴訟（疫学的証明を肯定）[平 16 受 672,673:民集 60-5-1997]

2. 証明責任の意義及び分配基準について説明することができる。

- ・ 意義：訴訟において裁判所がある事実の存否につき真偽不明の場合に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生が認められないことになる一方当事者の不利益ないし危険
 - * 範囲：職権探知主義の場合も妥当する ∵ その場合も真偽不明はありうるから
 - * 対象：主要事実のみ。間接・補助事実、経験則・法規は間接に不利益を生じるだけだから
- ・ 証明責任の分配：実体法上の関係により決まるが、通常は法規の解釈による

- * 法律要件分類説：法律効果を権利発生・権利障害・権利阻止又は権利消滅の3つに大別
 - その法律効果が自己に有利に働く当事者がその要件事実について証明責任を負う
- ・権利根拠規定：権利関係の発生要件を定める法規
 - これだけは権利者が証明責任を負い、その他は義務者が証明責任を負う
- ・権利障害規定：権利根拠規定に基づく効果発生を当初から妨げる要件を定める法規
- ・権利消滅(滅却)規定：いったん発生した権利関係の消滅要件を定める法規
- ・権利阻止規定：権利根拠規定に基づき発生した権利の行使を阻止する要件を定める法規
 - 例：錯誤(障害)、消滅時効・免除(消滅)、同時履行の抗弁権(阻止)
 - 明文規定がなくても、当然であれば認められる(弁済は権利消滅事由にあたる)

←修正された法律要件分類説(有力)

：証拠との距離、立証の難易、事実の存在・不存在の蓋然性等の実質的要素を考慮すべき

・問題となるもの

- * 履行不能の帰責事由(民415)：債務者の帰責事由は権利発生事実に見えるが、民419-3との対比・債務者は本来履行義務があることからすると債務者の権利障害事実というべき
 - 債務者が不可抗力の抗弁を主張・立証すべき

民415後段 債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする

民419-3 第一項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない

- * 準消費貸借契約における旧債務の存在(民588)：権利根拠事実に見えるが、権利障害事実
 - ：新証書に旧債務を表示せず、また旧証書は返還・破棄されていることが多い

民588 消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす

【最判昭43.2.16】証明責任(準消費貸借の旧債務の存在) [S42才687:民集22-2-217]

「準消費貸借契約は目的とされた旧債務が存在しない以上その効力を有しないものではあるが、右旧債務の存否については、準消費貸借契約の効力を主張する者が旧債務の存在について立証責任を負うものではなく、旧債務の不存在を事由に準消費貸借契約の効力を争う者においてその事実の立証責任を負う」(貸金請求、認容/棄却)

- * 安全配慮義務の内容・義務違反に該当する事実

→債務不履行責任だが、義務違反に該当する事実も権利発生事実として権利者に立証責任

【最判昭56.2.16】証明責任(安全配慮義務) [S54才903:民集35-1-56]

「国が国家公務員に対して負担する安全配慮義務に違反し、右公務員の生命、健康等を侵害し、同人に損害を与えたことを理由として損害賠償を請求する訴訟において、右義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、国の義務違反を主張する原告にある」(国賠請求、棄却/棄却)

- * 賃貸借契約解除における背信行為と認めるに足りない特段の事情 → 権利障害事実

【最判昭41.1.27】証明責任(賃貸借解除の背信性) [S40才163:民集20-1-136]

「土地の賃借人が賃貸人の承諾を得ることなくその賃借地を他に転賃した場合においても、賃借人の右行為を賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、賃貸人は民法六一二条二項による解除権を行使し得ない……かかる特段の事情の存在は土地の賃借人において主張・立証すべきもの」(建物収去土地明渡、認容/棄却)

- * 保険金請求における保険事故の偶発性 → 約款の解釈次第だが、権利発生事実が多い

【最判平 13.4.20】人身損害（自殺の可能性：権利者）[H10 才 897:民集 55-3-682]

「本件約款に基づき、保険者に対して災害割増特約における災害死亡保険金の支払を請求する者は、発生した事故が偶発的な事故であることについて主張、立証すべき責任を負う……けだし、本件約款中の災害割増特約に基づく災害死亡保険金の支払事由は、不慮の事故とされているのであるから、発生した事故が偶発的な事故であることが保険金請求権の成立要件であるというべきであるのみならず、そのように解さなければ、保険金の不正請求が容易となるおそれが増大する結果、保険制度の健全性を阻害し、ひいては誠実な保険加入者の利益を損なうおそれがあるからである。本件約款のうち、被保険者の故意により災害死亡保険金の支払事由に該当したときは災害死亡保険金を支払わない旨の定めは、災害死亡保険金が支払われない場合を確認的注意的に規定したものとどまり、被保険者の故意により災害死亡保険金の支払事由に該当したことの主張立証責任を保険者に負わせたものではないと解すべきである」（保険金請求→棄却／棄却／棄却：5 F 屋上からの墜落死）

（亀山補足）従来自殺か不明の場合の主張立証責任に争いがあつた以上、疑義が無いようにすべきだった。「本判決によって疑義が解消された後もなおこのような状況が改善されないとすれば、法廷意見の法理を適用することが信義則ないし当事者間の衡平の理念に照らして適切を欠くと判断すべき場合も出てくると考える」

【最判平 13.4.20】人身損害（自殺の可能性：権利者）[H12 受 458:民集 55-3-682]

「本件各約款に基づき、保険者に対して死亡保険金の支払を請求する者は、発生した事故が偶然な事故であることについて主張、立証すべき責任を負う」（理由部分上と同旨、亀山補足同旨、保険金請求→棄却／棄却／棄却）

【最判平 19.7.6】人身傷害（疾病の影響の可能性：義務者）[H19 受 95:民集 61-5-1955]

「中小企業を対象とした災害補償共済事業等を行う上告人の会員である被上告人が、上告人に対し、上告人の災害補償に関する規約に基づき、被共済者がもちをのどに詰まらせて窒息し、低酸素脳症による後遺障害が残ったことについて、補償費の支払を請求」したものの。パーキンソン病だが飲食に支障はなかった。

「本件規約は、補償費の支払事由を被共済者が急激かつ偶然の外来の事故で身体に傷害を受けたことと定めているが、ここにいう外来の事故とは、その文言上、被共済者の身体の外部からの作用による事故をいうものであると解される……本件規約は、この規定とは別に、補償の免責規定として、被共済者の疾病によって生じた傷害については補償費を支払わない旨の規定を置いている。このような本件規約の文言や構造に照らせば、請求者は、外部からの作用による事故と被共済者の傷害との間に相当因果関係があることを主張、立証すれば足り、被共済者の傷害が被共済者の疾病を原因として生じたものではないことまで主張、立証すべき責任を負うものではないというべきである」（保証金請求、認容／棄却／棄却）

【最判平 19.10.19】人身傷害（疾病の影響の可能性：無関係）[H19 受 301:判時 1990-144]

自動車を運転していたAがため池に転落して溺死した事故、狭心症を患っており、その影響が疑われた。

「本件特約は、急激かつ偶然な外来の事故のうち運行起因事故及び運行中事故に該当するものを保険事故としている。本件特約にいう「外来の事故」とは、その文言上、被保険者の身体の外部からの作用による事故をいうと解されるので（最判平 19.7.6 参照）、被保険者の疾病によって生じた運行事故もこれに該当する……本件特約は、傷害保険普通保険約款には存在する疾病免責条項を置いておらず、また、本件特約によれば、運行事故が被保険者の過失によって生じた場合であっても、その過失が故意に準ずる極めて重大な過失でない限り、保険金が支払われることとされていることからすれば、運行事故が被保険者の疾病によって生じた場合であっても保険金を支払うこととしているものと解される。このような本件特約の文言や構造等に照らせば、保険金請求者は、運行事故と被保険者がその身体に被った傷害（本件傷害除外条項に当たるものを除く。）との間に相当因果関係があることを主張、立証すれば足りるというべき」（保険金請求→棄却／棄却／破棄差戻し）

【最判平 16.12.13】火災保険（保険契約者等の故意・重過失：義務者）[民集 58-9-2419]

「商法は、火災によって生じた損害はその火災の原因いかんを問わず保険者ががてん補する責任を負い、保険契約者又は被保険者の悪意又は重大な過失によって生じた損害は保険者ががてん補責任を負わない旨を定めており（商

法 665,641 条【=現保険法 17-1 に近い】、火災発生の際偶然性いかんを問わず火災の発生によって損害が生じたことを火災保険金請求権の成立要件とするとともに、保険契約者又は被保険者の故意又は重大な過失によって損害が生じたことを免責事由としたものと解される。火災保険契約は、火災によって被保険者の被る損害が甚大なものとなり、時に生活の基盤すら失われることがあるため、速やかに損害がてん補される必要があることから締結されるものである。さらに、一般に、火災によって保険の目的とされた財産を失った被保険者が火災の原因を証明することは困難でもある。商法は、これらの点にかんがみて、保険金の請求者（被保険者）が火災の発生によって損害を被ったことさえ立証すれば、火災発生が偶然のものであることを立証しなくても、保険金の支払を受けられることとする趣旨のものとして解される。このような法の趣旨及び前記 1（2）記載の本件約款の規定に照らせば、本件約款は、火災の発生により損害が生じたことを火災保険金請求権の成立要件とし、同損害が保険契約者、被保険者又はこれらの者の法定代理人の故意又は重大な過失によるものであることを免責事由としたものと解する」「したがって、本件約款に基づき保険者に対して火災保険金の支払を請求する者は、火災発生が偶然のものであることを主張、立証すべき責任を負わない」（保険金請求→認容／棄却／棄却）

【最判平 18.9.14】テント総合保険（火災の故意性：義務者）[判時 1948-164]

【最判平 18.6.1】車両保険（水没事故の故意性：義務者）[民集 60-5-1887]

【最判平 18.6.6】車両保険（接触等の故意性：義務者）[判時 1943-11]

【最判平 19.4.17】車両事故（自動車持ち去りの故意性：義務者）[民集 61-3-1026]

【最判平 19.4.23】車両事故（盗難の立証の程度）[判時 1970-106]

自動車修理業を営む被上告人が車両盗難で保険金を請求したもの。以前保険金詐欺で有罪になっていた。

「一般に盗難とは、占有者の意に反する第三者による財物の占有の移転をいうものと解することができるが、商法の上記各規定が適用されると解される本件保険契約においては、被保険自動車の盗難という保険事故が保険契約者又は被保険者の意思に基づいて発生したことは、保険者が免責事由として主張、立証すべき事項であるから、被保険自動車の盗難という保険事故が発生したとして本件条項に基づいて車両保険金の支払を請求する者は、被保険自動車の持ち去りが被保険者の意思に基づかないものであることを主張、立証すべき責任を負うものではない。しかしながら、上記主張立証責任の分配によっても、上記保険金請求者は、「被保険者以外の者が被保険者の占有に係る被保険自動車をその所在場所から持ち去ったこと」という盗難の外形的な事実を主張、立証する責任を免れるものではない……その外形的な事実は、「被保険者の占有に係る被保険自動車が保険金請求者の主張する所在場所に置かれていたこと」及び「被保険者以外の者がその場所から被保険自動車を持ち去ったこと」という事実から構成されるものというべき」「原審は……「外形的・客観的にみて第三者による持ち去りとみて矛盾のない状況」が立証されれば、盗難の事実が事実上推定されたとした……上記保険金請求者は、盗難という保険事故の発生としてその外形的な事実を立証しなければならないところ、単に上記「矛盾のない状況」を立証するだけでは、盗難の外形的な事実を合理的な疑いを超える程度にまで立証したことにならない……上記「矛盾のない状況」が立証されているので盗難の事実が推定されたとした原審の判断は、上記（1）の主張立証責任の分配に実質的に反するものというべき」（保険金請求→棄却／変更認容／破棄差戻し）

3. 本証と反証の概念を理解している。

- ・ 本証：証明責任を負担する者が裁判官の確信を形成するために行う立証活動
→裁判官の心証を確信の程度に持ち込む必要がある
- ・ 反証：相手方が証明責任を負担している事実を否定するために行う立証活動
→裁判官の心証を真偽不明の状態に持ち込めば足りる
 - * 客観的証明責任：本証が失敗した場合の結果責任をいうのが証明責任の意義
 - * 主観的立証活動：反証は証明責任はないが、証明の必要という事実上の負担が生じている

4. 証明責任の転換について、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 意義：政策的配慮により、法律に特則を定めて相手方に反対事実の証明責任を負担させること
 - * 例：自賠責法 3 但 → 加害者側に無過失の証明責任を負わせる（権利障害事実）
 - ⇔ 民 709 一般不法行為では権利発生事実 ∴ 被害者救済の実効性確保
5. 法律上の推定について、事実上の推定との違いを含めて、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 推定の意義：事実認定の主体が、ある事実（前提事実）に基づいて別の事実（推定事実）につき確信を形成すること
 - ・ 法律上の事実推定
 - * 前提事実に基づいて構成要件事実の推定を定める明文の推定規定が存する場合
 - 前提事実の認定から直接に、法律効果発生を認める
 - ※ 「前提事実→推定事実の推定規定」 + 「推定事実→法律効果の発生」の両規定が必要
 - * 例：民 162・186-2 → 前後両時の占有の証明から占有継続⇒取得時効の成立が認められる
 - 相手方は前後両時の（いずれかの）占有を否定するには反証で足りるが、
 - 全期間占有継続の否定（期間中一時点の他人占有）は本証を要する（立証責任の転換）
 - ∴ 経験則、立証の難易、当事者間の公平等の考慮による
 - ※ みなし規定（擬制規定）：推定事実に相当する事実の不存在の証明自体が許されない
 - ・ 法律上の権利推定
 - * 前提事実に基づいて直接に権利・法律効果の推定を規定する明文の推定規定が存する場合
 - 前提事実を証明すれば、推定される権利関係の存在が判決の基礎になる
 - ※ 「前提事実→権利関係の推定規定」があればよい
 - * 例：民 188 → 動産の占有という事実から目的物についての占有者の本権が推定される
 - 相手方は前提事実の反証、権利発生原因の不存在や消滅原因たる事実の本証を要する
 - ・ 他に民 229(境界標等の共有),250(共有持分の割合)など
 - ※ 反対証明は厳密には困難ゆえ、相容れない権利状態の発生原因事実の証明で足りる(通説)
 - ・ 意思表示の解釈規定
 - * 私人の意思表示の内容につき、法が一定の内容を推定する規定
 - (前提事実→推定事実の推定ではなく、意思表示の解釈を法定するだけ)
 - * 例：民 136-1(期限の利益) → 債務者は 136-2 により期限の利益を放棄できる
 - 債権者は期限の利益が債権者の利益のために定められたことを主張立証する必要がある
 - ・ 他に民 420-3(違約金),530-3(懸賞広告の期間の定め)569-1,2(債権の売主の担保責任)など
 - ・ 法定証拠法則（←自由心証主義の例外）
 - * 推定されるのは成立の真正であって、実体法の法律要件事実ではない
 - そもそも証明責任の問題ではなく、相手方は反証で足りる
 - * 例：§228-2,4（公文書・私文書の真正な成立の推定）
 - ・ 暫定真実
 - * 特定の法律効果の基礎となる複数の法律要件事実が存在するときに、ある要件事実の証明に

基づいて無条件に他の要件事実の存在も推定する明文の規定

→法律上の事実推定だが、前提事実も推定事実も要件事実になっているのが特徴

*例：民 186-1・162-1：占有の事実 → 所有の意思・占有の平穩・公然の推定 → 取得時効

【最判平 20.2.22】証明責任（会社の行為と事業の無関係性）[H19 受 528:民集 62-2-576]

所有権移転登記抹消請求等本訴・貸金請求反訴等→原審本訴棄却・反訴認容→上告：破棄差戻し

被告人のした貸金が情誼に基づくもので商行為でないとして5年の時効を否定した原審を破棄。

「会社の行為は商行為と推定され、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負う……なぜなら、会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とされているので（会社法5条）、会社は、自己の名をもって商行為をすることを業とする者として、商法上の商人に該当し（商法4条1項）、その行為は、その事業のためにするものと推定されるからである（商法503条2項。同項にいう「営業」は、会社については「事業」と同義と解される。）。前記事実関係によれば、本件貸付けは会社である被告人がしたものであるから、本件貸付けは被告人の商行為と推定されること…な本件貸付けがAの上告人に対する情宜に基づいてされたものとみる余地があるとしても、それだけでは、1億円の本件貸付けが被告人の事業と無関係であることの立証がされたということとはできず、他にこれをうかがわせるような事情が存しないことは明らか……そうすると、本件貸付けに係る債権は、商行為によって生じた債権に当たり、同債権には商法522条の適用があるというべき」

会社である→会社のする行為の事業のためと推定、会社のする事業のための行為→商行為

・事実上の推定

*経験則を用いて間接事実に基づいて主要事実の存在を推定する際の推定をいう

→証明責任を転換するものではないので、確信を形成しない限り不利益を受けうる

・直接証明：証拠に基づいて主要事実を証明すること

・間接証明：証拠に基づいて間接事実を証明し、主要事実を推定すること ←この推定

*基準：証拠・間接事実の証明力、経験則の蓋然性との相対的關係による

*間接反証：相手方の間接証明に対し、別の間接事実を証明して主要事実を真偽不明にする反証

→この間接事実の証明は、本証の負担と同じ負担を負う（間接反証責任）

←事実上の推定を成立させる高度の経験則が働いており、それを覆滅させるための間接事実の存在を裁判所に確信させる必要がある状態、とすれば足りる

*一応の推定（表見証明）：不法行為損害請求で、通常生じえない事実の発生を証明すれば、

過失や欠陥にあたる具体的事実の主張立証がなくても過失等の要件事実を認めうる

→相手方が過失該当の具体的事実の不存在の証明責任を負い、請求者の証明責任を軽減する

←そのような事実があれば高度の蓋然性をもつ経験則で過失の具体的事実が推定できる

6. 相当な損害額の認定について、具体例に即して説明することができる。

・損害額の認定(§248)：証明度軽減説、自由裁量説、折衷説がある

*一定程度の心証が形成されるのが基本だが、形成されなくても自由裁量で認定可能[伊藤]

§248 損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる

【最判平 18.1.24】§248の適用の義務性[平 17 受 541:判時 1926-65]

「上告人には特許庁の担当職員の過失により本件質権を取得することができなかつたことにより損害が発生したというべきであるから、その損害額が認定されなければならず、仮に損害額の立証が極めて困難であったとし

ても、民訴法248条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない」(国賠請求(特許庁職員の過失による質権喪失)、棄却/破棄差戻し)

【最判平 20.6.10】 §248 の適用の義務性[平 18 受 265:判時 2042-5]

「上告人は本件和解前には本件土地1についても採石権を有していたところ、被上告会社は、本件和解前……に、本件土地1の岩石を採石したというのであるから、上記採石行為により上告人に損害が発生したことは明らか……被上告会社が上記採石行為により本件土地1において採石した量と、本件和解後に被上告会社が採石権に基づき同土地において採石した量とを明確に区別することができず、損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法248条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない……被上告会社の上記採石行為によって上告人に損害が発生したことを前提としながら、それにより生じた損害の額を算定することができないとして、上告人の本件土地1の採石権侵害に基づく損害賠償請求を棄却した原審の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」(損賠請求・棄却/破棄差戻し)

※慰謝料は元々裁判所の自由裁量である。：慰謝料の算定は事実認定の領域に属さない

【大判明 34.12.20】 名誉棄損の損害額は証明がなくても裁判所が諸般の事情から定めるべき

【大判明 36.5.11】 非財産的損害は原因事実の認定理由で足り数値認定の理由は説示不要

7. 主張・証明の負担の軽減に関する議論の概要を説明することができる。
8. 証明妨害の法理について、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 意義：当事者が故意に訴訟法の義務に違反して証明妨害行為をした場合の効果
 - 明文で真実と認めることを許す規定がある以外に、一般化してよいか
 - * 証明責任転換説：立証主題たる事実についての証明責任が妨害者に転換される
 - * 証明度低減説：確信が形成されなくても低い心証度で認定してよい
 - * 自由心証説：証明妨害した効果を裁判官の自由心証に委ねるもの
 - ・ 明文規定：文書提出命令違反(§224-1)、対照用筆記拒否(§229-3,4)、当事者尋問不出頭(§208)
 - §224-1 当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる
 - §229-3 対照をするのに適当な相手方の筆跡がないときは、裁判所は、対照の用に供すべき文字の筆記を相手方に命ずることができる
 - #4 相手方が正当な理由なく前項の規定による決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。書体を変えて筆記したときも、同様とする
 - §208 当事者本人を尋問する場合において、その当事者が、正当な理由なく、出頭せず、又は宣誓若しくは陳述を拒んだときは、裁判所は、尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる
 - ・ その他の証明妨害 → 証明への非協力が間接事実となり、事実上の推定の根拠となると解する説、証明義務を負わない当事者の事案解明義務とする見解もある

【最判平 4.10.29 民集 46-7-1174】 伊方原発訴訟[S60 行ツ 133]

「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである」同じ立場で判断の上棄却した原審は相当(原子炉設置許可処分取消請求→棄却/棄却/棄却)

第4款 証拠調べの手続

1. 証拠申出とその採否について説明することができる。

・証拠の申出

* 意義：特定の事実の立証のために、当事者が具体的証拠を提示して、それについての証拠調べを裁判所に要求する申立てのこと。：弁論主義の第三原則より、職権証拠調べは原則禁止

←職権証拠調べ：管轄(§14)、調査の囑託(§186)、鑑定囑託(§218)、当事者尋問(§207-1)、公文書の真否に関する照会(§228-3)、検証の際の鑑定(§233)、訴訟係属中の証拠保全(§237)、商業帳簿提出命令(§会社 434)、人事訴訟(人訴 20)、行政訴訟(行訴 24,38-1,41-1,43-1)

* 方法：証拠方法・立証事項を特定し、立証趣旨（＝両者の関係）を明示する(180-1,則 99-1)

[§180-1](#) 証拠の申出は、証明すべき事実を特定してしなければならない

[則 99-1](#) 証拠の申出は、証明すべき事実及びこれと証拠との関係を具体的に明示してしなければならない

→期日前もよい(§180-2)、証拠申出書は相手方に直送(則 99-2)

→証拠申出と証拠提出は区別 = 証拠申出と同時に提出する必要はない

←自己所有物の書証・検証、在廷証人の尋問は同時(§219,232)

・費用の予納(民訴費 11-1,12-1)：証人の報酬等。予納しないと証拠調べを行わなくてよい

【最判昭 32.6.25】 相手方が予納してもよい

・相手方の意見陳述の機会の保障(§161-2:2→準備書面に書いてよい)

・証拠抗弁：相手方が申出のあった証拠の証拠能力・証明力を争う主張（証拠調べ後でもよい）

→主要事実に関する主張ではないから、裁判官への意見申し立ての意義しかない

* 証拠申出の撤回：取効的訴訟行為の撤回の原則による

→証拠調べ開始前：撤回自由／終了後：撤回不可

→証拠調べ中：相手方の同意が必要(通説) ← 許されない（既に訴訟資料を形成しつつある）

【最判昭 32.6.25】 証拠調べ終了後は相手方の同意があっても撤回できない

・撤回の方法：期日(前)の口頭・書面による

→黙示の撤回も可能：証拠調べしないまま弁論を終結しようとしたのに、異議を述べない場合

・証拠の採否

* 不必要・不適法と認めれば、採用しなくてもよい(§181-1)

→不適法：時機に後れた申出、立証趣旨不明など

→不必要：当該事実につき十分な心証を得ており、証拠がそれを変更するに足りないとき

[§181-1](#) 裁判所は、当事者が申し出た証拠が必要でないと認めるものは、取り調べることを要しない

・判断は独立の決定もしくは判決の理由中のいずれかで行う

←却下された当事者が別の証拠の申出をすることが予想される場合は、独立の決定ですべき

【大判大 7.9.5】 却下の理由を示す必要ない（証拠の採否は裁判所の専権に属するから）

・不服申立ての可否：口頭弁論を経て却下の決定がされると、できない(§328-1 反)

[§328-1](#) 口頭弁論を経ないで訴訟手続に関する申立てを却下した決定又は命令に対しては、抗告をすることができる

* 証拠申出に対する採否の裁判の要否

・採用(証拠決定)：必要だが、黙示の決定でも足りる（方式は限定されない）

←訴訟指揮に属する裁判ゆえ、いつでも取消し・変更可(§120)+不服申立て不可

【最判昭 26.3.29】証拠の採否の決定の要否[S24 才 63:民集 5-5-177]

家屋明渡請求→認容/棄却、控訴審での証拠決定・却下の決定をしなかった点をとらえた上告

「証拠調をするには必ず証拠決定に基かなければならないことは訴訟法上要請されていない」「当事者の申出た証拠を裁判所が不必要と認めるときは、特に却下決定をしないで、証拠を取調べないこともできるものである。

(民訴二五九条参照)……本件では……最終弁論において当事者双方の代理人は他に主張立証はないと述べそのまま弁論を終結していること記録上明白であるから、所論控訴人本人訊問の申出は抛棄されたものと認める」

・文書提出命令(§233-1,7)：提出命令は常に決定。不服申立て可能(即時抗告)

【最判昭 43.2.1】文書提出申立ての暗黙の却下の可否[S42 才 549:判時 514-53]

「文書提出の申立については、裁判所は必ず申立の当否を判断しなければならないものであり、文書提出の申立につき、裁判しないままで、本案事件の口頭弁論を終結して判決を言い渡すことが違法である……(最判昭 30.3.24)……右申立については、裁判所は必ずしも明示的に裁判しなければならないものではなく、黙示的にすることも許される」(暗黙の却下を認める。土地所有権移転登記請求→不明/上告棄却)

* 証拠決定と口頭弁論：証拠調べ中は事実上口頭弁論はできない(証拠調べばかりやるから)

→口頭弁論を開きえない(有力) ← 必要があれば証拠調べを中断して弁論してよい[伊藤]

* 唯一の証拠方法

・意義：ある要証事実についてされた証拠の申出が、その当事者にとり唯一のものであること

・効果：裁判所としては原則としてこれを排斥できない(本証・反証を問わない)

∴証拠申出は当事者に委ねられるのに、唯一の証拠方法を排斥するのは合理的といえない

【最判昭 53.3.23】唯一の証拠方法[S52 才 591:判時 885-118]

建物収去土地明渡請求で、該土地を自創法で売り渡されたのが原告の1人なのか、その先代で共同相続になった(→共有状態)について当事者本人尋問の申出があったのにしないまま結審したもの(認容/一部破棄差戻し)

「上告人本人尋問の申出は、本件土地につき被告Xが完全な所有権でなく共有持分を有するにすぎないとの上告人らの主張に関する唯一の証拠方法の申出であるから、特段の事情のないかぎりこれを取り調べることを要するところ、原審はこれに対する採否を明示することなく弁論を終結した」特段の事情はなく、口頭弁論終結時に当事者双方が「他に主張立証はない」と述べてもは特段の事情でない。

* 証拠調べの実施

・機関・期日：受訴裁判所の法廷で、期日に行う(証拠調べ期日：但し口頭弁論をさせてもよい)

→裁判所外での証拠調べも可能(185-1)だが、この場合は期日にあらず、非公開でよい

・当事者への告知(§94-1,240 但:証拠保全で急速を要する場合を除く)

→手続保障なので、双方欠席でも証拠調べは可能(§183)

* 証拠調べの結果を証拠資料とするための手続

・受命・受託裁判官のする、又は外国・裁判所外での証拠調べ：口頭弁論で当事者の援用が必要

∴直接主義・口頭主義の要請 ←裁判所がした証拠調べゆえ、外国以外は不要では[伊藤]

【最判昭 28.5.12】受託裁判官による証拠調べの結果は口頭弁論で当事者の陳述が必要

・証拠弁論：当事者は受訴裁判所の面前で証拠調べの証明力等について陳述の機会が与えられる

2. 集中証拠調べの意義及び手続について理解している。

・争点・証拠の整理後に人証の取調べを集中して行い、審理を迅速化するもの(§182)

第5節 証拠法各論

第1款 証人尋問

1. 証人尋問の意義を理解し、手続の概要を説明することができる。
 - ・ 証人尋問：当事者及びその法定代理人以外の第三者に、自らが経験した事実認識を報告させ、その陳述内容（証言）を証拠資料とする証拠調べ
 - ・ 証人：過去の事実や状態について自ら認識した内容を陳述する、当事者・法定代理人以外の人
 - * 証人能力：原則として自然人であれば足りる。但し、当事者本人・法定代理人は否定される
 - 補助参加人・訴訟代理人・補佐人・判決の効力を受ける者(§115-1:2~4)、裁判官等も可能
 - ・ 未成年など行為能力の有無：証人能力はある。但し、宣誓能力・証拠価値に影響する
 - ・ 手続
 - ①証人尋問の申出：効率的証人尋問・相手方当事者の反対尋問権の実質的保障を図る
 - ・ できる限り一括指定(則 100)、尋問の見込み時間の明示(則 106)
 - ・ 尋問事項書の提出・直送(則 107)：できる限り個別的・具体的に記載(事前調査義務:則 85)
 - ②証人尋問の採否：証人尋問は特に集中証拠調べの対象。必要不可欠な証人を採用する
 - ③証人の呼び出し
 - ・ 在廷証人：呼出しによらず期日に出頭する場合(実際は当事者が同行している→同行証人)
 - ・ 呼出状の送達による場合(則 108)：直接強制ができないため、実際は在廷証人が多数
 - 申出当事者に証人出頭確保努力義務、証人には不出頭の届出義務を課す
 - ④証人尋問の実施
 - ・ 交互尋問の原則(§202,則 113)：§202 では申出当事者→相手方→裁判長の順、則 113 で修正
 - 申出当事者(主尋問)→相手方(反対尋問)→申出当事者(再主尋問)の順にする
 - 裁判長はいつでも質問できる、追加質問や陪席裁判官の質問は裁判長の許可が必要
 - ∴特に本人訴訟では、裁判長の補充質問が頻繁に必要なため、柔軟にした
 - ・ 法定外での証人尋問：受命・受託裁判官(§195,206,268)、テレビ会議システム(§204)
 - ←一般より要件加重(§195 各号：出頭義務不存在・不可能など。公開主義・直接主義の要請)
 - ・ 隔離尋問の原則：複数証人を尋問する場合、原則他の証人を退廷させて尋問する(則 120)
 - ∴証人の汚染防止（先の証言内容が後の証人の証言に影響しないようにするため）
 - ←当事者は証人に事前に接触できるので、実効性・必要性に批判あり
 - ・ 対質(則 118)：同時に複数の証人を対席させて尋問すること(証人自身は質問できない)
 - ・ 質問の方法・制限(則 114・115)：個別的かつ具体的、違反すると裁判長による制限あり
 - 無関係・範囲外：114-1(主/反対/再主尋問ごとの内容)、115-2:3,4(重複、無関係)
 - 証拠方法として不適：115-2:5(意見陳述要求質問)、:6(伝聞証言=直接経験しない事実)
 - 態様が証拠資料の顕出に不適：115-2:1(侮辱・困惑させる質問)
 - 事実認定を誤らしうる質問：115-2:2(誘導質問)
 - ※115-2:2~6 違反は、正当な理由があれば認められる
 - ・ 証人の陳述の方法：口頭が原則(§203) ∴陳述態度等も観察するため

←例外：聾啞者(則 122)、書面尋問(§205,則 124:相当+当事者異議なし)

裁判所の許可(§203 但：書面を参照してよいだけで、朗読や援用はできない)

- ・証人等の保護のための措置(§203/2,203/3,204:2)：付添、遮蔽、ビデオリンクが可能
- * 陳述書：当事者や第三者が認識した事件の全貌等を記載して提出するもの(実務上の扱い)
- ・当事者のもの：争点整理に資する。実質は準備書面か釈明処分への陳述の代用
- ・第三者のもの：証人尋問の充実(尋問補完機能)、予告・証拠開示機能

→証言の一部を陳述書(書証)に代えるのは、相手方の同意があればよい・全部はダメ

2. 証人義務と不出頭・虚偽の証言等に対する制裁について、条文を参照して説明することができる。

- ・(一般的)証人義務(§190)：日本の裁判権に服する者は、何人も証人として証言する義務を負う

←証人義務の免除：監督官庁の承認が無い場合の公務員 (§191-1)

←不承認の要件(§191-2)：該当するかどうかは監督官庁が判断する

裁判権に服さない者(外交官とその家族 ← 条約による)

【最判昭 24.7.9】証人義務なき証人が進んで尋問に応じれば、その証言を証拠資料とできる

* 出頭義務

- ・適式の呼出しの効果：一般的証人義務が具体的出頭義務に転化する
- ・不出頭の制裁：過料(§192)、罰金等(§193)、勾引(§194 → 刑訴法の勾引に準ず)

* 証言義務

- ・尋問事項にき、良心に従い真実を述べ、何事も隠さず、何事も付け加えない義務(則 112-4)
- ・制裁：証言拒絶の過料・罰金等(§200→192,193)、偽証罪(刑法 169)

民事上は虚偽陳述やなすべき陳述の懈怠の場合は不法行為に当たりうる

- ・予め資料を調査しておく義務：自己の認識を喚起・強化するための調査は義務
- 義務懈怠は§200の証言拒絶と看做される場合もある(通説)：国民の司法への協力義務

* 宣誓義務(§201、則 112)

- ・裁判所で良心に従い真実を述べ、何事も隠さず、何事も付け加えないことを陳述する行為
- ・事前宣誓が原則(則 112-1)
- ・宣誓無能力者→宣誓できない：16歳未満・宣誓の趣旨を理解できない者(#2)
- ・宣誓義務の裁量的免除：証言拒絶権がある者が証言するとき(#3)
- ・宣誓拒絶権：自己又は自己と証言拒絶権者の関係にある者に著しい利害関係がある事項(#4)

3. 取材源秘匿の問題を含む証言拒絶権について、判例を踏まえて、説明することができる。

- ・証言拒絶権：真実発見より法が一定の社会的価値を守ろうという政策判断
- * 証人と当事者の一定の身分関係を理由とした証言拒絶権 → 現行法は認めない
- * 尋問事項の内容による証言拒絶権：§197-1各号の3つと§196によるもの
- 行使するには、証言拒絶の理由の疎明が必要(§198)

・公務員の証言拒絶権(§197-1:1→191)

- * 尋問事項書の記載から分かる場合や証人が主張した場合に、裁判所が承認手続をとる
- * 証言拒絶権の主張の正当性についての裁判所の判断の可否

→監督官庁の判断に委ねられる(多数 ∴199-1)、職務上の秘密該当性は審査権あり(少数)

・ 黙秘義務を負う私人の証言拒絶権(§197-1:2)

* 法令・慣習法により黙秘義務を負うものを限定列挙したもの ∴専門職業への信頼確保

→秘密の帰属主体(患者等)がその利益を放棄すれば、拒絶できない(§197-2)

・ 契約上・社会慣習上黙秘義務を負う場合(金融機関や報道関係)：対象外。3号で保護。

* 任意に証言した場合：証拠能力あり。他の法令により守秘義務違反に問われる可能性のみ。

§197-1:2 医師、歯科医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、
弁護士、公証人、宗教、祈祷若しくは祭祀の職にある者又はこれらの職にあった者が職務上知り得た事実で黙秘
すべきものについて尋問を受ける場合

§197-2 前項の規定は、証人が黙秘の義務を免除された場合には、適用しない

【福岡高決昭 52.9.17】 秘密の帰属主体による黙秘の放棄[S52 ラ 89:下民集 28-9~12-969]

文書提出を命ずる決定→即時抗告：棄却（スモン薬害訴訟(患者が原告)で診療録の文書提出命令)

「医師は診療に際し患者の私的秘密を知得する機会が多いから、その業務上知得した患者の秘密を守る義務を負
つており、診療録の記載中、患者の病名、症状は性質上右の秘密に該当する……しかしながら本件訴訟において
は、患者が原告となり、損害賠償請求権の発生を基礎づける主張事実の一部として自己の秘密である病名、症状
を開示して相手方（被告）に損害賠償を求めているのであるから、本件各診療録に関しては原告人の守秘義務違
反の問題は発生しない」

【最決平 16.11.26】 黙秘すべきものの範囲[H16 許 14:民集 54-3-1073]

文書提出命令申立て一部認容決定→許可抗告：棄却（財務状況虚偽公表に関する損害事件）

「民訴法197条1項2号所定の「黙秘すべきもの」とは、一般に知られていない事実のうち、弁護士等に事務
を行うこと等を依頼した本人が、これを秘匿することについて、単に主観的利益だけではなく、客観的にみて保
護に値するような利益を有するものをいう」本件文書には旧役員等の経営責任に無関係なプライバシーはなく、
また文書自体公益のため作成され、「本件文書に記載されている事実は、客観的にみてこれを秘匿することにつ
いて保護に値するような利益を有するものとはいえず、同号所定の「黙秘すべきもの」には当たらない」

・ 技術又は職業の秘密に関する証言拒絶権(§197-1:3)

∴技術・職業上の秘密自体が社会的に保護されるべきもの

* 要件：技術・職業上の秘密にあたる+利益衡量(判例・通説)

・ 技術の秘密：秘密の公開により当該技術を基盤とする利潤追求等が不可能・困難になるもの
→主観的に秘密+客観的秘匿性+公開による社会活動上の不利益、それ自体の財産的価値は不要

・ 職業上の秘密：秘密の公開によりそれを基礎とする職業活動が不可能・困難になるもの

・ 利益衡量：秘密公表による不利益と犠牲になる真実発見・裁判公正から保護すべきか判断

←考慮すべきでない。不利益は秘密の性質として考慮すれば足りる[伊藤]

* 秘密の帰属主体は証人自身か：限定されない

・ 契約により秘密の管理を委ねられた者：本人に準じる立場なので拒絶可能

【最判平 12.3.10】 技術又は職業上の秘密の意義[H11 許 20:民集 54-3-1073]

文書提出命令申立て却下→許可抗告：一部破棄差戻し（電話機の瑕疵による不法行為損害事件で、電話機の回路
図・信号流れ図の文書提出命令を申し立てたもの）

「民訴法一九七条一項三号所定の「技術又は職業の秘密」とは、その事項が公開されると、当該技術の有する社
会的価値が下落しこれによる活動が困難になるもの又は当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難にな

るものをいう」(記載情報の種類・性質、開示による不利益を具体的に主張していないから差戻し)

【最決平 18.10.3】NHK記者事件[H18 許 19:民集 60-8-2647]

証拠調べ共助事件→一審：証言拒絶理由あり→原告抗告：棄却→原告特別抗告：棄却

アメリカでの損害賠償請求訴訟に関わり、国際司法共助として日本で行われた証人尋問で、NHKの社会部記者だった者が民法197条1項3号「職業の秘密に関する事項」にあたるとして証言を拒絶したものと

「民法は、公正な民事裁判の実現を目的として、何人も、証人として証言をすべき義務を負い(§190)、一定の事由がある場合に限って例外的に証言を拒絶することができる旨定めている(§196,197)……§197-1:3は、「職業の秘密に関する事項について尋問を受ける場合」には、証人は、証言を拒むことができると規定している。ここにいう「職業の秘密」とは、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いう…(最決平 12.3.10 参照)。もっとも、ある秘密が上記の意味での職業の秘密に当たる場合においても、そのことから直ちに証言拒絶が認められるものではなく、そのうち保護に値する秘密についてのみ証言拒絶が認められる……保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決められる……報道関係者の取材源は、一般に、それがみだりに開示されると、報道関係者と取材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来にわたる自由で円滑な取材活動が妨げられることとなり、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になると解されるので、取材源の秘密は職業の秘密に当たる……当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、当該報道の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該取材の態様、将来における同種の取材活動が妨げられることによって生ずる不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該民事事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべき」「この比較衡量にあたっては、次のような点が考慮されなければならない」「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するもの……思想の表明の自由と並んで、事実報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障の下にある……このような報道機関の報道が正しい内容を持つためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値するもの……(最大決 44.11.26 参照)。取材の自由の持つ上記のような意義に照らして考えれば、取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有する……当該報道が公共の利益に関するものであって、その取材の手段、方法が一般の刑法法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができる」

【最決平 19.12.11 民集 61-9-3364】顧客が開示義務を負う場合の金融機関[H19 許 23]

相続争いでの銀行の取引明細についての文書提出命令/取消/破棄自判(抗告棄却)

「金融機関は、顧客との取引内容に関する情報や顧客との取引に関して得た顧客の信用にかかわる情報などの顧客情報につき、商慣習上又は契約上、当該顧客との関係において守秘義務を負い、その顧客情報をみだりに外部に漏らすことは許されない。しかしながら、金融機関が有する上記守秘義務は、上記の根拠に基づき個々の顧客との関係において認められるにすぎないものであるから、金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客は上記顧客情報につき金融機関の守秘義務により保護されるべき正当な利益を有さず、金融機関は、訴訟手続において上記顧客情報を開示しても守秘義務には違反しないというべきである。そうすると、金融機関は、訴訟手続上、顧客に対し守秘義務を負うことを理由として上記顧客情報の開示を拒否することはできず、同情報は、金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有する場合は別として、民法197条1項3号にいう職業の秘密として保護されないものというべき」→相続人が所持していれば§220:4により提出義務

を負うものゆえ、銀行も拒否できない（田原補足あり：銀行独自の利益について補足）

【最決平 20.11.25 民集 62-10-2507】銀行の査定資料中の非公開財務情報[後掲]

「本件非公開財務情報は、Aの財務情報であるから、抗告人がこれを秘匿する独自の利益を有するものとはいえない。そこで、本件非公開財務情報についてAが本案訴訟の受訴裁判所からその開示を求められた場合にこれを拒絶できるかをみると、Aは民事再生手続開始決定を受けているところ、本件非公開財務情報は同決定以前のAの信用状態を対象とする情報にすぎないから、これが開示されても同社の受ける不利益は通常は軽微なものと考えられること、相手方はAの再生債権者であって、民事再生手続の中で本件非公開財務情報に接することも可能であることなどに照らせば、本件非公開財務情報は、それが開示されても、Aの業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるとはいえないから、職業の秘密には当たらないというべきである。したがって、Aは、民訴法220条4号八に基づいて本件非公開財務情報部分の提出を拒絶することはできない。また、本件非公開財務情報部分は、少なくとも抗告人等の金融機関に提出することを想定して作成されたものと解されるので、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とはいえないから、Aは民訴法220条4号二に基づいて同部分の提出を拒絶することもできず、他に同社が同部分の提出を拒絶できるような事情もうかがわれぬ。そうすると、本件非公開財務情報は、抗告人の職業の秘密として保護されるべき情報に当たらないというべきであり、抗告人は、本件非公開財務情報部分の提出を拒絶することはできない」

・ 証人等の刑事処罰・名誉侵害による証言拒絶権(§196)

∴憲 38-1 による自己負罪供述強要禁止と同様の趣旨

* 対象範囲：証人自身+(現・元の)4親等内親族+後見関係にある者

* 名誉侵害：人格的評価を客観的に低下させ、社会的地位の保持が困難なほど社会的・道徳的非難を招く事項をいう → プライバシーより狭い

第2款 当事者尋問

1. 当事者尋問の意義を理解し、手続の概要を説明することができる。
 - ・ 当事者尋問：当事者本人（+法定代理人:§211）を証拠方法として、その者が認識した事実を口頭で陳述させ、その陳述内容を証拠資料とする証拠調べ
 - 弁論や釈明処分に対する陳述とは峻別される(訴訟資料について ⇔ 証拠資料について)
 - 訴訟能力がなくとも、当事者尋問は対象となりうる
 - ・ 当事者尋問の補充性（旧法。現行法では緩和。人訴 19,少額訴訟手続 372-2 で不適用）
 - * 旧法では証拠調べで足りない場合に限定 → 現行法は証人尋問原則先行にとどめる(§207-2)
 - ∴ 当事者尋問の証拠価値は証人尋問より低い ∴ 訴訟物たる権利関係に密接な利害関係がある
 - ← 直接事案の真相を知っている。反対尋問や補充尋問で不正確性・反真实性を除去すべき
2. 当事者尋問と証人尋問の異同について理解している。
 - ・ 当事者尋問の手続 → 原則として証人尋問を準用(§210)、勾引・尋問に代わる書面提出を除く
 - * 職権による当事者尋問が可能、宣誓は裁判所の任意(§207-1) ← 大抵は宣誓させている
 - * 不出頭、宣誓・証言拒絶の制裁：尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めうる(§208)
 - ・ 宣誓後の虚偽陳述への制裁：過料(§209)、偽証罪は証人のみなので適用されない(刑 169)
 - * 対質：当事者相互・当事者と証人の対質も可能(則 126)

第3款 鑑定

1. 鑑定の意義を理解し、手続の概要を説明することができる。
 - ・ 意義：裁判所の命令により、裁判所の指示する事項について、特別の学識経験者のある者に経験法則又は新たに経験した事実認識を報告させ、その陳述内容（鑑定意見）を証拠とする証拠調べ
→ 専門的経験則に争いがなければ、調査の囑託(§186), 鑑定囑託(§218), 専門委員, 調査官でよい
 - ・ 目的：裁判所の判断能力の補充(専門的な経験則そのもの、それを用いた事実認識を得る)
 - ・ 対象：専門的経験則、外国法規。内国法規は対象外(私鑑定は法律上の主張と扱う)
 - ・ 手続
 - ① 鑑定の申出
 - ② 鑑定の採用：鑑定事項の確定と鑑定人の指定(←当事者が指名しても判断資料に過ぎない)
 - ・ 職権による鑑定の可否：否定 ∴ 最終的には関係する主要事実の証明責任の問題に帰着
 - ③ 鑑定人の権限(則 133)
 - ・ 審理立会、証人尋問・当事者本人尋問を裁判長に求め、許可を得ての直接発問もできる
 - ④ 鑑定意見
 - ・ 方式：書面・口頭・テレビ会議システム(§215-1, 215/3)、追加意見陳述(§215-2)
→ 複数ある場合：裁判長は共同でも各別でも意見陳述をさせられる(則 132)
 - ・ 宣誓：必要(§216 → 201-1)、宣誓書の提出でもよい(則 131)
 - ⑤ 鑑定人質問
 - ・ 口頭の場合のみ。原則、裁判長→申出当事者→相手方当事者の順(§215/2)
 - ・ 質問の方法(則 132/4)：内容の対象(#1), できる限り具体的(#2), 裁判長による制限(#4)
→ 禁止事項(#3)：侮辱・困惑させる質問, 誘導質問, 重複質問, (#1 との)無関係
※ 個性は不要 ∴ 一問一答方式より体系的に専門的知見を述べてもらう方がよい
 - ・ 私鑑定：鑑定の対象たりうる事項で、一方当事者が依頼した専門家の報告書を書証とするもの
→ 経験則は事実に類するから書証としてよい。必要なら作成した専門家を証人尋問すればよい
2. 鑑定義務と証人義務の違いなど鑑定と証人尋問の異同について理解している。
 - ・ 対象：証人は具体的事実、鑑定人は一般的通用性を持つ経験則を陳述する
 - * 鑑定証人(§217)：証人に準じる ∴ 代替性がないから
 - ・ 例：患者の担当医が専門知識を用いつつ陳述する場合
 - ・ 鑑定義務：鑑定に必要な学識経験を有する者に課せられる(§212)⇔証人義務は何人にもある
 - ・ §216→§192, 193：不出頭、宣誓・鑑定拒絶は過料・罰金等の制裁あり
⇔ 勾引はできない ∴ 鑑定人は代替性があるから、別人を選べば足りる
 - ・ 鑑定人：学識経験を有する第三者
 - * 鑑定人になれない者(§212-2)：親族関係等(§196)・著しい利害関係(§201-4)・16歳未満
 - * 忌避(§214, 則 130)：誠実に鑑定することを妨げる事情があるとき
 - * 自然人以外も鑑定人になりうる(§218)：宣誓不要

第4款 検証

1. 検証の意義を理解し、手続の概要を説明することができる。
 - ・ 意義：裁判官が自己の感覚作用(視覚・聴覚等)によって、直接に人体又は事物 (= 検証物) の形状・性質等を認識し、その結果を証拠資料とする証拠調べ
 - * 書証との違い：文書の記載内容ではなく、形状や筆跡を対象とするなら検証
 - ・ 手続：おおむね書証に準じる(§232-1→219,223,224,226,227)
 - ①検証の申出(則 150)：検証の目的を明示する（他に証明事実の明示、検証物の提示）
→申出者が所持しない場合、検証物提示の申立て・検証物送付嘱託の申立てをする
 - ②検証の実施：必要があれば鑑定もできる(§233)
 - ③検証結果の調書への記載：裁判官の認識が記載される
 - ・ 検証協力義務：目的物を提出するか、所在場所での検証実施を受忍する義務
 - * 一般的義務である(§220:文書提出義務が準用されていないから)
 - * 違反の制裁：§232-2,3 によって 20 万円以下の過料となる

第5款 調査嘱託

1. 調査嘱託の意義を理解し、手続の概要を説明することができる。
 - ・ 意義：対象となる事実や経験則などの性質につき、信頼性の高い知見を有する団体(官公署、学校、商工会議所等)に対して、事実や知識の報告を求めるもの(§186)
 - * 事実の報告（証人・書証に代わる）や知識の報告（鑑定に代わる）
 - * 手続：裁判所の嘱託 → 報告（通常は書面だが、書証ではなく当然に証拠資料となる）
 - ※ 釈明処分としての調査の嘱託(§151-1:6)：この場合は弁論の全趣旨として考慮する
【最判昭 45.3.26】 調査嘱託の結果の扱い[S44 才 1156:民集 24-3-165]
証拠金等返還請求→一審：一部認容→双方控訴：変更・認容額増→被告上告：棄却
「民訴法二六二条に基づく調査の嘱託によつて得られた回答書等調査の結果を証拠とするには、裁判所がこれを口頭弁論において提示して当事者に意見陳述の機会を与えれば足り、当事者の援用を要しない」

第6款 書証

1. 書証の意義を理解し、申出方法の種類を説明することができる。

- ・ 意義：文書を証拠方法とし、その記載内容たる思想・判断・認識を証拠資料とする証拠調べ
 - * 文書：文字その他の記号によって、人の思想内容が記載されている有体物
 - * 準文書(§231)：図面、写真、録音テープ、ビデオテープ等文書以外の表現物
 - 書証の規定を準用する：法廷で適切な装置を利用すれば裁判官が直接認識できる
 - ・ CDやHD、FDの扱い
 - 扱い：検証説(←視覚で判断不能)・書証説(←機能重視)
 - 書証説のうち：印刷媒体が原本説・記録媒体が原本で印刷媒体は謄本説
 - ←記録媒体は文書といえない→前者を採り、記録媒体は文書の証拠力の補助事実と扱うべき
 - ・ 文書の種類
 - * 作成者：真正の推定(§228)
 - ・ 公務員がその職務遂行として権限に基づき作成した文書が公文書、その他は私文書
 - ・ 内容証明郵便は証明部分が公文書、通信部分は私文書と1個の文書でも両方を含む場合あり
 - * 記載事項：証明力…真正な処分証書は記載行為の存在を認定⇔報告文書は間接的
 - ・ 処分証書：意思表示その他の法律行為を記載した文書…判決書、契約書、遺言書、手形等
 - ・ 報告文書：作成者の経験した事実認識を記載した文書…受取証、帳簿、診断書、日記等
 - * 作成目的
 - ・ 原本：記載内容たる思想の主体自身が確定的なものとして作成した原文書
 - ・ 謄本・抄本：同一の文字符号で原本の内容を写した書面で、作成者が同一性を証明するもの
 - 全部の写しは謄本、一部の写しは抄本、公機関が証明する謄本を認証ある謄本という
 - ・ 正本：謄本の一つで、権限ある公務員が作成し、法が原本と同じ効力を与えるもの
 - ・ 副本：原本の一つで、原本と同一内容で同一の効力を有するものとして作成された文書
 - 特に、数通の原本のうち、送達に用いられるものを副本と呼ぶ
 - ・ 写し：これら以外のもの
 - ・ 文書の証拠能力
 - * 原則：民訴では制限がない(疑いがある場合は、証拠力の評価に委ねる)
 - * 例外：紛争発生後に当事者が作成し、又は証人尋問回避のために第三者が作成した文書
 - ・ 手形訴訟等で人証の排除を潜脱する目的で作成された文書 → 証拠能力なし(争いなし)
 - ・ その他は証拠能力を肯定し、証拠価値の判断を自由心証に委ねる(通説・判例)
 - ←自由心証主義は適格性の原則ではなく、人証の手続潜脱にあたる場合は、原則排除すべき
- 【大判昭 14.11.21】 訴え提起後に第三者が作成した文書[S14 才 643:民集 18-1545]**
- 「訴え提起後に於て其の訴訟の係争事実に関し第三者たる一私人の作成したる文書と雖も書証としての証拠能力を有せざるものにあらざるは論なくたとひ相手方に於て其の成立を否認し若くは其の内容を是認せざる場合と雖も之が為めに其の証拠力を失ふものにあらず。裁判所は弁論の全趣旨証拠調の結果を斟酌し自由なる心証に依り其の成立を認定したる上更に自由なる心証を以て其の証拠価値を判断し以て之を事実認定の資料に供し得べきものとす」(売掛代金請求→棄却/棄却/棄却)

【最判昭 24.2.1】 訴え提起後に当事者が作成した文書[S23 才 49:民集 3-2-21]

「訴訟提起後に、当事者自身が、係争事実に関して作成した文書であつても、それがために、当然に、証拠能力をもたぬものではない。裁判所は自由の心証をもつて、かかる書類の形式的、実質的証拠力を判断して、これを事実認定の資料とすることができる」(仮処分命令異議、一部認可・一部取消し/債権者控訴棄却/上告棄却)

2. 文書の成立の真正の意義とその推定について、判例を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

- ・ 文書の証拠力(証拠価値)：ある文書が立証事実たる事実に関する裁判所の心証に寄与する程度
→記載内容の真正(形式的証拠力)+ 思想内容の真実性(実質的証拠力)
- ・ 形式的証拠力：文書の記載内容が作成者の思想の表現であると認められるかどうか
 - * 作成者：名義の有無によらず、拳証者が作成者を特定する必要がある
→別人の作成と判明：その別人の作成として書証の申出がない限り証明資料にならない
 - * 原則：作成者の意思に基づいて作成されたことの立証 ⇒ 形式的証拠力を認める
 - ・ 例外：習字など記入者と記載内容の思想の主体が異なる場合
 - * 文書の真正の証明：相手方が真正を争う場合に必要になる(§228)
 - ・ 公文書(#2,3,5)：法定証拠法則(推定規定)により立証緩和(#2)、外国官公署に準用(#5)
※法定証拠法則は法律上の推定ではない：相手方は反証で足りる

§228-2 文書は、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定する

#3 公文書の成立の真否について疑いがあるときは、裁判所は、職権で、当該官庁又は公署に照会をすることができる

- ・ 私文書(#4)：押印は印影が本人等の印章と一致すれば本人等の意思による押印が推定
→2段の推定：印影と印章の一致-(事実上の推定)-印影は本人等の意思-(#4)-私文書の真正

#4 私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する

【最判昭 39.5.12】 印影についての2段の推定[S39 才 71:民集 18-4-597]

「民訴三二六条に「本人又八其ノ代理人ノ署名又ハ捺印アルトキ」というのは、該署名または捺印が、本人またはその代理人の意思に基づいて、真正に成立したときの謂であるが、文書中の印影が本人または代理人の印章によつて顕出された事実が確定された場合には、反証がない限り、該印影は本人または代理人の意思に基づいて成立したものと推定するのが相当であり、右推定がなされる結果、当該文書は……「本人又八其ノ代理人ノ(中略)捺印アルトキ」の要件を充たし、その全体が真正に成立したものと推定される」(求償債権請求、認容/棄却)

- ・ 筆跡・印影の対照による証明(§229)：対照文書提出命令や拒絶の真実擬制・過料等
- ・ 実質的証拠力：文書の記載内容が要証事実の真否にどの程度影響を及ぼすか
 - * 証拠価値の評価なので、裁判官の自由心証に委ねられる
 - ・ 登記簿や戸籍簿等の公文書は事実上の推定により認められやすい(反証はできる)
 - * 例外：口頭弁論調書(§160-3)、処分調書(：文書の性質)

【大判大 2.2.22】 実質的証拠力の評価[T2 才 21:民録 19-96]

要旨「証書が或事実を証するに足るや否やを判断せんが為め証書の旨趣を解釈するに当りては裁判所は諸般の事情を斟酌して之を為すことを得べく提出者若くは相手方の主張に拘束せらるべきものに非ず」(土地登記請求)

【最判昭 50.7.10】 登記と事実上の推定[S50 才 147:金融法務 765-37]

「登記はその記載事項につき事実上の推定力を有するから、登記事項は反証のないかぎり真実であると推定すべきであるが…（反証があることは原審の）…確定した事実であるから、所論上告人名義の登記事項に関する事実上の推定が覆滅されたことは明らか」（建物収去等請求、棄却／棄却）

3. 文書提出命令の手続の概要について、条文を参照して説明することができる。

・ 文書を裁判所の面前に提出するための手続

* 拳証者が自ら所持する文書を提出する(§219)

- ・ 期日にする。例外：裁判所外である場合・受命・受託裁判官の場合(§185,則 142)
- ・ 原本が原則だが、正本・認証謄本でもよい(則 143-1)
→不可能なら写しを原本として提出する(→原本と写しの同一性が補助事実となる)

【最判昭 37.9.21】 文書の提出方法[S36 才 71:民集 16-9-2052]

「当事者が自ら所持する書証は、裁判所外における取調を求める場合（民訴法二六五条）の外は、口頭弁論期日（又は準備手続期日）にこれを提出して、証拠調の申出をすべき……（民訴法三一条参照）……上告人は、控訴状とともに乙第二号証と称する書面の原本を裁判所に郵送したまま、原審の口頭弁論に終始出頭しなかつたものであるから、原審が乙第二号証の提出があつたものと取扱わなかつたのは相当」（売掛代金請求、認容／棄却）

* 文書提出命令の申立て(§219)

- * 文書送付の囑託(§226)：所持者に送付を囑託する。正本・謄本を請求できる場合を除く
- ・ 国家機関や公務員等は原則応じる義務あり、私人や守秘義務を負う事項は応じる義務がない
- ・ 申立ての手続は§221-1:1~4 を类推適用する

* 各手続に共通の手続

- ・ 書証申出時に、写し・必要なら証拠説明書を各2通(相手方の数+1)提出する(則 137)
→裁判所用の写しは、記録に編綴される
- ・ 取調べを求める部分の訳文添付・訳文の正確性に関する相手方の意見書提出(則 138)
- ・ 取調後は返還されるが、文書の留置(§227)も可能

・ 文書提出命令の申立ての手続

- ・ 実務・多数：提出文書のうち、申立当事者が選んで改めて文書の提出を行う(他は排除)
- ・ 少数：提出文書はすべて裁判所の取調べの閲読の対象になるべき(∵§219の法文)

①文書提出命令の申立て(§221-1,則 140-1)・特定(§222)

- ・ 書面で、文書の表示・趣旨・所持者・証明事実・文書提出義務の原因を明示してする
→証明事實は記載内容から合理的に推認されうべき範囲の事実で足りる
- ・ 特定(§222)：表示・趣旨不明でも、所持者が文書を識別できる事項を明らかにすればよい
→裁判所は申立てに理由が無いことが明かな場合以外は、所持人に表示・趣旨明示を求める

【最判平 13.2.22】 文書の表示の程度[H12 許 10:判時 1742-89]

「財務諸表等の監査証明に関する省令【改正前】6条によれば、証券取引法193/2の規定による監査証明を行った公認会計士又は監査法人は、監査又は中間監査の終了後遅滞なく、当該監査等に係る記録又は資料を当該監査等に係る監査調書として整理し、これをその事務所に備え置くべきものとされているのであるから、特定の会計監査に関する監査調書との記載をもって提出を求める文書の表示及び趣旨の記載に欠けるところはなく、個々の文書の表示及び趣旨が明示されていないとしても、文書提出命令の申立ての対象文書の特定として不足するところはない」（日本住宅金融有価証券報告書虚偽記載損害賠償訴訟文書提出命令、一部認容／所持人抗告棄却）

【高松高決昭 50.7.17】 文書の表示の程度[S50 行ス 2:行裁集 26-7~8-893]

「民訴法三一三条一号の「文書の表示」は、文書の提出を命ぜられた所持者において、その提出を命ぜられた文書を、他の文書と区別して明確に認識し得る程度に特定して記載すれば足りる」(「伊方発電所原子炉設置許可手続及びその設置変更許可手続に関し作成された以下の文書の原本又は写一切」[「右許可申請及び添付書類以外の、四国電力株式会社が被告(科学技術庁ないし原子力委員会を含む)に対して提出した調査資料、参考資料一切」などの記載で特定を認める：文書提出命令申立て→原審：認容→即時抗告：変更・一部却下)

【大阪高決昭 53.3.6 高民集 31-1-38】 多奈川火力公害訴訟文書提出命令抗告審[S52 ラ 120]

「文書提出命令の申立には証すべき事実を明らかにすることを要するところ、相手方らの文書提出命令申立書には証すべき事実として「被告(抗告人)第一火力から排出された汚染物質によつて岬町及びその周辺の大気環境が汚染された事実」と記載されているにすぎず大気汚染の測定結果たる数値等につき具体的記載がない…(大気汚染の損害・差止め訴訟で)…住民らが過去長期間にわたり排出された汚染物質による大気汚染の数値を、訴提起前に蒐集することは事実上不可能であり、従つて、その測定記録を所持する企業に対し、具体的な大気汚染の数値を示して右記録の提出命令を求める申出を行なうべきことを要求することは不可能を強いるか、若しくはずさんな根拠なき数値を主張させる結果を招来するおそれが生ずるのであるから、このような場合においては、大気汚染の具体的数値を立証事実に掲げず、前示のとおり抽象的事項掲げるに過ぎないときにおいても、このような証拠申出をもつて直ちに不備違法であるというべきではなくこのように解することが公平の原理にも通う」他の要旨「多数の情報を電気信号に転換し、これを電磁的に記録した磁気テープは、民訴法 3 1 2 条の文書に準ずるものというべきである」「磁気テープの提出を命じられた者は磁気テープを提出するのみでは足りず、その内容を紙面等にアウトプットするに必要なプログラムを作成してこれを併せて提出すべき義務を負う」

②審理：提出義務についての審理

- ・ 口頭弁論中で相手方が所持人なら、口頭弁論で陳述の機会を与える
- ・ 公務秘密文書の場合(§223-3~5)：当該監督官庁(所持者の監督官庁)の意見聴取義務

§233-3 裁判所は、公務員の職務上の秘密に関する文書について第二百二十条第四号に掲げる場合であることを文書の提出義務の原因とする文書提出命令の申立てがあつた場合には、その申立てに理由がないことが明らかなきを除き、当該文書が同号口に掲げる文書に該当するかどうかについて、当該監督官庁の意見を聴かなければならない。この場合において、当該監督官庁は、当該文書が同号口に掲げる文書に該当する旨の意見を述べるときは、その理由を示さなければならない

#3 前項の場合において、当該監督官庁が当該文書の提出により次に掲げるおそれ【1号：外交等国の安全が害されるおそれ、2号：犯罪予防等に支障を及ぼすおそれ】があることを理由として当該文書が第二百二十条第四号口に掲げる文書に該当する旨の意見を述べたときは、裁判所は、その意見について相当の理由があると認めるに足りない場合に限り、文書の所持者に対し、その提出を命ずることができる

#3 第三項前段の場合において、当該監督官庁は、当該文書の所持者以外の第三者の技術又は職業の秘密に関する事項に係る記載がされている文書について意見を述べようとするときは、第二百二十条第四号口に掲げる文書に該当する旨の意見を述べようとするときを除き、あらかじめ、当該第三者の意見を聴くものとする。

- ・ 第三者の場合：命じる場合のみ、審尋を要する(§223-2)
 - イン・カメラ手続をとりうる(§223-6)：4号該当の場合のみ、保管もできる(則 141)
 - 改めて証拠調べをしないと証拠資料とはならない

【最決平 21.1.15】 証拠調べ(検証)としてのインカメラ手続[H20 行フ 5:民集 63-1-46]

検証物提示命令申立て→原審(高裁)：一部提示命令→許可抗告：破棄自判(却下)

「情報公開訴訟において証拠調べとしてのインカメラ審理を行うことは、民事訴訟の基本原則に反するから、明文の規定がない限り、許されない」「本件不開示文書について裁判所がインカメラ審理を行うことは許されず、

相手方が立会権の放棄等をしたとしても、抗告人に本件不開示文書の検証を受忍すべき義務を負わせてその検証を行うことは許されない……から、そのために抗告人に本件不開示文書の提示を命ずることも許されない」

【最決平 20.11.25 民集 62-10-2507】 インカメラ手続の判断を最高裁で争えるか[H20 許 18]

「抗告人は、本件文書には査定方法における抗告人独自の工夫が記載されていることを前提に、これは職業の秘密に当たるとも主張する……原審は、民訴法223条6項に基づいて本件文書を提示させた上でこれを閲読し、本件文書に記載された査定方法における抗告人の工夫の独自性、価値は限定的なものであって、特別な保護を与えるべきノウハウとはいえないと認定したものであるところ、同項の手続は、事実認定のための審理の一環として行われるもので、法律審で行うべきものではないから、原審の認定が一件記録に照らして明らかに不合理であるといえるような特段の事情がない限り、原審の認定を法律審である許可抗告審において争うことはできない」

③裁判(§223-1)：申立却下・提出命令の決定をする、不服申立ては即時抗告(#7)

【最判平 13.2.22 判時 1742-89】 一部提出命令[前掲 H12 許 10]

「1通の文書の記載中に提出の義務があると認めることができない部分があるときは、特段の事情のない限り、当該部分を除いて提出を命ずることができる」(監査調書のうち貸付先の個別情報を除いて提出を命じた点)

【最決平 12.3.10 民集 54-3-1073】 不服申立ての理由[前掲 H11 許 20]

「証拠調べの必要性を欠くことを理由として文書提出命令の申立てを却下する決定に対しては、右必要性があることを理由として独立に不服の申立てをすることはできない」

【最決平 12.12.14 民集 54-9-2743】 即時抗告の利益を有する者[H11 許 36]

「文書提出命令は、ある事実を立証しようとする当事者が自ら証拠を提出する代わりに、裁判所の命令により文書の所有者にその提出を求めるものであり、文書提出命令が発せられた場合には、これに従わない所有者は、文書の記載に関する相手方の主張を真実と認められるなどの不利益を受け、あるいは過料の制裁を受けることがある。そこで、民訴法二二三条四項は、文書提出命令の申立てについての決定に対しては、申立人とその名あて人である所有者との間で文書提出義務の存否について争う機会を付与した……文書提出命令は、文書の所有者に対してその提出を命ずるとともに、当該文書の証拠申出を採用する証拠決定の性質を併せ持つものであるが、文書提出命令に対し証拠調べの必要性がないことを理由として即時抗告をすることは許されない(最決平 12.3.10 参照)。そうすると、文書提出命令の申立てについての決定に対しては、文書の提出を命じられた所有者及び申立てを却下された申立人以外の者は、抗告の利益を有せず、本案事件の当事者であっても、即時抗告をすることができない」(八王子信用金庫会員代表訴訟での文書提出命令申立、却下→取消差戻→被告が許可抗告：却下)

【最決平 13.4.26 判時 1750-101】 口頭弁論終結後の即時抗告[H13 許 2]

地位確認等請求での文書提出命令申立→受訴：却下して口頭弁論終結→即時抗告棄却→抗告棄却→許可抗告棄却
「受訴裁判所が、文書提出命令の申立てを却下する決定をした上で、即時抗告前に口頭弁論を終結した場合には、もはや申立てに係る文書につき当該審級において証拠調べをする余地がないから、上記却下決定に対し口頭弁論終結後にされた即時抗告は不適法である……この場合において、文書提出命令申立て却下決定は終局判決前の裁判として控訴裁判所の判断を受けるのであり(民訴法283条本文)、当事者は控訴審においてその当否を争うことができる」

④文書不提出の効果 → 提出義務は公法上の義務で、申立人に対する義務ではない

- ・ 当事者の場合(§224)：文書の記載内容の真実擬制、(他の証拠が困難なら)事実の真実擬制
- ・ 第三者の場合(§225)：過料に処する決定、即時抗告できるが命令後の喪失などしか主張不可

【最判昭 31.9.28】 不提出の真実擬制の範囲(旧法下)[S30 才 494:判タ 63-47]

「仮りに、被上告人が所論文書提出命令に違背したとしても、その効果は単に当該文書の記載内容についての上告人の主張を真実と認め得るに過ぎない。すなわち証せんとする事実……まで真実と認められるものでなく、単に「右同日の賃貸借証書に一時使用の趣旨の記載がないこと」を真実と認め得るに過ぎず、右賃貸借が一時使

用のためのものかどうかは更に原審の自由心証による判断に委ねられていることは、その証書が現実に提出された場合におけると変わらないのである」(家屋明渡請求→認容/棄却)

4. 文書提出義務の範囲について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・ 文書提出義務の範囲

* 旧法：限定的義務(現 1~3 号)：所有権の侵害、不要部分の公開による所有者への影響
←法律関係が複雑・高度化したため、文書の証拠方法としての意義が高まる

* 新法§220：一般的文書提出義務を肯定(立証事項と関連性があればよい)

・ 会社 434 等の商業帳簿提出義務：性質の異なる制度：要件なし、職権提出命令も可能

・ 引用文書(§220:1)：当事者が訴訟で引用した自己所有文書

：当事者が積極的に文書の存在・内容を引用した以上、相手方に対しては文書秘匿の意思がなく
また相手方当事者に文書の内容について立証機会を与えるのが公平に合致する

一 当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき

* 補助参加人による引用：本条が適用される → 制裁は第三者の拒否と扱うべき(§225)

：補助参加人が提出を拒んだために当事者が不利となるのは不当

* 引用：口頭弁論等での主張のほか、未陳述の準備書面中の言及、陳述書、本人尋問も含む

・ 但し、相手方の照会や裁判所の釈明に文書所持を認める回答をするだけでは引用ではない

・ 引渡・閲覧文書(§220:2)：拳証者に引渡・閲覧請求権のある文書

：文書記載の情報も拳証者が支配する権能を有するから → 手続を簡略化するため

二 拳証者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができるとき

* 引渡・閲覧請求権の根拠

・ 私法上：契約上の請求権でも、法令の規定による請求権でもよい

→例：民 487,503-1,646-1,会社 31-2,125-2,231-2,318-4,442-3,684-2 など

・ 公法上：§91(訴訟記録)、不登 119、戸籍 10 など → 争いあり

→消極説：訴訟外で正本・謄本の交付を受けて提出すれば足りる、立法の沿革

→積極説：拳証者の支配権能・交付可能性は私法上と同じ、原本を要する可能性あり

・ 利益文書(§220:3 前半)：拳証者の利益のために作成された文書

三 文書が拳証者の利益のために作成されるとき

* 文書作成の目的が拳証者の権利義務や法律上の地位を基礎づけるもの：利益文書に該当

・ 作成目的の一部が拳証者の利益であれば足り、その利益のためだけに作成される必要はない

→もっぱら自己使用の目的で作成したような文書は利益文書とならない

・ 例：拳証者が受遺者の遺言書、代理人とする委任状、拳証者宛の領収書など

←文書が拳証者の法律上の地位等を直接に基礎付け、かつそれを目的に作成される必要がある

…診療録のような間接的に義務履行を基礎づけるものは省かれる

←文書の記載内容は、あくまで文書の作成目的を推認させる事情に過ぎない

* 診療録の利益文書該当性：医師・患者、当該医療機関・患者の家族などには利益文書

【東京高決昭 59.9.17】診療録の利益文書性(加害企業/否定)[S59 ㊦ 394:高民 37-3-164]

(高炉建設差止・大気汚染規則等請求事件)文書提出命令→抗告：取消却下→特別抗告(不明)

被告の川崎製鉄が原告らの診療録の文書提出命令を申立て、医師が抗告したものの。

「民事訴訟法第三一二条第三号前段にいう挙証者の利益のために作成された文書とは、挙証者の法的地位を直接証明し、又は権利ないし権限を基礎付ける目的で作成されたものをいうと解すべきであり、また、挙証者の利益という場合の利益は、文書作成時において存在することを要し、かつ、直接的な利益でなければならないのである。立法論はとも角、民事訴訟法第三一二条第三号の解釈としては、このように限定せざるを得ない」「およそ医師が診療録を作成する目的は、診療の都度、受診者の病名及び主要症状並びにこれに対する治療方法（処方及び処置）を記載すべきことを義務付けている医師法第四条及び医師法施行規則第二三条から判断すると、受診者の状態と治療内容の経過を一定期間保存することにより、医師自身の診療における思考活動を補助し、医事行政上の監督の実を挙げさせ、もつて、診療行為の適正を期することにあると考えられるが、副次的には、患者自身又は患者と医師若しくは医療機関との間の権利義務に係る事実の証明をも目的とするものといえよう。これは、本件文書中の診療録以外のものについても、同様と考えられる。診療録がその記載内容の性質上患者、医師等診療行為の当事者以外の者の法律上の紛争において、その者の法的地位の証明に役立つ場合のあることは否定できないが、それは、結果として生ずることにすぎないのである。したがって、診療行為の当事者でない本件相手方にとつて、本件文書が、その法的地位を直接証明し、又はその権利ないし権限を基礎付ける目的で作成されたものといえないことは明らかである」

【福岡高決昭 52.7.13】診療録の利益文書性(製薬会社/肯定)[S52 ラ 65:高民 30-3-175]

損害請求(スモン薬害事件)文書提出命令却下→抗告：取消差戻し(第三者審尋のため)

「民事訴訟法第三一二条第三号前段にいう「挙証者の利益のため作成された」文書とは、挙証者の権利義務を発生させるために作成されたものや、また後日の証拠とするために作成されたものであつて、挙証者の地位や権利ないしは権限を明らかにする文書をいうのであるが、それは、挙証者のみの利益のために作成されたことに限られるものではなく、挙証者と所持人その他の者の共同の利益のために作成されたものでもよく、また、それが直接挙証者のために作成されたものはもちろん、間接に挙証者の利益を含むものであつてよいものと解すべき」「診療録は、医師が患者を診療した場合に、その病名、主要症状、治療方法（処方すなわち投薬の種類、量及び処置）等をその都度記入して作成したものであるが、医師法第四条、医師法施行規則二三条は医師に対し、医師が診療したときは、診療に関するこれら法定の事項を記載した診療録を作成すること並びにこれを五年間保存することを義務付けられているが、その目的とするところは、医師に対し患者の適正な診療を行わせることを目的として、医師にその診療の適正性を診療録の記載によつて証明させ、それによつて医務を行政的に取締つて行くという行政的目的を主目的とするものであることは明らかであるけれども、その目的は単にそれにとどまるものではなく、診療録は保険その他医療費請求の証拠資料となり、診療を受けた患者にとつても、患者自身の社会的権利義務の確定ないし確認、例えば出生、死亡時の確定や、各種の手当、年金等の請求その他の目的に使用される診断書、証明書等の作成に当つて、患者の健康状態を裏付けるに必要な資料となること、更にはそれが刑事裁判において重要な証拠資料となることが多いばかりか、民事の訴訟においても重要な証拠方法となることが多い等、社会的にも重要な役割をもつているので、それらの必要に資するための公益上の見地からも、診療録の作成保存が義務付けられているもの……民事訴訟に関していえば、一般的には、先ず当該患者と医師との間の医療過誤等の医療紛争が考えられるが、単にそれのみではなく、当該患者が一方の当事者となつた第三者との間の訴訟（交通事故のような場合）、医師と第三者との間の訴訟、当該医療行為の過程において関与した医師以外の医療関係者の当該医療に関して生じた紛争、当該診療過程において処方、投与された医薬品により生じたいわゆる「薬害訴訟」等も直接的ではないけれども、潜在的なものとして予想されるものであつて、これらも、前記診療録作成の動機、目的である公益の一部に含まれている……特に、医薬品により生ずる「薬害」は、当該診療行為の過程において処方、投与された医薬品より生じた「害悪」そのものであつて、当該診療行為に直接関係し、かつ診療行為を介在して生ずるものであり、そして右薬害を対象とする「薬害事件訴訟」は、近時とみに続発して一般化の傾向にあり、それはその性質上常に診療行為に潜在し、単に偶発的なものとはいえなくなつて

て、医療行政上も、診療過程において投薬された薬剤及びその投与量を診療録に明確にさせておくことは常に必要なものとし、これを診療録の必要的記載事項とした（医師法施行規則第二三条三号）ものと解される」

【大阪高決昭 53.6.20】診療録の利益文書性(製薬会社/肯定・スモン事件)[高民 31-2-199]

【東京高決昭 56.12.24】診療録の利益文書性(雇用主/肯定・労災有無)[下民 32-9~12-1612]

* 賃金台帳：使用者の賃金決定のために、労働者の賃金請求を基礎づけるためではない(多数)

←賃金の内容が法令等に照らし適正に算定されるのも目的ゆえ、労働者にとり利益文書

【大阪高決昭 40.9.28】賃金台帳の利益文書性(労働者/否定)[判時 434-41]

【福岡高決昭 48.2.1】賃金台帳の利益文書性(労働者/否定) [下民 24-1~4-74]

【大阪地決昭 47.11.30】賃金台帳の利益文書性(労働者/肯定)[労民 24-1・2-30]

* その他：拳証者たる特定人の具体的利益を保護する目的か否かで判断すべき

【東京高決昭 53.5.26】審議会議事録の利益文書性(否定)[下民 32-9~12-1284]

【東京高決昭 55.11.28】証券取引所売買申告書の利益文書性(否定)[下民 32-9~12-1356]

【東京高決昭 55.1.18】口述試験採点表の利益文書性(否定)[下民 32-9~12-1512]

・ 法律関係文書(§220:3 後半)：拳証者と文書所持者の間の法律関係につき作成された文書

三 文書が…(作成され、又は)…拳証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき

∴拳証者との法律関係に関する文書の情報につき、拳証者にも支配権能認められる(多数)

* 拳証者と相手方当事者の法律関係でなく、拳証者と文書所持者の法律関係である

* 範囲：法律関係自体の記載、構成要件たる事実、それを基礎づける事項の記載のある文書

【大判昭 7.10.24】商人間の掛売取引及びその商人引渡しを記録する判取帳[民集 11-1912]

【仙台高決昭 31.11.29】契約の義務履行に関して授受された印鑑証明書[下民 7-11-3460]

* 自己使用文書：法律文書にあたらぬ(通説・判例)

∴法文が作成時の動機に重点を置いており、自己使用文書は法律関係目的ではないから

←利益文書と比較すれば、主観的目的を重視しているとはいえない

←結局は法律関係文書の提出義務を一般義務化するもの

【最決平 12.3.30】内部文書の法律文書該当性(否定)[判時 1711-55]

(横浜教科書裁判控訴審での)教科書調査官の意見書の文書提出命令→許可抗告：破棄自判(却下)

「民訴法二二〇条三号後段の文書には、文書の所持者が専ら自己使用のために作成した内部文書は含まれない」

「本件文書五、六は……いずれも、検定審議会が、文部大臣の判断を補佐するため、本件申請図書に調査審議し、議決内容を建議するという所掌事務の遂行過程において、本件申請図書の判定内容の記録として(本件文書五)、また、議決した内容を文部大臣に報告する手段として(本件文書六)、文部省内部において使用されるために作成された文書である……これらの文書は、その作成について法令上何ら定めるところはなく、これらを作成するか否か、何をどの程度記載するかは、検定審議会に一任されており、また、申請者等の外部の者に交付するなど記載内容を公表することを予定しているとみるべき特段の根拠も存しない。以上のような文書の記載内容、性質、作成目的等に照らせば、本件文書五、六は、文部大臣が行う本件申請図書の検定申請の合否判定の意思を形成する過程において、諮問機関である検定審議会が、所掌事務の一環として、専ら文部省内部において使用されることを目的として作成した内部文書というべきである」→文書提出義務はない

【東京高決昭 53.11.21】空自事故調査報告書(自己使用文書性否定)[下民 32-9~12-1337]

【東京高決昭 57.2.4】空自事故調査報告書(自己使用文書性否定) [下民 32-9~12-1625]

【東京高決昭 53.11.21】空自事故調査報告書(自己使用かは不問)[判時 1082-60]

- ・ 1～3号による文書提出義務を免れる場合
 - * 旧法下：証言拒絶該当事由記載文書、自己使用文書は提出義務を否定する運用
 - * 現行法：4号文書に提出義務の例外を規定したが、1～3号は従前通りとされた
 - §196,197(証言拒否該当事由)の類推適用を認めるべき(但し、所持者に立証責任)

【最決平 16.2.20】公務員の職務上の秘密と法律関係文書[H15 許 48:判時 1862-154]

(漁協と組合員の補償金分配の争い)文書提出命令申立→却下/取消/破棄自判(抗告棄却)

漁業補償で県の交渉担当者が作成した資料につき、公務文書と認定した上、「本件文書が、上記のとおり、公務員の職務上の秘密に関する文書であって、その提出により公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるものに当たると解される以上、民訴法§191, §197-1:1 の各規定の趣旨に照らし、原告人は、本件文書の提出を拒むことができるものというべきであるから、民訴法§220:3 に基づく本件申立ても、その理由がないことは明らか(滝井補足) 公務文書の提出義務免除は「当該情報を秘匿することに、上記民事訴訟の目的を犠牲にしてもなお守らなければならない社会的価値がある場合でなければならない」本件では漁業補償の方式からして必要

- ・ 一般義務文書(§220:4)：文書一般についての提出義務。但し、立証事項との関連性が前提

- * 除外事由に該当すると提出義務がない
 - ・ 除外事由不存在の客観的証明責任：申立人にあるが、実際には所持者に立証の負担

四 前三号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき

イ 文書の所持者又は文書の所持者と第九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書

ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの

ハ 第九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書

ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）

ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書

- * 証言拒絶該当事由記載文書(イ、ハ)
- * 公務秘密文書で提出で公共の利益を害する場合等(ロ)
 - ・ 公務員の職務上の秘密（実質秘）にあたるか
 - ・ 提出による訴訟上の利益と害される公共の利益・公務遂行の支障の比較衡量

【最決平 17.7.22】外交文書(免責の余地)[民集 59-6-1888]

差戻し後、照会に用いた外交文書は却下、法務省から外務省への照会依頼資料はインカメラ審理の上提出命令。

【最決平 17.10.14 民集 59-8-2265】労災事故の災害調査復命書(命令の余地)[H17 許 11]

「民訴法 220 条 4 号ロにいう「その提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある」とは、単に文書の性格から公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずる抽象的なおそれがあることが認められるだけでは足りず、その文書の記載内容からみてそのおそれの存在することが具体的に認められることが必要である」(文書提出命令→変更/破棄差戻し)

【最決平 25.12.19】全国消費実態調査調査票(免責)[後掲 H25 許 6]

* 自己使用文書(二)

- ・ もっぱら所有者の利用に供する文書。拳証者等の第三者の利用を予定する場合は含まない
→法律関係文書での自己使用文書とは概念がやや異なりうる
- ・ 判断枠組：法令上の作成義務・第三者交付の予定の有無、内容：作成者の意思形成過程の記録（会議メモ等）か客観的事実の記録（事故調査等）か、拳証者との公平に反しないか

【最決平 11.11.12】銀行の貸出稟議書の自己使用文書性(免責)[H11 許 2:民集 53-8-1787]

[富士銀行文書提出命令申立事件]文書提出命令申立→命令／破棄自判(却下)（銀行から6.5億円を借りて株式等の取引をして損失を受け、銀行の安全配慮義務違反を主張して損害請求した事件）

「ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、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って、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、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と認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は民訴法二二〇条四号八所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たる」「右に述べた文書作成の目的や記載内容等からすると、銀行の貸出稟議書は、銀行内部において、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当たって作成されるという文書の性質上、忌たんのない評価や意見も記載されることが予定されている……貸出稟議書は、専ら銀行内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書であって、開示されると銀行内部における自由な意見の表明に支障を来し銀行の自由な意思形成が阻害されるおそれがあるものとして、特段の事情がない限り、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たる……本件文書は、前記のとおり、右のような貸出稟議書及びこれと一体を成す本部認可書であり、本件において特段の事情の存在はうかがわれないから、いずれも「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるといふべきであり、本件文書につき、原告人に対し民訴法二二〇条四号に基づく提出義務を認めることはできない」「本件文書が、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たると解される以上、民訴法二二〇条三号後段の文書に該当しないことはいうまでもない」

【最決平 12.12.14 民集 54-9-2709】信金の会員代表訴訟での特段の事情(免責)[H11 許 35]

文書提出命令申立→却下／取消／破棄自判(抗告棄却)（信金の会員代表訴訟、貸出稟議書）。

「信用金庫の貸出稟議書は、特段の事情がない限り、民訴法二二〇条四号八所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たると解すべきであり（最判平 11.11.12 参照）、右にいう特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つ場合をいう」「信用金庫の会員は……会計の帳簿・書類の閲覧又は謄写を求めることはできないのであり、会員に対する信用金庫の書類の開示範囲は限定されている……信用金庫の会員は、所定の要件を満たし所定の手続を経たときは、会員代表訴訟を提起することができるが（法三九条、商法二六七条）、会員代表訴訟は、会員が会員としての地位に基づいて理事の信用金庫に対する責任を追及することを許容するものにすぎず、会員として閲覧、謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないから、会員代表訴訟を提起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない。そうすると、会員代表訴訟において会員から信用金庫の所持する貸出稟議書につき文書提出命令の申立てがされたからといって、特段の事情があるということとはできない……本件各文書は、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるといふべきであり、本件各文書につき、原告人に対し民訴法二二〇条四号に基づく提出義務を認めることはできない」ゆえに3号も非該当

（町田反対）「貸出稟議書は貸出しに係る意思形成過程において重要な役割を果たすとともに、当該組織体内において、後に当該貸出しの適否が問題となり、その責任が問われる場合には、それを検証する基本的資料として

利用されることが予定されている」から、特段の事情にあたる

【最決平 13.12.7 民集 55-7-1411】破綻信金の清算処理での特段の事情(義務)[H13 許 15]

破綻した信金の営業譲受人(抗告人)による貸金返還請求で、返済を妨害されたと主張する借主が貸出稟議書の文書提出命令を申立てたもの(文書提出命令→抗告棄却→許可抗告棄却)

「(1) 本件文書の所持者である抗告人は……預金保険機構から委託を受け、同機構に代わって、破たんした金融機関等からその資産を買取り、その管理及び処分を行うことを主な業務とする株式会社である。(2) 抗告人は、木津信の経営が破たんしたため、その営業の全部を譲り受けたことに伴い、木津信の貸付債権等に係る本件文書を所持するに至った。(3) 本件文書の作成者である木津信は、営業の全部を抗告人に譲り渡し、清算中であって、将来においても、貸付業務等を自ら行うことはない。(4) 抗告人は、前記のとおり、法律の規定に基づいて木津信の貸し付けた債権等の回収に当たっているものであって、本件文書の提出を命じられることにより、抗告人において、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は考えられない。」「上記の事実関係等の下では、本件文書につき、上記の特段の事情があることを肯定すべき……このような結論を採ることによって、現に営業活動をしている金融機関において、作成時には専ら内部の利用に供する目的で作成された貸出稟議書が、いったん経営が破たんして抗告人による回収が行われることになったときには、開示される可能性があることを危ぐして、その文書による自由な意見の表明を控えたり、自由な意思形成が阻害されたりするおそれがないか、という点が問題となり得る。しかし、このような危ぐに基づく影響は、上記の結論を左右するに足りる程のものとは考えられない」

【最判平 16.11.26】破綻損保の調査委報告書(義務)[H16 許 14:民集 58-8-2393]

生保会社 X が損保会社 Y に、虚偽の会計情報で基金拠出させられたとして損害請求したもの。Y の経営破たん後、金融庁長官の命で設置された調査委員会の作成した調査報告書の文書提出命令(一部認容/棄却)

「本件文書は、本件調査委員会が上記調査の結果を記載して本件保険管理人に提出したものであり、法令上の根拠を有する命令に基づく調査の結果を記載した文書であって、専ら抗告人の内部で利用するために作成されたものではない。また、本件文書は、調査の目的からみて、抗告人の旧役員等の経営責任とは無関係な個人のプライバシー等に関する事項が記載されるものではない」「保険管理人は、保険業の公共性にかんがみ、保険契約者等の保護という公益のためにその職務を行うものであるということが出来る。また、本件調査委員会は、本件保険管理人が、金融監督庁長官の上記命令に基づいて設置したものであり、保険契約者等の保護という公益のために調査を行うものということが出来る」「以上の点に照らすと、本件文書は、民訴法 220 条 4 号 2 所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」には当たらない」「民訴法 §197-1:2 所定の「黙秘すべきもの」とは、一般に知られていない事実のうち、弁護士等に事務を行うこと等を依頼した本人が、これを秘匿することについて、単に主観的利益だけではなく、客観的にみて保護に値するような利益を有するものをいう……前記のとおり、本件文書は、法令上の根拠を有する命令に基づく調査の結果を記載した文書であり、抗告人の旧役員等の経営責任とは無関係なプライバシー等に関する事項が記載されるものではないこと、本件文書の作成を命じ、その提出を受けた本件保険管理人は公益のためにその職務を行い、本件文書を作成した本件調査委員会も公益のために調査を行うものであること、本件調査委員会に加わった弁護士及び公認会計士は、その委員として公益のための調査に加わったにすぎないことにかんがみると、本件文書に記載されている事実は、客観的にみてこれを秘匿することについて保護に値するような利益を有するものとはいえず、同号所定の「黙秘すべきもの」には当たらない」

【最決平 18.2.17】社内通達文書(義務)[H17 許 39:民集 60-2-496]

文書提出命令申立→命令/棄却/棄却(融資一体型変額保険に係る融資契約に基づく旧債務に係る準消費貸借契約についての貸金返還請求、原告が保険加入を勧誘していた証拠として被告が社内通達文書を請求)

「本件各文書は、いずれも銀行である抗告人の営業関連部、個人金融部等の本部の担当部署から、各営業店長等にあてて発出されたいわゆる社内通達文書であって、その内容は、変額一時払終身保険に対する融資案件を推進するとの一般的な業務遂行上の指針を示し、あるいは、客観的な業務結果報告を記載したものであり、取引先の

顧客の信用情報や原告人の高度なノウハウに関する記載は含まれておらず、その作成目的は、上記の業務遂行上の指針等を原告人の各営業店長等に周知伝達することにある……このような文書の作成目的や記載内容等からすると、本件各文書は、基本的には原告人の内部の者の利用に供する目的で作成されたもの……しかしながら、本件各文書は、原告人の業務の執行に関する意思決定の内容等をその各営業店長等に周知伝達するために作成され、法人内部で組織的に用いられる社内通達文書であって、原告人の内部の意思が形成される過程で作成される文書ではなく、その開示により直ちに原告人の自由な意思形成が阻害される性質のものではない。さらに、本件各文書は、個人のプライバシーに関する情報や原告人の営業秘密に関する事項が記載されているものでもない。そうすると、本件各文書が開示されることにより個人のプライバシーが侵害されたり原告人の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって原告人に看過し難い不利益が生ずるおそれがあるということとはできない]
「本件各文書は、民訴法220条4号二所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」には当たらない」

【最決平 19.8.23】 介護サービス業者のチェックリスト(義務)[判時 1985-63]

【最決平 19.11.30】 自己査定文書(義務) [H19 許 5:民集 61-8-3186]

【最決平 20.11.25】 自己査定文書(義務) [H20 許 18:民集 62-10-2507]

文書提出命令申立→命令→取消却下→破棄差戻し→差戻抗告：変更(一部提出)→差戻許可抗告：棄却

Aの取引先XがAのメインバンクYがAを全面的に支援すると偽って取引を継続させたとして不法行為損害請求をし、債権査定のための自己査定文書の文書提出命令申立をしたもの

○第1次許可抗告審「相手方は、法令により資産査定が義務付けられているところ、本件文書は、相手方が、融資先であるAについて、前記検査マニュアルに沿って、同社に対して有する債権の資産査定を行う前提となる債務者区分を行うために作成し、事後的検証に備える目的もあって保存した資料であり、このことからすると、本件文書は、前記資産査定のために必要な資料であり、監督官庁による資産査定に関する前記検査において、資産査定の正確性を裏付ける資料として必要とされているものであるから、相手方自身による利用にとどまらず、相手方以外の者による利用が予定されているものということが出来る。そうすると、本件文書は、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ということとはできず、民訴法220条4号二所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないというべきである」

○第2次抗告審：インカメラ審理(§223-6)をして変更判決

○第2次許可抗告審「文書提出命令の対象文書に職業の秘密に当たる情報が記載されていても、所持者が民訴法220条4号八、197条1項3号に基づき文書の提出を拒絶することができるのは、対象文書に記載された職業の秘密が保護に値する秘密に当たる場合に限られ、当該情報が保護に値する秘密であるかどうかは、その情報の内容、性質、その情報が開示されることにより所持者に与える不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、当該民事事件の証拠として当該文書を必要とする程度等の諸事情を比較衡量して決すべきものである(最決平 18.10.3 参照)」「一般に、金融機関が顧客の財務状況、業務状況等について分析、評価した情報は、これが開示されれば当該顧客が重大な不利益を被り、当該顧客の金融機関に対する信頼が損なわれるなど金融機関の業務に深刻な影響を与え、以後その遂行が困難になるものといえるから、金融機関の職業の秘密に当たると解され、本件分析評価情報も原告人の職業の秘密に当たる……本件分析評価情報は、前記のとおり民事再生手続開始決定前の財務状況、業務状況等に関するものであるから、これが開示されてもAが受ける不利益は小さく、原告人の業務に対する影響も通常は軽微なものであると考えられる。一方、本案訴訟は必ずしも軽微な事件であるとはいえず、また、本件文書は、原告人と相手方らとの間の紛争発生以前に作成されたもので、しかも、監督官庁の事後的検証に備える目的もあって保存されたものであるから、本件分析評価情報部分は、Aの経営状態に対する原告人の率直かつ正確な認識が記載されているものと考えられ、本案訴訟の争点を立証する書証としての証拠価値は高く、これに代わる中立的・客観的な証拠の存在はうかがわれない。そうすると、本件分析評価情報は、原告人の職業の秘密には当たるが、保護に値する秘密には当たらないというべきであり、原告人は、本件分析評価情報部分の提出を拒絶することはできない」

【最決平 17.11.10】政調費調査研究報告書(免責)[H17 行フ 2:民集 59-9-2503]

[政務調査費調査研究報告書文書提出命令事件]不当利得返還請求での文書提出命令申立→却下/棄却/棄却

「本件要綱の定めによれば、調査研究報告書は」会派に提出するだけで議長や市長に提出せず「この趣旨は、議会において独立性を有する団体として自主的に活動すべき会派の性質及び役割を前提として、調査研究報告書の各会派内部における活用と政務調査費の適正な使用についての各会派の自律とを促すとともに、調査研究報告書には会派及び議員の活動の根幹にかかわる調査研究の内容が記載されるものであることに照らし、議員の調査研究に対する執行機関等からの干渉を防止するということにある」「このような本件条例及び本件要綱の定め並びにそれらの趣旨からすると、調査研究報告書は、専ら、その提出を受けた各会派の内部にとどめて利用すべき文書とされているものというべき」「調査研究報告書が開示された場合には、所持者である会派及びそれに所属する議員の調査研究が執行機関、他の会派等の干渉等によって阻害されるおそれがあるものというべきである。加えて、調査研究に協力するなどした第三者の氏名、意見等が調査研究報告書に記載されている場合には、これが開示されると、調査研究への協力が得られにくくなって以後の調査研究に支障が生ずるばかりか、その第三者のプライバシーが侵害されるなどのおそれもある」「そうすると、本件各文書の開示によって相手方各自の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる……前記の特段の事情のうかがわれない本件各文書は、民訴法 2 2 0 条 4 号二所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるといふべきである」

(横尾反対) 調査研究報告書は法令の定めで作成が義務付けられ、また外部者たる議長の検査対象である

【最決平 22.4.12 判時 2078-3】政調費調査研究報告書(免責)

【最決平 23.10.11 判時 2136-9】弁護士会綱紀委員会議事録(免責)

【最決平 25.12.19】国立大学法人の文書への§220:4 括弧書き適用(義務)[H25 許 6]

「国立大学法人は、国立大学を設置することを目的として設立される法人であるところ(国立大学法人法 2 条 1 項)」業務運営等での国の関与、みなし公務員、情報についての行政機関同様の扱いなど「を考慮すれば、国立大学法人は、民訴法 2 2 0 条 4 号二の「国又は地方公共団体」に準ずる……国立大学法人が所持し、その役員又は職員が組織的に用いる文書についての文書提出命令の申立てには、民訴法 2 2 0 条 4 号二括弧書き部分が類推適用される」「国立大学法人の役員及び職員の地位等に関する国立大学法人法の規定に照らすと、民訴法 2 2 0 条 4 号口にいう「公務員」には上記役員及び職員も含まれる」(文書提出命令申立→一部命令/棄却)

* 刑事訴訟記録等(木)

【最決平 16.5.25 民集 58-5-1135】刑事訴訟記録等(免責)[H15 許 40]

故意事故による保険金詐取事件で保険会社が損賠請求したもの、被告が公判に提出されなかった供述調書の文書提出命令を 2, 3 号該当として申立て(却下/取消/破棄自判(抗告棄却))

「刑訴法 4 7 条は、その本文において、「訴訟に関する書類は、公判の開廷前には、これを公にしてはならない」と定め、そのただし書において、「公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合は、この限りでない」と定めている。同条所定の「訴訟に関する書類」には、本件各文書のように、捜査段階で作成された供述調書で公判に提出されなかったものも含まれる……同条本文が「訴訟に関する書類」を公にすることを原則として禁止しているのは、それが公にされることにより、被告人、被疑者及び関係者の名誉、プライバシーが侵害されたり、公序良俗が害されることになったり、又は捜査、刑事裁判が不当な影響を受けたりするなどの弊害が発生するのを防止することを目的とするものであること、同条ただし書が、公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合における例外的な開示を認めていることにかんがみると、同条ただし書の規定による「訴訟に関する書類」を公にすることを相当と認めることができるか否かの判断は、当該「訴訟に関する書類」を公にする目的、必要性の有無、程度、公にすることによる被告人、被疑者及び関係者の名誉、プライバシーの侵害等の上記の弊害発生のおそれの有無等諸般の事情を総合的に考慮してされるべきものであり、当該「訴訟に関する書類」を保管する者の合理的な裁量にゆだねられている……民事訴訟の当事者が、民訴法 2 2 0 条 3 号後段の

規定に基づき、刑訴法47条所定の「訴訟に関する書類」に該当する文書の提出を求める場合においても、当該文書の保管者の上記裁量的判断は尊重されるべきであるが、当該文書が法律関係文書に該当する場合であって、その保管者が提出を拒否したことが、民事訴訟における当該文書を取り調べる必要性の有無、程度、当該文書が開示されることによる上記の弊害発生のおそれの有無等の諸般の事情に照らし、その裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するものであると認められるときは、裁判所は、当該文書の提出を命ずることができる」本件では裁量権逸脱・濫用はないので、提出を拒みうる

【最決平 17.7.22】 搜索差押令状請求書(免責)・許可状(義務)[H17 許 4:民集 59-6-1837]

[千葉県議会議員宅放火事件]搜索された原告から東京都への国賠請求で、搜索差押令状請求書(3号後段)、同許可状(3号後段・1号)の文書提出命令申立→一部認容/変更(全部認容)/一部破棄自判(請求書)、他棄却(許可状)
「本件各許可状は、これによって相手方が有する「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」(憲法35条1項)を制約して、 原告人(警視庁)所属の警察官に相手方らの住居等を搜索し、その所有物を差し押さえる権限を付与し、相手方にこれを受忍させるという原告人と相手方らとの間の法律関係を生じさせる文書であり、また、本件各請求書は、本件各許可状の発付を求めるために法律上作成を要することとされている文書である(刑訴法218条3項、刑訴規則155条1項)から、いずれも法律関係文書に該当する」刑訴47・最決平16.5.25を引用し、「本件本案事件において本件各搜索差押えが違法であることを基礎付ける事実として相手方が主張している事実は上記(1)のとおりであり、本件各請求書及び本件各許可状は、上記相手方らの主張の立証のために不可欠な証拠とはいえないが、本件各搜索差押えが刑訴法及び刑訴規則の規定に従って執行されたことを明らかにする客観的な証拠であり、本件各搜索差押えの執行に手続違背があったか否かを判断するために、その取調べの必要性が認められるというべき」「本件各許可状には、相手方以外の者の名誉、プライバシーを侵害する記載があることはうかがわれないし、本件各許可状は、本件各搜索差押えの執行に当たって相手方側に呈示されており(刑訴法222条1項、110条)、相手方らに対して秘匿されるべき性質のものではないから、本件各許可状が開示されたからといって、今後の捜査、公判に悪影響が生ずるとは考え難い。したがって、本件各許可状の提出を拒否した原告人の判断は、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものというべき」「搜索差押令状請求書は、搜索差押許可状とは異なり、処分を受ける者への呈示は予定されていない上、犯罪事実の要旨や夜間執行事由等が記載されていて、一般に、これらの中には、犯行態様等捜査の秘密にかかわる事項や被疑者、被害者その他の者のプライバシーに属する事項が含まれていることが少なくない」本件では捜査継続中かつ組織的犯行ゆえ、捜査上の秘密・被害者等のプライバシーのある蓋然性も高く、「本件各被疑事件の今後の捜査及び公判に悪影響が生じたり、関係者のプライバシーが侵害されたりする具体的なおそれがいまだ存するものというべきであって、これらを証拠として取り調べる必要性を考慮しても、開示による弊害が大きい……本件各請求書の提出を拒否した原告人の判断が、その裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものということとはできない」

【最決平 19.12.12】 勾留請求資料の告訴状等[民集 61-9-3400]

強姦で勾留された被疑者 X1 及び X1 代取の会社 X2 による、勾留を違法とする国賠請求で、勾留請求の資料として裁判官に提供された告訴状・被害者の供述調書等の文書提出命令申立(勾留は準告取消)→命令/変更(他の資料の一部却下)/一部破棄自判(X2 との関係で告訴状等却下、X1 との関係では命令維持)

「本件勾留状は、これによって相手方 X2 の身体の自由を制約して、同相手方にこれを受忍させるという原告人と同相手方との間の法律関係を生じさせる文書であり、また、本件勾留請求に係る勾留請求書は、本件勾留状の発付を求めるために、刑訴規則147条により、作成を要することとされている文書であるから、いずれも原告人と同相手方との間の法律関係文書に該当する…(最判平 17.7.22 参照) …本件各文書は、本件勾留請求に当たって、刑訴規則148条1項3号所定の資料として、検察官が裁判官に提供したものであるから、本件各文書もまた原告人と相手方 X2 との間の法律関係文書に該当する……相手方会社に対する関係においては、本件勾留状は、相手方会社の権利等を制約したり、相手方会社にこれを受忍させるというものではないから、原告人と相

手方会社との間の法律関係を生じさせる文書であるとはいえず、本件勾留請求に当たって裁判官に提供された本件各文書も原告人と相手方会社との間の法律関係文書に該当するとはいえない。したがって、相手方会社との関係においては、本件各文書の文書提出命令の申立ては、その余の点につき判断するまでもなく理由がない」
刑訴 47 該当だが、最決平 16.5.25、同 17.7.22 を引用し、①勾留請求が準原告審で取り消されており「原告人において、その取消しが本件勾留請求後の事情に基づくものであるとの主張立証はしていないのであるから、本件勾留請求時に、同相手方には罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由が存在しなかった可能性がある」から取調べの必要がある、②強姦被害者は損害請求を提起しており（のち請求を放棄）、すでに陳述書も提出されているため「本件の具体的な事実関係の下では、本件本案訴訟において本件各文書が開示されることによって、A の名誉、プライバシーが侵害されることによる弊害が発生するおそれがあると認めることはできない」③本件はすでに不起訴処分となっており、すでに陳述書も提出されているから「本件の具体的な事実関係の下では、本件本案訴訟において本件各文書が開示されることによって、本件被疑事件はもちろん、同種の事件の捜査や公判に及ぼす不当な影響等の弊害が発生するおそれがあると認めることはできない」ゆえに「上記の諸般の事情に照らすと、本件各文書の提出を拒否した原告人の判断は、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用する」
（古田補足）「当該文書の取調べの必要性の有無、程度は、本案訴訟の具体的な争点との関係で判断されるべき」
許可抗告事由以外の点でも原審には若干怪しいところがある。

・ あ

第7款 証拠保全

1. 証拠保全の意義を理解し、手続の概要を説明することができる。

- ・ 意義(§234)：訴訟において証拠調べの対象となることが予定される証拠方法について、その証拠調べが不可能・困難になるおそれがある場合に、証拠資料を保全するため予め行う証拠調べ
例：証人の予想される死期・外国移住、検証物の変質のおそれ…証拠方法の客観的性質による
文書の改竄・破棄のおそれ（医療過誤訴訟での診療録）…所持人の主観的事情による

* 改ざんのおそれの疎明の程度：所持者が不利な文書を所持しているだけでは足りない

- ・ 具体的事情が必要(通説) ← 経験則上改竄が容易+改竄の蓋然性ありで足りる

【広島地決昭 61.11.21】診療録の証拠保全の要件判断[S61 ソ 11:判時 1224-76]

証拠保全申立→却下→抗告：取消・検証決定（診療録の改竄のおそれ）

「人は、自己に不利な記載を含む重要証拠を自ら有する場合に、これを任意にそのまま提出することを欲しないのが通常であるからといった抽象的な改ざんのおそれでは足りず、当該医師に改ざんの前歴があるとか、当該医師が、患者側から診療上の問題点について説明を求められたにもかかわらず相当な理由なくこれを拒絶したとか、或いは前後矛盾ないし虚偽の説明をしたとか、その他ことさらに不誠実又は責任回避的な態度に終始したことなど、具体的な改ざんのおそれを一応推認させるに足る事実を疎明することを要する」（不誠実な対応、看護師から退院を進められるが病院が許可しなかったという2つの事実から）「相手方らは、原告人の家族から診療上の問題点について説明を求められたのに相当な理由なくこれを拒絶し、不誠実かつ責任回避的な態度に終始しており、右によれば、相手方らが原告人に関する診療録等を改ざんするおそれがあると一応推認することができるから、証拠保全の事由について疎明があったものといえる」

・ 訴え提起前における証拠保全

* 管轄(§235-2)：対象者の居所、検証物の所在地の管轄地裁又は簡裁

* 手続

- ・ 申立(相手方,立証事実,証拠,証拠保全の事由を記載した書面、事由は疎明必要:則 153)

→提起前に限り、相手方を指定しなくても可能。特別代理人を選任する(§236)

- ・ 裁判所の証拠保全決定(→不服申立不可:§238)・申立却下決定(→抗告可能:§328)

∴証拠保全決定がなされても、相手方に法律上の不利益はないから

- ・ 証拠保全決定は証拠決定を兼ねる、所持人提出拒絶の場合は別に文書提出命令申立等が必要

- ・ 証拠調べの期日の呼び出し(§240)：申立人・相手方を呼び出す、急速を要する場合は不要

- ・ 証拠の活用：記録が送付され(則 154)、口頭弁論に当事者・裁判所が提出する

→証拠調べの結果がそのまま証拠資料となり、調書が書証となるわけではない

→口頭弁論における再尋問(§242)：当事者の申出があった場合は再尋問する

- ・ 証拠保全の費用：訴訟費用となる(§241)

・ 訴え提起後における証拠保全

* 管轄(§235-1)：証拠を使用すべき審級の裁判所(口頭弁論開始～終結の間は受訴裁判所)

- ・ 急迫時は対象の居所・所在地の所轄地裁・簡裁も可(#3)、受命裁判官による場合(§239)

* 手続：職権による証拠保全も可能(§237)

- ・ その他の証拠収集方法：弁護士法 23/2(報告の請求)

2. 提訴予告通知制度の意義及びその手続の概要について条文を参照して説明することができる。
- ・ 提訴予告通知制度・予告通知者等照会(§132/2-1,則 52/2)
 - * 予告通知者の照会権(§132/2-1)：訴え提起の予告通知をすると発生
 - ・ 被予告通知者の照会権(§132/3)：答弁の要旨を記載した書面で返答すれば照会権発生
 - ・ 対象：当事者照会の除外事項、プライバシー・営業秘密(承諾がないとき:#2)は除外
∴後者は訴訟前のため、証言拒絶より広く認める
 - ・ 訴え提起の予定の有無・予定時期の通知(則 52/8)：4月経過 or 被予告通知者の請求
 - §132/2-1 本文略 訴えを提起しようとする者が訴えの被告となるべき者に対し訴えの提起を予告する通知を書面でした場合には、その予告通知をした者は、その予告通知を受けた者に対し、その予告通知をした日から四月以内に限り、訴えの提起前に、訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するために必要であることが明らかな事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をすることができる
 - #3 予告通知の書面には、提起しようとする訴えに係る請求の要旨及び紛争の要点を記載しなければならない
 - * 回答の方法：書面で、できる限り質問に対応して具体的にする(則 52/4-4)
 - ・ 回答しない場合は回答義務免除事由を挙げる必要がある(則 52/4-3)
 - * 正当な理由のない回答拒絶：制裁はないが、訴訟で心証に不利・弁護士倫理違反のおそれ
 - ・ 訴え提起前における証拠収集の処分
 - * 裁判所は文書送付囑託・調査囑託・専門的意見陳述囑託・現況調査ができる(§132/4)
 - ・ 実質的要件：証拠としての明白な必要性+申立人自らの収集が困難+不相当性の不存在
 - ・ 手続的要件：申立+相手方の意見聴取+予告通知から4月以内(例外あり:#2)
←不服申立て禁止(§132/8) ∴手続を複雑にしないため

第6章 訴訟の終了

第1節 裁判

第1款 裁判

1. 裁判の意義について、その種類及び裁判機関との関係に留意しながら説明することができる。
 - ・ 意義：裁判機関がその判断又は意思を法定の形式にしたがって外界に表示する行為
 - ・ 性質：裁判機関の訴訟行為であって、一定の法律行為の発生を目的とする意思表示
2. 裁判の自己拘束力の概念を理解し、裁判の種類によるその相違について説明することができる。
 - ・ 裁判所は、いったんした裁判を自ら変更・取消しできなくなること
 - * 判決では法令違反・明白な誤りを除き変更できない ⇔ 決定・命令では取消しが可能
 - ・ 判決の場合：法令違反を理由とする変更(§256)、明白な誤りを理由とする更正(§256)のみ可能
 - ・ 決定・命令の場合：判決に準ずるから自縛力が認められる(§122)
←但し、緩やか：訴訟指揮に関する裁判の取消し(§120)、再度の考案(§333)
[§120 訴訟の指揮に関する決定及び命令は、いつでも取り消すことができる](#)
[§333 原裁判をした裁判所又は裁判長は、抗告を理由があると認めるときは、その裁判を更正しなければならない](#)
3. 決定について理解し、その成立手続及び不服申立ての概要を説明することができる。命令の意義を理解している。
 - ・ 種類
 - * 判決：基本的な形式、裁判所がする裁判
 - * 決定：裁判所がする裁判、差押命令(民執 143)や仮処分命令(民保 23)などは“決定”
 - * 命令：裁判長・受命裁判官・受託裁判官による裁判
 - ・ 決定及び命令の形式等
 - * 性質に反しない限り、判決の規定を準用するが(§122)、判決より緩やか(§119,123 など)
[§122 決定及び命令には、その性質に反しない限り、判決に関する規定を準用する](#)
 - * 対象事項：訴訟手続についての中間的・付随的な争い ⇔ 判決は訴えの判断対象
 - * 審理形式：任意的口頭弁論(§87-1 但) ⇔ 判決は必要的口頭弁論の原則(§87-1 本文)
 - * 告知方法：相当と認める方法でよい(§119) ⇔ 判決は言渡し(§250)
 - * 裁判書：調書記載で代替可(則 67-1:7)、記名押印で足りる(則 50-1)
⇔判決：判決書の作成が原則、署名押印必要(§252~254,則 157)
 - * 自縛力：訴訟指揮に関する裁判はいつでも取消し可能(§120)・抗告時の再度の考案(§333)
⇔判決：判決の更正・変更による(§257,256)
 - * 不服申立：抗告・再抗告による ⇔ 判決：控訴・上告による
 - * 判事補：判事補単独での裁判可能(§123) ⇔ 未特例判事補は単独では不可

第2款 判決

1. 判決の種類を様々な観点から分類し、民事訴訟におけるそれぞれの役割の概要を説明することができる。
 - ・ 終局判決
 - * 判断内容：訴訟判決－訴え却下／訴訟終了
 本案判決－請求認容(給付・確認・形成判決)／請求棄却
 - * 審判範囲：全部判決／一部判決／追加判決
 - ・ 中間判決
2. 一部判決について理解し、一部判決が許されない場合について具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 全部判決：1つの訴訟手続で審判を求められている請求の全部を同時に完結させる終局判決
→当該審級の手続全体が終了する
 - ・ 一部判決：その一部についてなされる判決 ∴ 迅速な訴訟の進行
→残部の請求についての審理が続行される（その審判を結末判決／残部判決という）
→独立して上訴が可能
 - * 一部判決をするための要件(§243-2)：訴訟の一部が裁判をするのに熟したとき
[§243-2](#) 裁判所は、訴訟の一部が裁判をするのに熟したときは、その一部について終局判決をすることができる
 - ・ 対象：客観的併合、数個の訴訟で弁論の併合がされた場合・本訴と反訴(§243-3)
 - * 一部判決が許されない場合
=訴訟の一部について、残部と切り離すと裁判所が終局的判断を形成できない場合
→弁論の分離が前提(請求が主観的・客観的併合の関係にあり、相互に可分であること)
 - ・ 一部判決をしたとき → 瑕疵ある全部判決として、上訴で是正する
 - ・ 客観的併合の場合：単純併合なら原則として可能
←基本となる法律関係が共通・相互の法律関係の間に先決関係がある場合はできない
∴ 弁論の分離＋一部判決によって判断の矛盾・抵触のおそれがあるから
例：所有権に基づく明渡請求と所有権侵害による損害請求、元本請求と利息請求など
←予備的併合ではできない ∴ 請求相互間の条件関係無視する結果になるから
 - ・ 共同訴訟：通常共同訴訟では許されるが、同時審判申出共同訴訟では許されない(§41-1)
 - ・ 1個の請求の一部の一部判決：訴訟物が同一で、判断の矛盾・抵触回避より許されない
←数カ月の割賦金の支払請求などでは許されるのではないか
←各期ごとの弁済等で個別に消滅しうるなら、そもそも別個の権利関係と解するべき
3. 裁判の脱漏について理解し、裁判の脱漏があった場合の処理方法について条文を参照して説明することができる。
 - ・ 裁判の脱漏：裁判所が1つの訴訟で数個の請求についての審判を求められているのに、全部判決として行った判決が、実は一部判決であったことが判明した場合(請求についての判断の脱落)
⇔判断の遺脱(§338-1:9)：攻撃防御方法についての判断の脱落

⇔判決理由中に判断を示しながら、主文中に結論が掲げられない場合

→脱漏ではなく、更正決定(§257)で訂正する

【広島高判昭 38.7.4 高民 16-5-409】 同旨

・脱漏が生じうる場合

【最判昭 30.7.5 民集 9-9-1012】 一部の請求についての訴えの取下げが無効であった場合

【最判昭 31.12.20 民集 10-12-1573】 同様の事例

・裁判の脱漏の処理(§258)

* その請求の部分につき、なお脱漏した裁判所に係属する(#1)

→裁判所はそれらの請求につき判決(追加判決)をなす義務を負う

※すでに弁論は終結されているから、弁論を再開するか、判決言い渡し期日を指定する

・当事者は申立てによって裁判所の職権発動を促すことができる

・追加判決への不服申立て：脱漏判決とは別の判決ゆえ、独立して上訴の対象となる

* 訴訟費用の裁判の脱漏(#2~4)：申立て又は職権により裁判をする(形式：決定)

4. 訴訟判決と本案判決の関係について理解し、それぞれの種類を挙げることができる。

・訴訟判決：訴訟要件・上訴要件の欠缺を理由として、訴え・上訴を却下する判決

* 既判力：訴訟物には生じないが、訴訟要件等の欠缺が確定する

※訴え取下げ・訴訟上の和解に伴う訴訟終了宣言判決も訴訟判決の一種

・本案判決：訴訟物についての裁判所の判断を内容とする判決

* 請求棄却判決(原告の請求を否定するもの) → すべて確認判決

* 一部認容・一部棄却判決

* 請求認容判決(原告の請求を認めるもの)

・請求の内容に応じ、給付判決・確認判決・形成判決がある

※民訴法 67-2,258-4,260 では、事件の基本となる裁判を意味する

(訴訟費用の裁判や仮執行宣言の対義語として用いる)

5. 中間判決と終局判決の関係について理解し、中間判決の種類・内容・効力について説明することができる。

・中間判決と終局判決の関係：当該審級の審理を終了させる効果を持つか否か

* 意義：受訴裁判所が中間の争いについてする、当該審級の審理を終了する効果はない

* 目的：中間の争いに判断を示し、審理の整序・終局判決の判断を準備する

→中間判決そのものは確認判決(対象事項の存否の判断)

→中間判決をする前は弁論の制限(§152-1)をして審理事項を絞る

* 性質：裁判所の訴訟指揮権行使ゆえ、当事者の申立権はない

・対象

§245 裁判所は、独立した攻撃又は防御の方法その他中間の争いについて、裁判をするのに熟したときは、中間判決をすることができる。請求の原因及び数額について争いがある場合におけるその原因についても、同様とする

* 独立した攻撃又は防御の方法

- ・ 意義：他の攻撃防御方法と独立に、権利関係・法律効果を基礎づけるもの
 - ・ 例：売買や取得時効／弁済や相殺などの所有権取得原因／債務消滅原因たる事実
 - ←不法行為損害の過失の事実は含まない ∴他の要件事実とあいまって法律効果を生ずる
 - ←これを判断すると直ちに訴訟物についての結論を導くなら、終局判決をする
 - ←法規の解釈などの法律問題も含まない ∴裁判所の判断を中間判決で拘束しない方がよい
 - * 中間の争い
 - ・ 意義：当該事項が訴訟係属の存否に関わる場合など
 - ・ 例：訴訟要件の存否、訴え取下げ・訴訟上の和解の効力など(→内容によっては却下判決等)
 - * 請求の原因及び数額について争いがある場合におけるその原因
 - ・ 請求の原因：実体法上の請求権の存否に関わる事実であって、数額を除いたもの
 - 請求権の発生原因事実や消滅に関する事実、内容変動の事実等(≠訴状記載の請求の原因)
 - ∴原因がないとなると、数額について争ってもムダになるから
 - ・ 原因判決：原因の存在を認める中間判決 (⇔原因不存在なら棄却の終局判決)
 - ・ 争いあり：相殺の抗弁 ← 自働債権不存在・相殺適状にないとの中間判決のみ可能
 - ∴請求権の消滅原因だが、受働債権の数額が確定しないと、相殺の効果も確定しないから
 - ・ 効力
 - * 既判力など、確定判決の効力はない ⇔ 当該裁判所に対する自己拘束力はある
 - 裁判所は中間判決の主文の判断を前提に終局判決をする
 - 当事者も中間判決の基礎たる口頭弁論終結前の攻撃防御方法で中間判決の判断は争えない
 - 【大判昭 8.12.15 法学 3-5-563】理由中の判断は拘束力を持たない**
 - * 中間判決に対する独立の上訴はできない(終局判決に対する上訴中で争う：§283)
 - 上訴審が中間判決を取消するときはその旨主文中で宣言する
 - 【大判大 2.3.26 民録 19-141】終局判決のみの取消・差戻審で原審は中間判決に拘束される**
6. 判決の確定の概念を理解し、確定時期及び確定範囲について説明することができる。
- ・ 判決の成立：言渡しによって成立し、効力を生じる
 - ・ 判決内容の確定
 - * 訴訟が裁判をするのに熟すると(§243-1)、裁判所は口頭弁論を終結する
 - * 口頭弁論に関与した裁判官が判決内容を確定する(§249-1)
 - ←合議制の場合：評議(裁 75)の上、評決(裁 77)によって過半数の裁判官の意見で裁判する
 - ・ 判決書の作成
 - * 判決の言渡しは、判決書の原本に基づいてする(§252)
 - ・ 意義：裁判所・当事者・基礎となる事実・基準時・事実上及び法律上の理由・結論を明らかにし、判決の内容の告知、確定判決の効力の範囲の明確化、上訴審の審理資料などとする
 - * 判決書の記載事項(§253)
 - ・ 主文：裁判の結論のみを簡潔に示すもの(従たる主文：訴訟費用、仮執行宣言等をいう)
 - ・ 事実：記載事項(#2)、請求のほか、当事者主張の主要事実や関連する間接事実など

- 旧様式：請求の趣旨→答弁→原因事実→抗弁…と主張責任に応じて順を追って記載
- 新様式：事実部分につき、事案の概要→争いのない事実→中心的争点と書く
- ・理由：当事者主張の事実のうち、裁判所の判断を要する事項に対する判断
- ・口頭弁論の終結の日：既判力の基準時の明確化、判決言渡し期限の始期
- ・当事者及び法定代理人：判決甲の主観的範囲の確定
- ・裁判所：官署としての裁判所を記載(便宜のため部を記載するのは慣行)
- ・裁判官の署名押印(則 157-1)
- * 調書判決制度(§254)：判決書の作成に代えて、調書への主文・理由の要旨等の記載で足りる
- ・要件：被告が何ら争わない or 公示送達で被告不出頭の場合 + 請求認容判決であること
- ・判決の言渡し(§250~252)
 - * 効果：判決が効力を生ずる(§250)
 - * 言渡り期日：口頭弁論終結から2カ月以内が原則(§251-1)、但し訓示規定
 - 【大判大 7.4.30 民録 24-814】言渡り期日の期間制限は訓示規定
 - 【大判昭 13.4.20 民集 17-739】言渡り期日の無指定・指定期日以外での言渡しは違法
 - 【大判昭 18.6.1 民集 22-426】但しその違法は具体的な不利益がないと上告理由にならない
 - * 在廷の要否：当事者の在廷は不要(§251-2)、訴訟手続中断中でもよい(§132-1)
- ・判決の送達
 - * 言渡し後、裁判所は遅滞なく判決書を書記官に交付する(則 158)
 - 書記官は言渡し日・交付日を付記して押印する(則 158)
 - * 判決書正本(調書判決の場合は正本又は謄本)を送達する(§255,則 159-2)
 - ←言渡し日又は交付日から2週間以内(則 159-1)
 - * 送達を受けたときから上訴期間が進行する(§255,313)
- ・判決の自縛力(自己拘束力)：判決が言い渡されると、判決裁判所も任意に取消し・変更できない
 - * 例外①：判決の更正(§257)
 - ∴ 明白な誤りまで上訴で修正するのは負担が重く、裁判への信頼を損なう原因となる
 - ・対象：判決主文中・理由中両方可、決定・命令も更正可能(§122)、和解調書等もOK
 - §257-1 判決に計算違い、誤記その他これらに類する明白な誤りがあるときは、裁判所は、申立てにより又は職権で、いつでも更正決定をすることができる
 - ・要件：判断の実質的根拠を再検討しなくても、判断が一義的に誤りと断定できる場合
 - 当事者が誤記をした場合など、裁判所に起因しない場合も含む
 - ・手続：判決言渡し後なら、上訴や確定後も可能、職権/申立てで判決をした裁判所がする
 - 【最判昭 32.7.2 民集 11-7-1186】上訴審裁判所が更正決定をすることもできる
 - 【最決昭 35.12.9 民集 14-14-3268】記録があっても係属しない裁判所は更正決定できない
 - 上告審で原告が確定した一番被告との一番判決の更正を申し立てたもの(他の被告が上訴していた)→移送決定
 - ・不服申立て：更正決定に即時抗告可能、申立て却下裁判への即時抗告はできない(判例・多数)
 - ・効果：遡及効あり(更正された判決が言い渡されたときみなす) ∴ 明らかな誤りを正すだけ
 - * 例外②：判決の変更(§256)

§256-1 裁判所は、判決に法令の違反があることを発見したときは、その言渡し後一週間以内に限り、変更の判決をすることができる。ただし、判決が確定したとき、又は判決を変更するため事件につき更に弁論をする必要があるときは、この限りでない

- ・要件：法令違反があり、主文の内容に影響すること
 - + 判決言渡し後一週間以内(∴ 上訴可能性・判決の執行力への配慮)
 - + 判決確定前であること(上告審の判決・不上訴合意等)
 - + 弁論の再開を要しないこと(弁論を要するほどの違法は変更判決制度の趣旨に不適合)
 - ・手続：職権により、言渡期日を指定し変更判決を言渡す
 - ← 1週間以内に変更判決を言渡す必要があるため、呼出状発出時に送達効力発生(#3)
 - ・効果：前の判決は変更部分の限度で失効する(変更判決が確定するのを待たずに失効)
 - 最初の判決とあわせて1個の判決となる
 - 上訴期間の起算点は、変更判決の送達時から
 - * 判決の羈束力：判決などの判断内容が、審級関係を通じて他の裁判所を拘束する効力
 - ※ 当該事件の手続内に限られる ⇔ 既判力は別事件への効力
 - ・事実審の事実認定の法律審に対する拘束力(§321-1) ∴ 上告審を法律審に特化するため
 - ・上級審の取消等の理由となる判断の下級審への拘束力(§325-3, 裁4) ∴ 審級制度の機能確保
 - ・移送の裁判の移送を受けた裁判所の拘束力(§22-1)
 - ・判決の確定
 - * 意義：通常の不服申立て方法(上訴)による取消し可能性が消滅した状態
 - ・形式的確定力：取消可能性の消滅という訴訟法上の法律効果
 - * 判決の確定時期(§116)
 - ・言渡しと同時に確定するもの：不服申立てが許されない判決
 - 上告審の判決、手形訴訟によることができないとの理由で訴えを却下する判決(§356-1)
 - 不上訴合意のされたとき(但し、判決言渡し後の不上訴合意は合意時に確定)
 - ・不服申立期間の徒過：上訴期間(§285, 313)・異議申立期間(§357, 378-1)の徒過
 - ・不服申立権の放棄：上訴権や異議申立権の放棄(§284, 313, 358, 378-2)
 - ・不服申立棄却判決の確定：適法な不服申立てがあった場合
 - * 判決の確定範囲
 - ・上訴不可分の原則：数個の請求について1個の判決がされ、一部のみ不服申立てがされる場合
 - 上訴されなかった請求についても確定しない
 - 【大判昭6.3.31 民集10-178】本訴部分への控訴により反訴部分の判決の確定も遮断される
 - ・判決の一部のみが確定する場合(則48-2はそれを前提している)
 - 通常共同訴訟で、一部の共同訴訟人のみが上訴をしたとき ∴ 共同訴訟人独立の原則(§39)
 - 1の請求についての一部認容判決で、一部敗訴者が附帯上訴権を放棄したとき
 - * 判決の確定証明 ∴ 判決の既判力や形成力は、確定によってはじめて生じるから
 - ・当事者や第三者(§115で判決の効力を受ける者など)に対し、書記官が交付する
- 則48-1 第一審裁判所の裁判所書記官は、当事者又は利害関係を疎明した第三者の請求により、訴訟記録に基づ

いて判決の確定についての証明書を交付する

7. 判決の無効の概念を理解している。

- ・ 瑕疵ある判決の扱い：受訴裁判所が法定で言渡した場合は、有効(上訴や再審の対象)
- ・ 無効な判決：一定の事由により、既判力・執行力・形成力など訴訟物に関する判断にもとづく判決の効力が否定される場合 ← 自縛力は認められるため、絶対に無効とはいえない

* 上訴で取消を求めうるが、既判力がないため別訴提起可能

【最判昭 40.2.26 民集 19-1-166】判決無効確認の訴えは不適法(権利関係が対象でないから)

* 例

- ・ 訴えの取下げなどで訴訟係属が消滅したのに、裁判所が看過してした判決
→最初から訴訟係属がなかったのであれば、非判決となる
- ・ 裁判権に服しない者を当事者とする判決：判決効が及ばないので意味がない
- ・ 実在しない者を当事者とする判決：名宛人がおらず、判決効が及ばない
- ・ 当事者適格に関し、固有必要的共同訴訟人たるべき者の一部のみを当事者とする判決
- ・ 対象となる権利関係を欠く形成判決(例：離婚成立後にされた離婚判決)
- ・ 判決主文が不明確で確定されるべき権利関係が定めら得ない場合(既判力がない)

【最判昭 32.7.30 民集 11-7-1424】主文が不明確な例(土地の境界が不明確)

- ・ 判決によって確認・形成される権利関係が強行法規・公序良俗違反
→法律上認められない物権の確認、賭け金支払命令など
←目的物滅失で給付判決の執行が事実上不可能なことは問題ない

8. 確定判決の変更を求める訴えについて、条文を参照して説明することができる。損害賠償を内容とする将来の給付を命ずる確定判決の基準時後の損害額の増減について、確定判決の変更を求める訴えが認められる場合とそうでない場合のそれぞれを、具体例に即して説明することができる。

- ・ 定期金による賠償を命じた確定判決の変更を求める訴え(§117)

§117-1 口頭弁論終結前に生じた損害につき定期金による賠償を命じた確定判決について、口頭弁論終結後に、後遺障害の程度、賃金水準その他の損害額の算定の基礎となった事情に著しい変更が生じた場合には、その判決の変更を求める訴えを提起することができる。ただし、その訴えの提起の日以後に支払期限が到来する定期金に係る部分に限る【#2：第一審裁判所の専属管轄】

* 性質：形成訴訟(前訴の既判力の遮断効を消滅させるもの)

+ (原告提起なら、増額請求につき)追加的給付訴訟

+ (被告提起なら、減額請求につき)判決効の一部消滅を目的とする形成訴訟

* 要件：事情の著しい変更 = 定期金額を維持することが当事者間の公平からみて不相当

* 対象：口頭弁論終結前に生じた損害について、定期金による賠償を命じた確定判決

- ・ 例：身体傷害に基づく損賠で、定期金として賠償を命じた場合

←将来生ずべき損害について賠償請求認容判決については、追加請求可能(一部請求とする)

【最判昭 61.7.17 民集 40-5-941】将来生ずべき損害の確定判決後の追加請求[S56 才 756]

仮換地の不法占拠者に対して、賃料相当額請求を認容する判決(S53.5.31 控訴審判決、¥47,800/月、上告棄却で確定)の確定後に、S54.2.1~¥77,200/月を請求したもの→棄却→控訴・請求拡張(¥1,080,800+S55.4.1~

¥87,242/月)変更(¥380,800+S55.4.1~¥87,242/月)→一部破棄自判(控訴棄却)、他棄却(結論として、S56.4.1~¥87,242/月認容)

「従前の土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し、将来の給付の訴えにより、仮換地の明渡に至るまでの間、その使用収益を妨げられることによつて生ずべき損害につき毎月一定の割合による損害金の支払を求め、その全部又は一部を認容する判決が確定した場合において、事実審口頭弁論の終結後に公租公課の増大、土地の価格の昂騰により、又は比隣の土地の地代に比較して、右判決の認容額が不相当となつたときは、所有者は不法占拠者に対し、新たに訴えを提起して、前訴認容額と適正賃料額との差額に相当する損害金の支払を求めることができる……けだし、土地明渡に至るまで継続的に発生すべき一定の割合による将来の賃料相当損害金についての所有者の請求は、当事者間の合理的な意思並びに借地法一二条の趣旨とするところに徴すると、土地明渡が近い将来に履行されるであろうことを予定して、それに至るまでの右の割合による損害金の支払を求めるとともに、将来、不法占拠者の妨害等により明渡が長期にわたつて実現されず、事実審口頭弁論終結後の前記のような諸事情により認容額が適正賃料額に比較して不相当となるに至つた場合に生ずべきその差額に相当する損害金については、主張、立証することが不可能であり、これを請求から除外する趣旨のものであることが明らかであるとみるべきであり、これに対する判決もまたそのような趣旨のもとに右請求について判断をしたものというべきであつて、その後前記のような事情によりその認容額が不相当となるに至つた場合には、その請求は一部請求であつたことに帰し、右判決の既判力は、右の差額に相当する損害金の請求には及ばず、所有者が不法占拠者に対し新たに訴えを提起してその支払を求めることを妨げるものではないと考えられるからである。しかしながら、本件の場合、昭 54.2.1 から同 55.3.31 までの間については……前訴事実審口頭弁論終結の日である昭 53.4.12 からはもとより、前訴における認容額の始期とされた同 52.1.1 からみても、その間の時間的経過に照らし未だ前訴認容額が不相当となつたものとする~~ことはできないから、前訴事実審口頭弁論終結後に前訴認容額が不相当となつたことを理由とする被上告人の請求は失当として棄却すべき~~」[昭 55.4.1 から本件建物部分を収去して本件土地を明け渡すに至るまでの間につき、前訴の事実審口頭弁論終結後の前示のような事情により前訴確定判決の認容額が不相当となつたものとして、右認容額と適正賃料額との差額の支払を求める被上告人の請求を認容した原審の判断は、さきに説示したところに照らし、正当]

第3款 既判力—総論

1. 既判力の目的と根拠を理解している。

- ・ 意義：両当事者が争った結果としての確定した終局判決中の訴訟物に関する判断について、当事者はもはや争うことが許されず、他の裁判所もその判断に拘束されるという効果(実質的確定力)
= 確定した終局判決の判断内容の通用力
⇔ 自縛力：判決裁判所自身に対する拘束力をいう
⇔ 羈束力：同一事件についての訴訟手続内の拘束力をいう
- ・ 目的：紛争解決基準の安定
→ 他の裁判所の判断を尊重し、矛盾・抵触する判断を避けるべきという内在的要請
= 紛争の一回的解決、一事不再理
∴ 民事裁判は国家の統一的な紛争解決制度ゆえ。当事者からも判断の安定性が求められる
- ・ 根拠：当事者に対する手続保障
→ 当事者は特定の権利関係に関して裁判資料提出の機会を与えられ、その結果として一定の判断が確定した以上、後訴においてその判断の拘束力で裁判資料提出が制限されても仕方ない
→ 当事者が与えられた手続保障に応じて拘束力の範囲は異なる(既判力の限界・範囲)
- ・ 性質：
 - * 実体法説：確定判決は実体法上の法律要件事実の一種
→ 判決で実体権利関係が変更され、当事者・後訴裁判所はこれを基準に判断するほかない
← 実体法と訴訟法を峻別する法体系にあわない、既判力の主観的範囲の限定とも矛盾、訴訟判決の既判力を説明できない
 - * 訴訟法説：既判力は後訴裁判所に対する前訴判決の訴訟法上の拘束力
 - * 権利实在説：確定判決で实在としての当事者間の権利関係が形成され、その通用性をいう
- ・ 既判力の調査：職権調査事項・職権探知主義
∴ 訴訟要件ではなく、攻撃防御方法の制限だが、公益目的ゆえ
← 一事不再理効は職権調査だが、既判力は攻撃防御方法ゆえ抗弁事項ではないか[岡庭]
 - * 既判力に抵触する後訴判決：当然無効ではないが、上訴・再審で取消しうる(§312-3等)
- ・ 既判力を持つ裁判
 - * 確定した終局判決：訴訟物に関する本案判決、訴訟要件欠缺につき訴訟判決 ← 実益がない
 - * 確定判決と同一の効力を有するもの
 - ※ 原則は執行力を認める趣旨ゆえ、既判力があるかは個別検討を要する
 - ・ 争いあり：請求の放棄・認諾調書、和解調書 ∴ 対象の明確性や誤記等の救済方法の不備
 - ・ 争いなし：肯定 = 調停に代わる裁判(民調 18-3, 家事 287)、仲裁判断(仲裁 45-1)、
債権表の記載(破産 124-3、民再 104-3、会更 150-3)
否定 = 仮執行宣言付支払督促(§382～) ∴ 裁判官が関与しない
 - * 決定：原則として認められない
 - ・ 例外：訴訟費用に関する決定(§69-1)など、実体関係を終局的に解決する目的の決定

2. 既判力の積極的作用と消極的作用について理解し、訴訟物相互が先決関係にある場合や矛盾関係にある場合を含めて、訴訟物との関係について説明することができる。

・ 既判力の積極的作用と消極的作用

* 積極的作用：前訴判決の訴訟物についての判断を、後訴裁判所は前提しなければならない

* 消極的作用：当事者は前訴判決の判断と矛盾する主張・立証ができない→裁判所も審判不可

・ 類型ごとの作用

* 訴訟物が同一の場合(所有権確認→所有権確認)

・ 被告が前訴の判断を覆そうとする場合 → 消極的作用により主張が遮断される

・ 原告が同一請求をする場合 → 矛盾しないので拘束力は働かない(但し、訴えの利益を欠く)

* 訴訟物が先決関係にある場合(所有権確認→所有権に基づく目的物明渡請求)

・ 後訴裁判所は、原告の(前訴基準時の)所有権を前提する → 積極的作用として拘束力が働く

* 矛盾関係にある場合(原告の所有権確認→被告の所有権確認)

・ 後訴原告は前訴基準時前の所有権取得原因事由を主張できない → 消極的作用といえる

【最判平 9.3.14 判時 1600-89】所有権確認請求棄却判決の既判力[H5 オ 921]

所有権確認請求に敗訴後、相続による取得を主張して遺産確認の訴えを提起し、共有持分権不存在確認の反訴が提起されたもの：反訴認容→上告棄却

「所有権確認請求訴訟において請求棄却の判決が確定したときは、原告が同訴訟の事実審口頭弁論終結の時点において目的物の所有権を有していない旨の判断につき既判力が生じるから、原告が右時点以前に生じた所有権の一部たる共有持分の取得原因事実を後の訴訟において主張することは、右確定判決の既判力に抵触する」

(福田反対) 条理に反するから、既判力に反しても認めるべき

・ 既判力の双面性：既判力が勝訴当事者の不利に働くこともありうる

* 例：前訴原告の建物所有権確認判決→前诉被告(土地所有者)による建物収去土地明渡請求

→前訴原告は、前訴基準時前の自由に基づいて建物所有者たることを否認できない(先決関係)

第4款 既判力—時的限界

1. 既判力の時的範囲について理解し、民事訴訟において既判力の基準時の概念が必要な理由について説明することができる。

- ・ 意義：訴訟物が私人間の権利関係であるため、裁判所の判断後に変動・消滅しうる
→既判力によって確定される権利関係も、一定の時点を前提にせざるをえない
- ・ 時的限界：事実審の口頭弁論終結時(基準時)まで ∴当事者が事実と証拠を提出できる終期
→基準時における権利関係は争いえなくなる（基準時前の事由は主張できない）

※例外：再審

* 主張可能性：当該事由の当事者の知不知は問題とならない

←基準時前の事由は主張期待可能性を基礎づける要素であって、例外的に主張期待可能性が欠ければ既判力によって遮断されない(有力)

←期待可能性の判断基準があいまい、相手方の利益を考慮すべき、極端なら再審も可能

【最判昭 49.4.26 民集 28-3-503】 基準時前の事由の主張[S46 才 411]

否認権行使による損賠請求[留保のない認容判決を請求]→前訴と重複する部分却下→棄却→棄却

「被相続人の債務につき債権者より相続人に対し給付の訴が提起され、右訴訟において該債務の存在とともに相続人の限定承認の事実も認められたときは、裁判所は、債務名義上相続人の限定責任を明らかにするため、判決主文において、相続人に対し相続財産の限度で右債務の支払を命ずべき……相続財産の限度で支払を命じた、いわゆる留保付判決が確定した後において、債権者が、右訴訟の第二審口頭弁論終結時以前に存在した限定承認と相容れない事実（たとえば民法九二一条の法定単純承認の事実）を主張して、右債権につき無留保の判決を得るため新たに訴を提起することは許されない……けだし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権（相続債務）の存在及びその範囲であるが、限定承認の存在及び効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように主文においてそのことが明示されるのであるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力があると考えべきであるし、また民訴法 545-2 によると、確定判決に対する請求異議の訴は、異議を主張することを要する口頭弁論の終結後に生じた原因に基づいてのみ提起することができる」とされているが、その法意は、権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に左右することは許されないとするにあると解すべきであり、右趣旨に照らすと、債権者が前訴において主張することのできた前述のごとき事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存在及び効力を争うことも同様に許されないものと考えられるからである……右のことは、債権者の給付請求に対し相続人から限定承認の主張が提出され、これが認められて留保付判決がされた場合であると、債権者がみずから留保付で請求をし留保付判決がされた場合であるとして異なることはない」

2. 基準時後における形成権の行使について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

- ・ 実体法上の形成権の発生原因は基準時前から存在したが、意思表示が基準時後となった場合
→形成権の実体法的性質・手続の経緯を勘案して、基準時前に行使が期待できれば遮断(学説)

* 基準

- ・ 形成権行使による法律効果が、基準時の権利関係の判断と矛盾・抵触するか
- ・ 形成権行使の効果が既判力ある判断と矛盾・抵触するか

- ・ 相殺権：許される(通説・判例)

∴受働債権の存在を攻撃せず、むしろそれを前提に行使されるから

【最判昭 40.4.2 民集 19-3-539】基準時後の相殺権行使[S38 才 1066]

「相殺は当事者双方の債務が相殺適状に達した時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を生ずるものであるから、当該債務名義たる判決の口頭弁論終結前には相殺適状にあるにすぎない場合、口頭弁論の終結後に至つてはじめて相殺の意思表示がなされたことにより債務消滅を原因として異議を主張するのは民訴法 545-2 の適用上許されるとする大連判明 43.11.26 の判旨は、当裁判所もこれを改める必要を認めない」（請求異議→認容／棄却）

・建物買取請求権：許される(通説・判例)

∴建物買取請求権は収去明渡請求権に内在する瑕疵(=取消原因)にもとづくものではない

買取請求権行使時に建物所有権が移転し、既判力をもって確定した権利関係と矛盾抵触しない
土地賃借人の投下資本の保護という立法趣旨

【最判昭 52.6.20 集民 121-63】基準時後の建物買取請求権の行使[S52 才 268]

「借地上の建物の譲受人が、地主から提起された右建物の収去及び敷地の明渡を請求する訴訟の事実審口頭弁論終結時まで、借地法一〇条の建物買取請求権があることを知りながらその行使をしなかつたとしても、右事実は実体法上建物買取請求権の消滅事由にあたるものではなく、したがって、建物譲受人はその後においても建物買取請求権を行使して地主に対し建物の代金を請求することができる」（家屋買取請求→認容／棄却）

【最判平 7.12.15 民集 49-10-3051】請求異議事由としての買取請求権行使[H4 才 991]

「借地上に建物を所有する土地の賃借人が、賃貸人から提起された建物収去土地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結時まで借地法四条二項所定の建物買取請求権を行使しないまま、賃貸人の右請求を認容する判決がされ、同判決が確定した場合であっても、賃借人は、その後に建物買取請求権を行使した上、賃貸人に対して右確定判決による強制執行の不許を求める請求異議の訴えを提起し、建物買取請求権行使の効果を異議の事由として主張することができる……けだし、（１）建物買取請求権は、前訴確定判決によって確定された賃貸人の建物収去土地明渡請求権の発生原因に内在する瑕疵に基づく権利とは異なり、これとは別個の制度目的及び原因に基づいて発生する権利であって、賃借人がこれを行使することにより建物の所有権が法律上当然に賃貸人に移転し、その結果として賃借人の建物収去義務が消滅するに至るのである、（２）したがって、賃借人が前訴の事実審口頭弁論終結時まで建物買取請求権を行使しなかつたとしても、実体法上、その事実は同権利の消滅事由に当たるとはならず（最判昭 52.6.20）、訴訟法上も、前訴確定判決の既判力によって同権利の主張が遮断されることはない……（３）そうすると、賃借人が前訴の事実審口頭弁論終結時以後に建物買取請求権を行使したときは、それによって前訴確定判決により確定された賃貸人の建物収去義務が消滅し、前訴確定判決はその限度で執行力を失うから、建物買取請求権行使の効果は、民事執行法三五条二項所定の口頭弁論の終結後に生じた異議の事由に該当するものというべきであるからである」（請求異議→認容／棄却）

・取消権：基準時前の事由によって取消することはできない(通説・判例)

∴遡及効があるため既判力ある判断と矛盾抵触する、取消原因は基準時前の事実ゆえ遮断される
無効主張は遮断されるのに、それより軽い瑕疵は取消しうるのはおかしい

←既判力は将来の取消権行使による消滅可能性がないことまで確定するものではない

（取消権者の保護、無効との差異は法政策・法技術の問題で瑕疵の軽重ではない）

【最判昭 55.10.23 民集 34-5-747】基準時後の取消権行使(詐欺)[S55 才 589]

土地売買契約につき、買主（契約当時村、のち合併し市となる）が売主（個人）に対して土地所有権確認・所有権移転登記手続請求の訴えを提起し、買主勝訴判決が確定したため、売主から買主への所有権移転登記がなされたのち、売主が当該売買契約は買主の詐欺によるものであったとして、訴状において取消しの意思表示をして買

主を被告に提起した所有権移転登記抹消請求事件において、原審は前訴の既判力に抵触するとして請求を棄却したため、売主が上告した事案

「売買契約による所有権の移転を請求原因とする所有権確認訴訟が係属した場合に、当事者が右売買契約の詐欺による取消権を行使することができたのにこれを行使しないで事実審の口頭弁論が終結され、右売買契約による所有権の移転を認める請求認容の判決があり同判決が確定したときは、もはやその後の訴訟において右取消権を行使して右売買契約により移転した所有権の存否を争うことは許されなくなる」

* 基準時まで詐欺・強迫が係属し、取消し意思表示できなかった場合：再審によるべき

* 特殊な例：買主が売主に目的物引渡請求訴訟を提起し、勝訴後、詐欺取消しをしたのに、勝訴判決を債務名義として引渡執行を試みた場合 → 取消は認められない

→但し、取消の意思表示をしつつ執行するのは信義則違反ゆえ、それを異議の原因とできる

・ 解除権：争いあり

* 否定(通説)：取消同様、基準時前にいつでも解除権行使しえた

* 肯定(有力)：期待可能性による(解除権の発生要件事実がすべて具備されていたか)

* 肯定(伊藤)：解除は契約に基づく権利義務を前提しつつ、一方当事者の意思表示によって契約関係を訴求的に解消し、法律関係を清算すること → 基準時における権利関係の存在は前提であり、既判力によって確定した権利関係と矛盾抵触しない

←敗訴後に執行妨害目的で解除される ← 催告権で予防するか、信義則違反で制限すべき

【大阪高判昭 52.3.30 判時 873-42】前訴基準時後の解除権行使[S49 ネ 1076]

【最判昭 54.4.17 判時 931-62】基準時後の債務不履行による解除権行使[S52 オ 890]

土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求前訴で、借地契約・地上建物につき借地期間の満了を停止条件とする売買契約の成立が認められ、建物引渡し及び土地明渡しの限度で右請求を認容する判決が確定したが、土地所有者が、前訴判決の事実審口頭弁論終結後に売主の債務不履行[建物に仮登記をした]を理由に右売買契約を解除したことにより建物の所有権が売主に復帰したものと、新たに建物収去土地明渡しを求める後訴を提起したものの[原告は仮登記の抹消と自分への移転登記をしないと解除すると催告したが、控訴審は無催告解除できるので基準時前に行使できた解除権とした]：建物収去土地明渡→棄却→変更(収去棄却、明渡却下)→破棄差戻し

○控訴審「相殺の場合、訴訟物たる権利の請求原因自体に関する瑕疵(取消権)とは異なるものであり、自己の債権を消滅に帰せしめる不利益を甘受する効果を伴うものであって、これを行使するか否かは、債務者の自由に委ねられ、当然なすべき防禦方法とはいえない点において、取消権等の形成権に比べ、特殊性が認められなければならないことによる……本件における契約解除権は、請求原因じたいに存する瑕疵ではないが、訴訟物たる控訴人の前訴における本件建物収去請求権の消滅事由に付着する瑕疵として、当然前訴においてなすべき攻撃防禦方法の一つというべく、この意味において、これを前述の如き特殊性を有する相殺権と同列に置くのは相当でなく、寧ろ取消権と同じ取扱いをするのが相当」

○上告審「上告人の本訴は、本件建物について借地期間の満了を停止条件とする売買契約が成立したものと認めて被上告会社に対し本件建物引渡し及び本件土地明渡しを命じた前訴判決の事実審口頭弁論終結後に、本件建物の売買契約を解除する意思表示をしたことによりその所有権が被上告会社に復帰したので、被上告会社に対し新たに本件建物を収去して本件土地の明渡しを求めうる事由が生じたものであると主張して、本件土地の所有権に基づき改めて建物収去土地明渡しの判決を求めるものであって、前訴とは訴の提起を必要とする事情を異にしており、また、前訴判決があるというだけでは建物収去土地明渡しの目的を達成することは不可能であることが明らかであるから、他に特段の事情のない限り、本訴について訴の利益を肯定するのが相当である」

・ 白地手形補充権：補充しての再訴は許されない(通説・判例)

∴補充権者たる所持人への期待可能性があること、相手方の二重応訴の負担など

←信義則違反でない限り許される[伊藤]

∴補充によって手形金債権が発生するから矛盾しない(未成就条件が成就したのと同じ)

※請求棄却判決が確定しているが、ほんらい一事不再理ゆえ却下にすべきだったはず

【最判昭 57.3.30 民集 36-3-501】白地手形補充権の基準時後の行使[S54 才 110]

「手形の所持人が、手形要件の一部を欠きたいわゆる白地手形に基づいて手形金請求の訴え【＝前訴】を提起したところ、右手形要件の欠缺を理由として請求棄却の判決を受け、右判決が確定するに至つたのち、その者が右白地部分を補充した手形に基づいて再度前訴の被告に対し手形金請求の訴え【＝後訴】を提起した場合においては、前訴と後訴とはその目的である権利または法律関係の存否を異にするものではない……手形の所持人において、前訴の事実審の最終の口頭弁論期日以前既に白地補充権を有しており、これを行使したうえ手形金の請求をすることができたにもかかわらず右期日までにこれを行使しなかつた場合には、右期日ののちに該手形の白地部分を補充しこれに基づき後訴を提起して手形上の権利の存在を主張することは、特段の事情の存在が認められない限り前訴判決の既判力によつて遮断され、許されない」(振出日白地で前訴(手形訴訟)敗訴、訴え取下げで確定してから白地補充して再訴したもの 手形訴訟→認容→異議：認可→取消棄却→棄却)

3. 損害賠償を命ずる確定判決の基準時後に発現した後遺症と既判力の関係について、判例・学説を踏まえて、説明することができる。

・ 不法行為の後遺障害における損賠の扱い

* 前訴の口頭弁論終結後に判明した後遺症に基づく損賠請求の可否

→同一の不法行為に基づく損賠請求は1個なら黙示の残部請求で違法：実質的に不当

・ 学説：明示の有無によらず、原告は後遺症につき前訴で訴求しえないから認めるべき

←前訴で訴求しえなかつたなら黙示の一部請求で残部請求を常に認めることになる

・ 伊藤：基準時後の新事由に基づく別個の請求権と解するべき

・ 判例：前訴が明示の一部請求なら残部請求も適法

←実質的妥当性を欠く、明示の一部請求を擬制するのも理論的にどうか

【最判昭 42.7.18 民集 42-7-18】明示の一部請求と認め認容した例[前掲 S40 才 1232]

不法行為損賠請求→一審：棄却→控訴(請求額減縮)：取消・認容→上告棄却

後訴での請求の可否：「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合には、訴訟物は、右債権の一部の存否のみであつて全部の存否ではなく、従つて、右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない」(最判昭 37.8.10 参照)。ところで、記録によれば、所論の前訴における被上告人の請求は、被上告人主張の本件不法行為により惹起された損害のうち、右前訴の最終口頭弁論期日たる同 35.5.25 までに支出された治療費を損害として主張しその賠償を求めるものであるところ、本件訴訟における被上告人の請求は、前記の口頭弁論期日後にその主張のような経緯で再手術を受けることを余儀なくされるにいたつたと主張し、右治療に要した費用を損害としてその賠償を請求するものであることが明らかである。右の事実によれば、所論の前訴と本件訴訟とはそれぞれ訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は本件訴訟に及ばないというべきであり、原判決に所論の違法は存しない」

【佐賀地判平 20.8.22 判時 2069-63】一部判決の明示の判断基準[H19 ワ 772]

暴行で受傷した被告が、前訴で 80 万円の損賠を得たが、後遺障害について約 7000 万の損賠請求をしたもの。

「確定判決後に同一訴訟物の訴えが提起された場合、後訴は、前訴の確定判決の既判力に拘束されるというべきであるが、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合には、訴訟物は、上

記債権の一部の存否のみであって全部の存否ではなく、したがって、上記一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求には及ばない…（最判昭 37.8.10 参照）…一個の損害賠償請求権の一部について判決を求める旨が明示されているか否かについては、〔1〕訴状の記載及びその後の訴訟活動における当事者の明示の意思表示のほか、〔2〕当事者が個別の損害項目を特定の上請求しつつも、他の損害の発生について前訴で主張していたか否か、〔3〕前訴で特定の上請求された損害と後訴で請求された損害とが実質的な発生事由を異にする別種の損害といえるか否か、〔4〕前訴係属中に、後訴で請求された損害の賠償を請求することが期待し難いか否か、〔5〕相手方において前訴係属中に前訴で特定された損害以外の損害発生可能性につき認識していたか否か等を総合考慮の上、実質的に判断すべきものである（最判平 20.7.10 参照）。」（損賠請求→棄却／取消差戻し：判断基準は正当だが、棄却としたのは速断）

第5款 既判力—客観的範囲

1. 既判力の客観的範囲を理解し、既判力が判決主文に包含するものに限られることの意義について説明することができる。

- ・ 意義：既判力は訴訟物についての判断に過ぎない → 判決が確定した権利関係の範囲
- ・ 既判力の客観的範囲：主文に包含するものに限って認められる(§114-1)

§114-1 確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する

* 訴訟判決の既判力：申立ての適法性に関する判断

【最判平 22.7.16 民集 64-5-1450】 訴訟判決にも既判力がある

* 本案判決の既判力：訴訟物たる権利関係についての判断

・ 主文に記載されている事項

・ 判決理由中の請求原因に関する記載 → 訴訟物特定に必要な限りで既判力を有する

・ 請求棄却の理由が権利の不存在か条件未成就・期限未到来かについての記載

→後者の場合、請求権の消極的属性として、条件未成就等により、基準時において請求をなしうる法的地位がないとの判断が「主文に包含するもの」

・ 判決理由中の判断 → 相殺の抗弁を除き、既判力が認められない

∴攻撃防御方法についての判断にすぎず、ここにも既判力を認めると当事者主張の順序に拘束され、当事者の訴訟活動の自由を制約、弾力的審理・迅速裁判を妨げる

例：所有権に基づく登記手続請求前訴で勝訴しても、後訴で再度所有権を審理する必要がある

←但し、訴訟追行の態様によっては、信義則によって拘束力を認める余地がある

【最判昭 30.12.1 民集 9-13-1903】所有権に基づく登記手続請求の判決の既判力[S28 才 457]

所有権に基づく所有権移転登記抹消登記手続請求を認容する前訴判決が理由中に原告の所有権を認めていた。

建物収去土地明渡請求→認容/棄却/破棄差戻し

民訴 199-1 につき「いわゆる判決の主文とは本案判決についていうならば、裁判所が当事者によつて訴訟物として主張された法律関係の存否に関してなした判断の結論そのものを外形上他の記載殊に理由の記載から独立分離して簡明にしかも完全に掲記するものをいうのである(同 191-1 参照)。法律がかかる形態における主文を判決の必要的記載事項とした所以のものは、右§199 等の規定と相俟つてその判決書を一見して訴訟物たる法律関係につき、如何なる裁判がなされたかを明確にし、これによつてその判決が既判力等如何なる効力を如何なる範囲において有するかを一見明瞭ならしめようとしたに外ならないのであるから、判決の既判力は主文に包含される訴訟物とされた法律関係の存否に関する判断の結論そのもののみについて生ずるのであり、その前提たるに過ぎないものは大前提たる法規の解釈、適用は勿論、小前提たる法律事実に関する認定、その他一切の間接判断中に包含されるに止まるものは、たとえそれが法律関係の存否に関するものであつても同条第二項のような特別の規定ある場合を除き既判力を有するものではない。そして如何なる法律関係が訴訟物として主張されているかは、原告が訴を提起するに当り請求の趣旨において明確にすべきところである。すなわち訴訟物の如何は一に訴を提起する原告の意思に基づいて定まるのであり、相手方たる被告の答弁又は裁判所の審判の如何により左右されるものではない。しかもかかる原告の意思は請求の趣旨で明確にされなければならないのであつて、もとより黙示的表示でも足り、また請求原因の記載と相俟つて明確にされるのも足るであらうけれど、請求の趣旨で明確にされない限り、ただ請求原因中においてその訴求するが如き内容の判決を受くべき必須の前提として一定の法律関係を主張しただけでは、かかる法律関係を訴訟物とする意思が表明されたものということとはできない。けだし、法律が請求の趣旨をその原因の外に訴状の必要的記載要件として規定した所以のものは請求原因中で陳

述される法律関係は必ずしも一個とは限らないこと、また一個の権利についても必ずしもその全部の満足を得んとして主張されるわけでもなく、更に同一法律関係についても確認判決の外給付若くは形成の判決を求め得る場合もあること等に鑑み、これによつて如何なる法律関係を訴訟物として、如何なる範囲で、如何なる判決を求めかを明確にせんとしたのであり（同 224-1 参照）、それは判決で主文をその理由から分離して掲記すべきことを規定したのに対応するものであるから、かかる形式的要件を定めた法規は厳正に解釈され適用されなければならないのであつて妄りにこれを緩和しその形式的規制を乱し、これがために既判力を生ずべき場合、その範囲等を不明確ならしめることは許されないからである。それ故、もし原告がかかる前提問題たる法律関係の存否についても既判力を得んと欲するならば、単に請求原因として主張するに止まらず、その請求の趣旨において訴訟物としてこれを主張しなければならないのである。このことは民訴 234 が「裁判力訴訟ノ進行中ニ争ト為リタル法律関係ノ成立又ハ不成立ニ繫ル」場合に中間確認の訴を提起し得べきこと及びその方法等を特に規定したことに徴しても容易に了解し得るであらう」「所有権に基づく物上請求権による訴において、原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所も亦主文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことは勿論であるが、原判決が前説示の如く判示して前掲登記請求事件の確定判決に、請求の趣旨にも又主文にも何等表明されていない本件土地の所有権の存在についてまで既判力のあるものとしたことは失当」

※判決理由中の判断に既判力が及ばない効果 → 明示的一部請求訴訟は残部につき「催告」のみ
【最判平 25.6.6 判時 2190-22】明示的一部請求訴訟の残部への影響[H24 受 349]

明示的一部請求の前訴判決において債権の総額の認定がされ(結果は全部勝訴)、残部を訴求したもの

H12.6.24 被告が債務を承認

H17.4.16 未収金債権を催告

H17.10.14 前訴提起(約 5293 万円請求、総額は 3 億 9761 万円と主張、認定は相殺等を認め 7528 万円)

「数量的に可分な債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合、当該訴えの提起による裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力は、その一部についてのみ生ずるのであって、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるものではない（最判昭 34.2.20 参照）。そして、この理は、上記訴えに係る訴訟において、弁済、相殺等により債権の一部が消滅している旨の抗弁が提出され、これに理由があると判断されたため、判決において上記債権の総額の認定がされたとしても、異なるものではない……なぜなら、当該認定は判決理由中の判断にすぎないのであって、残部のうち消滅していないと判断された部分については、その存在が確定していないのはもちろん、確定したのと同視することができるともいえないからである」「明示的一部請求の訴えにおいて請求された部分と請求されていない残部とは、請求原因事実を基本的に同じくすること、明示的一部請求の訴えを提起する債権者としては、将来にわたって残部をおよそ請求しないという意思の下に請求を一部にとどめているわけではないのが通常であると解されることに鑑みると、明示的一部請求の訴えに係る訴訟の係属中は、原則として、残部についても権利行使の意思が継続的に表示されているものとみることができる。したがって、明示的一部請求の訴えが提起された場合、債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど、残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の催告として消滅時効の中断の効力を生ずるといふべきであり、債権者は、当該訴えに係る訴訟の終了後 6 箇月以内に民法 153 条所定の措置を講ずることにより、残部について消滅時効を確定的に中断することができる」「もっとも、催告は、6 箇月以内に民法 153 条所定の措置を講じなければ、時効の中断の効力を生じないのであって、催告から 6 箇月以内に再び催告をしたにすぎない場合にも時効の完成が阻止されることとなれば、催告が繰り返された場合にはいつまでも時効が完成しないことになりかねず、時効期間が定められた趣旨に反し、相当ではない。したがって、消滅時効期間が経過した後、その経過前にした催告から 6 箇月以内に再び催告をしても、第 1 の催告から 6 箇月以内に民法 153 条所定の措置を講じなかった以上は、第 1 の催告から 6 箇月を経過する

ことにより、消滅時効が完成するというべきである。この理は、第2の催告が明示的一部請求の訴えの提起による裁判上の催告であっても異なるものではない」(未収金請求→棄却/棄却)

2. 既判力の客観的範囲と判決理由中で相殺の抗弁が判断された場合の関係について説明することができる。

・相殺の抗弁についての既判力(§114-2)

§114-2 相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断は、相殺をもって対抗した額について既判力を有する

* 相殺のために主張した請求 = 被告が有する自働債権(反対債権)のこと

∴これを認めないと相殺の抗弁を提出して請求棄却(一部棄却)判決を得た被告が、その後自働債権を請求しても既判力に妨げられず、二重行使が認められると原告は代償なく訴求した債権を失ったに等しい結果となるから

* 請求の成立又は不成立 = 基準時における請求(自働債権)の存在又は不存在

←実際には存在すると相殺で消滅するから、不存在の判断しかありえない

・自働債権の不存在を理由に相殺の抗弁を排斥する理由中の判断

→不存在の判断に既判力が生ずる(相殺の抗弁で対抗した額に限られる)

【大判昭 10.8.24 民集 14-1582】反対債権不存在の判断の既判力(対抗額の限度で生ずる)

・自働債権に基づき対当額での相殺が認められた場合の理由中の判断

→基準時に相殺で消滅した自働債権の部分が存在しないとの判断に既判力が生ずる

←(有力)訴求債権・自働債権がともに存在し、相殺によって消滅した旨の既判力が生ずる

←基準時以前の過去の権利の存在・法律効果をを確定することになって不当

・裁判所の攻撃防御方法の判断の順序の選択権への制約

* 自働債権の不存在が確定する不利益があるため、他の抗弁を先に判断する必要がある

* 請求棄却判決でも、相殺の抗弁を認めての場合は被告が上訴できる

→判決主文ではなく、基準時の自働債権不存在を認めた判決理由中の判断への不服が理由

3. 判決理由中の判断の後訴に及ぼす影響について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・判決理由中の判断の拘束力—争点効理論

* 趣旨：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異別の後訴請求の審理において、その判断に反する主張立証を許さず、これと矛盾した判断を禁止する効力

・要件：両当事者の攻撃防御の態様 + 裁判所の実質的判断(仮定的判断は除く)

+ 当事者間の公平から、前訴・後訴の係争利益の同等性が求められる

(例：利息金請求前訴と元本請求後訴では前訴で元本債権の存否が争点でも争点効が及ばない)

・効果が及びうる範囲：所有権の存否などの権利関係のほか、詐欺取消しによる契約の無効・弁済による債務消滅等の法律効果も含む

・目的：信義則に反する主張立証を封じる、紛争解決の一回性の徹底、新訴訟物論の欠点補充

【最判昭 44.6.24 判時 569-48】争点効理論の是非[S43 才 1210]

前訴：Y→Xの売買契約に基づく建物明渡請求、履行遅滞の損賠請求→Y(買主)勝訴

後訴：X→Yの所有権移転登記抹消登記手続請求→認容→Y上告：棄却

「別件訴訟についてY勝訴の確定判決があつた事実は、当裁判所に顕著な事実である。しかし、右別件訴訟におけるYの請求原因は、X所有にかかる本件建物およびその敷地【=あわせて「本件不動産」】について、XとYとの間に売買契約が締結され、その旨の所有権移転登記を経由したが、Xが約定の明渡期日に至つても、本件建物を明け渡さないで、Yは、右契約の履行として本件建物の明渡および約定の明渡期日の翌日以降の右契約不履行による損害賠償としての金銭支払を求め、というのであり、右別件訴訟の確定判決は、X主張の右契約の詐欺による取消の抗弁を排斥して、Yの請求原因を全部認容したものである。されば、右確定判決は、その理由において、本件売買契約の詐欺による取消の抗弁を排斥し、右売買契約が有効であること、現在の法律関係に引き直していえば、本件不動産がYの所有であることを確認していても、訴訟物である本件建物の明渡請求権および右契約不履行による損害賠償としての金銭支払請求権の有無について既判力を有するにすぎず、本件建物の所有権の存否について、既判力およびこれに類似する効力(いわゆる争点効…)を有するものではない。一方、本件訴訟におけるXの請求原因は、右本件不動産の売買契約が詐欺によつて取り消されたことを理由として、本件不動産の所有権に基づいて、すでに経由された前叙の所有権移転登記の抹消登記手続を求めるというにあるから、かりに、本件訴訟において、Xの右請求原因が認容され、X勝訴の判決が確定したとしても、訴訟物である右抹消登記請求権の有無について既判力を有するにすぎず、本件不動産の所有権の存否については、既判力およびこれに類似する効力を有するものではない。以上のように、別件訴訟の確定判決の既判力と本件訴訟においてX勝訴の判決が確定した場合に生ずる既判力とは抵触衝突するところがなく、両訴訟の確定判決は、ともに本件不動産の所有権の存否について既判力およびこれに類似する効力を有するものではないから、論旨は採るをえない。なお、右説示のとおり、両訴訟の確定判決は、ともに本件不動産の所有権の存否について既判力およびこれに類似する効力を有するものではないから、Yは、別にXを被告として、本件不動産の所有権確認訴訟を提起し、右所有権の存否について既判力を有する確定判決を求めることができることは、いうまでもない」

・ 判決理由中の判断の拘束力—信義則にもとづく補完法理

* 争点効との違い：判決理由において判断の機会を得た当事者の訴訟行為の態様が根拠

* 既判力との違い：原則として本案判決がなされる(主張制限が基本的な効力)

但し、訴権行使そのものが信義則違反なら、訴え却下の場合もある

・ 調査：抗弁事項：信義則は相手方との関係で特定の訴訟行為が許されるかの判断

①訴訟上の禁反言

・ 前訴と後訴で反対の主張をするような場合

例：前訴(売買目的物引渡請求訴訟)で売買契約無効を主張し被告(売主)勝訴後、買主が代金返還請求の後訴を提起すると、売主は買主の売買契約無効の主張を否認できない

例：前訴(貸金返還請求)で借主(被告)が弁済の抗弁を提出して勝訴後、借主が後訴を提起して、弁済に先立つ債務免除による債務の消滅を主張して不当利得返還を請求できない

②訴訟上の権能の失効

・ 意義：ある法律上の地位を基礎づける事実について一方当事者がすでに主張・立証を尽くしたか、尽くしたと同視されるべき事情がある場合、もはや、その地位を訴訟上主張しえないことについて相手方の信頼が形成され、その結果として当該当事者がその地位を主張することを信義則により制限される

・ 要件：前訴で相手方が勝訴していること(主張・立証したのに認められなかったということ)

例：前訴(所有権に基づく登記請求)で所有権の帰属に主張・立証を尽くしたが認められずに

請求棄却後、原告が所有権を主張して土地引渡しを求める場合

→信義則上、前訴口頭弁論で提出できた事実に基づく所有権の主張ができない

・例

【最判昭 51.9.30 民集 30-8-799】信義則による後訴の遮断[昭 49 才 331]

所有権移転登記等請求→一審：棄却(取得時効)→控訴：取消却下→上告棄却

自創法によるA→Bへの農地買収・売渡処分が無効と主張しその解消のため買戻したと主張してした前訴に敗訴後、処分無効を主張して再度提訴したもの。なお、原告は前訴 X1、後訴 X1～X4 であった。

「右事実関係のもとにおいては、前訴と本訴は、訴訟物を異にするとはいえず、ひつきよう、右Aの相続人が、右Bの相続人及び右相続人から譲渡を受けた者に対し、本件各土地の買収処分の無効を前提としてその取戻を目的として提起したものであり、本訴は、実質的には、前訴のむし返しというべきものであり、前訴において本訴の請求をすることに支障もなかつたのにかかわらず、さらに上告人らが本訴を提起することは、本訴提起時にすでに右買収処分後約二〇年も経過しており、右買収処分に基づき本件各土地の売渡をうけた右B及びその承継人の地位を不当に長く不安定な状態におくことになることを考慮するときは、信義則に照らして許されない」

4. 一部請求についての判決確定後の残部請求の可否について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・明示的一部請求（前訴で請求棄却）

【最判平 10.6.12 民集 52-4-1147】信義則により敗訴後の残部請求は不適法[平 9 才 849]

報酬金等請求(前訴で一部請求を明示し請求棄却確定後の残部請求)→一審：却下→控訴：取消・差戻し→上告：破棄自判（控訴棄却）

「一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような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。すなわち、裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し（最判平 6.11.22=平 2 才 1146 参照）、現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって、当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、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。したがって、右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、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り、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」

なお、不当利得返還請求を予備的請求で行ったが、「訴訟物を異にするものの、上告人に対して本件業務委託契約に基づく報酬請求権を有することを前提として報酬相当額の金員の支払を求める点において変わりはなく、報酬請求権の発生原因として主張する事実関係はほぼ同一であって、前訴及び本訴の訴訟経過に照らすと、主位的請求及び予備的請求の一と同様、実質的には敗訴に終わった前訴の請求及び主張の蒸し返しに当たる」とした。

5. 確定判決騙取者に対する損賠請求

【最判昭 44.7.8 民集 23-8-1407】確定判決騙取者への損賠請求の可能性(肯定)[S43 才 906]

裁判外で和解し X が和解金額を支払ったため、Y は訴えの取下げを約したのに、訴訟代理人が知らされずに訴訟

手続を続行し、X不出頭でY勝訴、Yは悪意または有過失で強制執行をしてXに損害を負わせたもの
債務不存在確認請求→棄却→(訴え変更：損賠請求)棄却→破棄差戻し

「判決が確定した場合には、その既判力によつて右判決の対象となつた請求権の存在することが確定し、その内容に従つ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つ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ない、その結果本来あり得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つて、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なく、これによつて損害を被つた相手方は、かりにそれが右確定判決に対する再審事由を構成し、別に再審の訴を提起しうる場合であつても、なお独立の訴によつて、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」「上告人は、和解によつて、もはや訴訟手続を続行する必要はないと信じたからこそ、その後裁判所の呼出状を受けても右事件の口頭弁論期日に出頭せず、かつ、判決送達後もなお控訴の手続をしなかつたものであり、その後、被上告人が真に右請求権について判決をうるために訴訟手続を続行する気であることを知つたならば、自らも期日に出頭して和解の抗弁を提出し、もつて自己の敗訴を防止し、かりに敗訴してもこれを控訴によつて争つたものと推認するに難くない。しかも、原審は、右和解を詐欺によつて取り消す旨の被上告人の主張は採用し難い旨判示しているのであるから、被上告人において、右和解後上告人に対して特に積極的な欺罔行為を行ない、同人の訴訟活動を妨げた事実がないとしても、被上告人は、他に特段の事情のないかぎり、上告人が前記和解の趣旨を信じて訴訟活動をしなないのを奇貨として、訴訟代理人をして右訴訟手続を続行させ、右確定判決を取得したものと疑われるのである。そして、その判決の内容が、右和解によつて消滅した請求権を認容したものである以上、被上告人としては、なお、この判決により上告人に対して前記強制執行に及ぶべきではなかつたものといえるのである。しからば、本件においては、被上告人としては、右確定判決の取得およびその執行にあたり、前示の如き正義に反する行為をした疑いがあるものといふべきである」

【最判平 10.9.10 判時 1661-89】判決成立過程の不法行為損賠の要件[H5 才 1212]

本件の付郵便送達は適法とした上で、「当事者間に確定判決が存在する場合に、その判決の成立過程における相手方の不法行為を理由として、確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方が、相手方の権利を害する意図の下に、作為又は不作為によつ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などの不正な行為を行い、その結果本来あり得べからざる内容の確定判決を取得し、かつ、これを執行したなど、その行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って、許される…(最判昭 44.7.8 参照)。」
本件では、「一番被告が受訴裁判所からの照会に対して必要な調査を尽くすことなく安易に誤って回答した点において、一番被告に重大な過失があるとするとともに、それが一番原告の権利を害する意図の下にされたものとは認められない……本件においては、前示特別の事情があるということとはできない」(破棄自判・棄却)

【最判平 22.4.13 裁時 1505-12】確定判決の騙取と損賠請求[H21 受 1216]

前訴(Y→Xの損賠請求)で虚偽の事実を主張して前訴裁判所を欺罔し、請求を一部認容(約 81 万)する前訴判決を詐取したとして、X(宅建業者)がY(個人)に対して損賠請求したもの(損賠請求(約 5000 万)→棄却/変更(一部認容：約 1200 万)/破棄自判・控訴棄却)

「本件訴訟は、前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をするものであるが、当事者間に確定判決が存在する場合に、その判決の成立過程における相手方の不法行為を理由として、その判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方が、相手方の権利を害する意図の下に、作為又は不作為によつ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などの不正な行為を行い、その結果本来あり得べからざる内容の確定判決を取得し、かつ、これを執行したなど、その行

為が著しく正義に反し, 確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って, 許される… (最判昭 44.7.8, 同平 10.9.10 参照)。」

原審は「前訴において当事者が攻撃防御を尽くした事実認定上の争点やその周辺事情について, 前訴判決と異なる事実を認定し, これを前提に上告人が虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔したなどとして不法行為の成立を認めるものであるが……原審は, 前訴判決と基本的には同一の証拠関係の下における信用性判断その他の証拠の評価が異なった結果, 前訴判決と異なる事実を認定するに至ったにすぎない……前訴における上告人の主張や供述が上記のような原審の認定事実と反するというだけでは, 上告人が前訴において虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔したというには足りない。他に, 上告人の前訴における行為が著しく正義に反し, 前訴の確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情があることはうかがわれず, 被上告人が上記損害賠償請求をすることは, 前訴判決の既判力による法的安定性を著しく害するものであって, 許されない」

第6款 既判力—主観的範囲・反射効

1. 既判力の主観的範囲について理解し、相対効が原則であることの意義について説明することができる。
 - ・ 既判力の主観的範囲(§115)：当事者、被訴訟担当者、その基準時後の承継人、目的物所持者
§115 確定判決は、次に掲げる者に対してその効力を有する
 - 一 当事者 / 二 当事者が他人のために原告又は被告となった場合の其他人
 - 三 前二号に掲げる者の口頭弁論終結後の承継人 / 四 前三号に掲げる者のために請求の目的物を所持する者
 - ・ 意義：既判力の拘束力を及ぼされるのは、前訴で手続保障を与えられた当事者や、それと同視できる者に限られ、第三者には及ばないこと。∴第三者は手続保障を与えられていない
→当事者間における紛争の相対的解決の原則：原則は当事者
→代替的手続保障がある場合：訴訟担当の被担当者
→独自の手続追行を保障することを要しない者：承継人・目的物所持者
 - ・ 当事者の範囲：原被告・参加人まで
→他の訴訟関係人(補助参加人,訴訟代理人,法定代理人等)には既判力は及ばない
2. 既判力の主観的範囲が特定第三者に拡張される場合について、それぞれの場合における根拠や趣旨を具体例に即して説明することができる。
 - ・ 例外①：訴訟担当の被担当者(当事者が他人のために原告又は被告となった場合の其他人)
∴実質的な手続保障を与えられている(代替的手続保障がある)
 - * 他人のため：当事者が本人の訴訟追行権を行使する場合一般を指すと解すべき
 - ・ 任意的訴訟担当：本人の授権により担当者は当事者適格を有するから、手続保障も問題ない
 - ・ 法定訴訟担当：本人と訴訟担当者の利害が対立することがありうる
 - * 債権者代位訴訟
 - ・ 伝統的通説：債権者代位権により付与された本人の財産に対する実体法上の管理権の中に訴訟追行権も含まれ、この管理権を基礎に当事者適格が認められる → 判決効は本人に及ぶ
 - ・ 片面的拡張説[三ヶ月]：訴訟担当を対立型(本人,担当者に利害対立:差押債権者・代位債権者)と吸収型(利害共通:破産管財人等)に分け、「他人のために」を担当者と本人の利益の共通をいうとして、吸収型の場合は既判力は常に拡張され、対立型では有利な場合のみ拡張される
←対立型・吸収型の区分が不明確、第三債務者の利益を害する、「他人のために」の解釈不当
 - ・ 固有適格説[福永]：代位債権者は固有の法律上の利益を基礎とした当事者適格をもつから、そもそも訴訟担当ではない(§157-1 類推で相手方は本人の共同訴訟参加を申立て可能)
←本人の管理処分権排除をどうするのか、なぜ認容判決は本人に及ぶのか、本人参加も妥当か
 - ・ 本人に対する証拠告知[新堂・池田]：既判力拡張は肯定するが、非訟 88-2 類推で本人への訴訟告知をして独立当事者参加・共同訴訟的補助参加の機会を与える
 - ・ 判例の立場
→債権者代位権が行使されると、債務者は管理処分権を失う(=自ら提訴できない)
[大判昭 14.5.16 民集 18-557] 債権者代位権の行使と本人の管理処分権[S13 才 1901]
「債権者が民法第四百二十三条第一項に依り適法に代位権の行使に着手したときは債務者は其の権利を処分

することを得ざるものにして従て債権者の代位後は債務者に於て其の代位せられたる権利を消滅せしむべき一切の行為を為すを得ざるは勿論自ら其の権利を行使することを得ざるものと解するを相当とす。蓋裁判上の代位に関する非訟事件手続法第七十六条第二項に依れば債権の履行期到来前に於て債権者が代位を為す場合に於ても債務者は其の権利の処分権を失ふものなるを以て履行期到来後なるに拘らず其の到来前の場合に比し代位の効力薄弱なるを得ざるは当然のことなりと謂ふべく若し然らずとせば債権者は代位の目的を達すること能はざるに至るべきのみならず一旦代位権を行使したる債権者の行為を徒勞に帰せしむる虞あればなり。故に債権者が訴を以て代位権を行使したる後に在りては債務者は第三債務者に対し処分行為と目すべき訴を提起することを得ざると同時に之が為曩に債権者の提起したる訴が理由なきに帰するものに非ず。尤も債権者が代位権を行使したる後如何なる時期より債務者に於て其の権利を処分することを得ざるに至るやに付ては法文上之を明定するところなきも前示非訟事件手続法第七十六条第一項の法意に準拠し債権者は債務者をして其の権利に付、処分権を失はしめんとせば其の者に対し代位権の行使に着手したることを通知するか又は債務者に於て既に債権者が代位権の行使に着手したることを了知し居れるが如き事実の存在せざるべからざるものと謂ふべく債務者は右通知を受けたる時より又は右了知の時より其の権利を処分することを得ざるに至るものと解せざるべからず。是債務者不知の間に其の権利の処分権を制限するは不当なるを以て債権者の通知を要するも既に債務者に付、通知を受けたると同視し得べき事実即ち債務者が了知せる以上特に通知なきも債務者保護に欠くところなきを以てなり」

【最判昭 37.2.15 集民 58-645】債権者代位権行使後の債務者の提訴(不可)[S35 才 706]

Y 先代 Y(実際は Y)→A(ここで国が差押登記)→B と所有権移転及び登記がされ、Y→B の抹消登記手続請求の裁判上の和解で Y'→A→B の登記をまとめて抹消し、Y'→Y の相続原因登記後、Y→C へ所有権移転及び登記をなし、C 死亡によって Z1,Z2,Z3 が相続したもの。X(国)が Z1,Z2,Z3 へ登記抹消請求、Y へ登記回復請求
和解契約は差押違反+A が当事者でなく A に対して効力がないから所有権移転登記抹消は違法で、A は登記の回復登記請求権があって、差押登記後ゆえ、国は代位可能とした上で、

「所論は A が Y に対し X の訴と同趣旨の訴を X と相呼応して提起したから、X はもはや代位権を行使し得べき限りではないと主張する。しかし原判決によれば A は X の本件訴の後に Y に訴を提起したものであることが窺われるのであり、このように代位権者が訴を提起して代位権を行使した後は債務者は代位の目的となった権利について訴を提起することを得ないものと解すべきであるから、所論はその理由がない(大判昭 14.5.16 参照)。」

【最判昭 45.6.2 民集 24-6-447】代位訴訟と滞納処分権者の取立訴訟の関係[S44 才 626]

代位訴訟提起と国の滞納処分の取立権行使としてした給付の訴えが重複したもの(原審は)

「国税徴収法八条により国税の徴収について認められる優先権は、現実の弁済にあたって確保されれば足りるのであるから、その徴収のため滞納者に属する債権に対する滞納処分が開始され、国がその取立権の行使として訴を提起した場合でも、それに先き立ち他の債権者から債権者代位権に基づいて提起されていた同一債権についての給付の訴が許されなくなるものとする必要はない。したがって、被告人金庫の本件訴の提起後に、被告人金庫が国税の滞納処分として訴外人らの右売買代金債権を差し押え、取立権を行使して上告人に対し自らその支払を求める訴を提起したことによつて、被告人金庫の債権者代位権行使の権限が失われるものではなく、裁判所は、被告人ららの両請求を併合して審理し、これをともに認容することは妨げられない……なお、被告人らは各自の権限に基づき訴外人らの同一債権を行使するものであつて、両請求がともに認容されたからといつて、上告人が自己の債務の額をこえて現実の支払を強制されるわけではないから、上告人に所論のような不利益を及ぼすものとはいえない」

【最判昭 48.4.24 民集 27-3-596】代位訴訟への債務者の当事者参加[S47 才 908]

土地転貸人兼一部建物賃貸人 X→土地転借人兼一部建物賃借人 Y への建物明渡・建物収去土地明渡請求訴訟に、土地所有者 Z が当事者参加して X 宛賃借権不存在確認、Y 宛建物収去土地明渡請求をしたもの→一審:(X 請求)棄却、(Z 請求)認容→XY 控訴:(X 請求)変更[建物明渡]認容[建物収去土地明渡]却下(Z 請求)棄却→Y 上告棄却

「債権者が民法四二三条一項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であつても、債務者が民訴法七一条により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民訴法二三一条の重複起訴禁止にふれるものではない……けだし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。したがつて、債務者の右訴は、債権者の代位訴訟が係属しているというだけでただちに不適法として排斥されるべきものと解すべきではない。もつとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となつ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、したがつて、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる（大判昭 14.5.16 参照）のであつて、この理は、債務者の訴提起が前記参加による場合であつても異なるものではない。したがつて、審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となつた権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失つていないものとして、その訴は適法といふことができる」(Xは土地賃借権を被保全債権としてZに代位してYに土地明渡を請求しているから)

→代位債権者が当事者となつた判決の効力は債務者にも及ぶ

(代位債権者の善管注意義務違反で敗訴した場合などは代位債権者に損賠請求可)

【大判大 15.3.15 民集 19-586】代位訴訟と時効中断[S14 才 123]

「按ずるに本件は上告人が訴外衛藤立磨の債権者として同訴外人の被上告人に対し有する工事請負報酬金債権を差押転付を受けたるものとなし其の履行を求むるものにして被上告人の時効の抗弁に対しては右衛藤立磨の債権者たる訴外熊野徳一が債務者衛藤に代位し同人の被上告人に対する本件請負報酬金債権請求の訴訟を提起し勝訴の判決を受けたるが故に同債権の消滅時効は上告人との関係に於ても之が為に中断せられたるものなる旨主張したること原判文上明白なり。抑も債権者が民法第四百二十三条の規定に依り其の債務者に属する権利の行使として第三債務者に対し訴訟を提起し判決を受けたる場合には同判決は債務者が当該訴訟に参加したると否とに論なく常に民事訴訟法第二百一条第二項の規定に依り債務者に対しても亦其の効力を有するものと解すべきものとす。蓋債権者が右の如く債務者の権利に付、代位権の行使として訴訟を提起する所以は固より自己の債権保全の意図に出づること勿論なりと雖又自己の名に於て債務者の権利を行使する関係に於ては尚債務者の為に訴訟当事者と為りたるものと做すを妨げざるが故なり。素より債権者は代位権行使に付ては訴訟に依る場合と雖善良なる管理者の注意を払ふを当然とするを以て若し訴訟追行上過失の存する場合(例へば債務者に訴訟告知を為さざりし為債務者の手に存する訴訟資料を利用し得ざりし場合の如き)には債務者に対し損害賠償の責に任ずべく前示判決の効力を債務者に及ぼすものなりとの解釈は敢て債務者に酷なりと云ふを得ざるものとす」

【最判昭 54.4.24 民集 33-2-270】代位訴訟での債権者の有する再抗弁の提出[S51 才 49]

振込金請求(被告銀行が相殺の抗弁を提出したため、原告債権者が相殺権の濫用の再抗弁を提出し、原審がこれを認めたもの→破棄差戻し)

「本件訴訟は、被上告人が、民法四二三条一項の規定に基づき、訴外会社と上告人との間で締結された荷為替手形の取立金からの前示振込委任契約を訴外会社に代位して解除し、その結果、上告人の訴外会社に対する支払義務が具体化するに至つた右取立金の返還債務につき、被上告人が訴外会社に対して有する前示売買代金債権を保全するため、さらに訴外会社に代位して自己に直接支払を求めることを内容とする債権者代位訴訟であるから、被上告人の提出にかかる前記権利濫用の抗弁の採否は、まず本件訴訟の右の性格を考慮して決すべきものであるところ、債権者代位訴訟における原告は、その債務者に対する自己の債権を保全するため債務者の第三債務者に対する権利について管理権を取得し、その管理権の行使として債務者に代り自己の名において債務者に属する権

利を行使するものであるから、その地位はあたかも債務者になり代るものであつて、債務者自身が原告になつた場合と同様の地位を有するに至るものというべく、したがつて、被告となつた第三債務者は、債務者がみずから原告になつた場合に比べて、より不利益な地位に立たされることがないとともに、原告となつた債権者もまた、その債務者が現に有する法律上の地位に比べて、より有利な地位を享受するものではないといわなければならない。そうであるとするならば、第三債務者である被告の提出した債務者に対する債権を自働債権とする相殺の抗弁に対し、代位債権者たる原告の提出することのできる再抗弁は、債務者自身が主張することのできる再抗弁事由に限定されるべきであつて、債務者と関係のない、原告の独自の事情に基づく抗弁を提出することはできない」→本件での相殺権の濫用の理由は債権者固有のものゆえ、許されない

→債務者は被保全債権の不存在を理由に代位訴訟による判決効の拘束を免れうる

【大阪地判昭 45.5.28 下民集 21-5=6-720】被保全債権不存在の看過[S44 ワ 4784 等]

A→Xの家屋明渡請求前訴(代位訴訟・認容判決確定)についての執行文付与異議訴訟等：認容

「Aは右解除とともに代位訴訟における当該代位債権を失うことによつて民訴法二〇一条二項にいう他人のための訴訟担当者たるの適格を喪失し、右判示後段による本件確定判決はこれを看過して為された判決というの外ないところ、右訴訟の当事者であつた本件原告と訴外会社の間においてはさておき、代位債務者であつた本件被告との関係においては、右当事者適格看過の判決はその効力をこれに及ぼすに由なきものと解すべきであり、しかもこの点は、右代位債務者(本件被告)自身のみならず、本件の如き場合、第三債務者(本件原告)も亦これを主張し得るものというのが相当である。従つて、原告の異議事由第二点は理由があるとしなければならない」

* 債権者取立訴訟(民執 155-1)：差押債権者が取立権を行使して取立訴訟を提起する場合

→訴訟担当として既判力を及ぼすべき ∴債権者に手続保障、第三債務者の二重の危険の防止

・ 例外②：当事者・訴訟担当の被担当者の口頭弁論終結後の承継人

∴当事者間の公平 = 敗訴当事者が訴訟物たる権利を譲渡して判決効を潜脱することの防止

* 承継の時期

= (事実審の)口頭弁論終結後 → 判断基準は、承継が効力を生じたとき

・ 口頭弁論終結前に条件付で承継され、終結後に条件成就したとき

→効力を生ずるのは基準時後であるから、既判力が及ぶ

・ 口頭弁論終結前の承継人

→既判力は及ばない、訴訟承継の問題として扱う

・ 口頭弁論終結前に権利移転がされ、終結後に対抗要件が備えられたとき

→訴訟上、登記がないと前主が権利者として訴訟が進められるから、既判力が及ぶ

※終結前の仮登記があつても、本登記が終結後なら既判力が及ぶ

【大判昭 17.5.26 民集 21-592】登記が終結後なら、口頭弁論終結後の承継人にあたる

【最判昭 52.12.23 判時 881-105】終結前の仮登記があつても同じ

【大判昭 19.3.14 民集 23-155】債権譲渡も対抗要件具備の時期で決する(放棄調書の事案)

* 承継の種類

・ 一般承継・特定承継のいずれでもよい ← 一般承継人は実質的当事者として扱うべき

・ 承継の原因は問わない：法律行為、競売・転付命令等、法律の規定(民 254,286…)など

←終結後の取消権行使によつて前主に復帰する場合は含まない

* 承継の対象

- ・訴訟物たる権利関係が承継された場合：既判力が及ぶ(争いなし)
 - 例：所有権の譲受人、債権の譲受人、免責的債務引受をした者など
 - ←併存的債務引受：否定(争いあり)：新債務を設定するものであるから承継人にあたらない
 - ←保証人：否定：論理関係はあるが、基準時後の地位の承継があるとはいえない
- ・訴訟物の基礎たる権利または訴訟物から派生する権利関係の承継：既判力が及ぶ範囲
 - 従来通説：当事者適格の移転をもって承継人の範囲を定める
 - 例：所有権に基づく引渡請求認容判決 → 目的物の占有譲受人にも拡張される
 - = 自己の占有権限の前提として、前主たる被告の占有権原を主張できない
 - 近時多数：紛争の主体たる地位の移転：前訴と後訴で訴訟物が異なる(→当事者適格も別)
 - 例：賃貸借終了に基づく建物収去土地明渡認容判決 → 建物賃借人に拡張する
 - = 自己の建物土地占有権原の前提として被告の土地占有権限を援用できない
 - 近時有力：訴訟物およびこれに関連する実体法上の権利関係を基準とする(依存関係説)
 - ：従来通説・近時多数説は訴訟承継に引きずられている。手続保障ではなく、当事者と第三者の公平を考慮して既判力の拡張を認める趣旨なら、実体法上の権利関係が基準。第三者が知らないおそれもあるが、それをいっただけで確定判決の紛争解決機能を損なう

※訴訟承継について「紛争の主体たる地位」に言及したもの

【最判昭 41.3.22 民集 20-3-484】 訴訟承継の承継原因[S39 才 620]

「賃借人が、土地賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対して地上建物の収去、土地の明渡を求める訴訟が係属中に、土地賃借人からその所有の前記建物の一部を賃借し、これに基づき、当該建物部分および建物敷地の占有を承継した者は、民訴法七四条【=現§50】にいう「其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタル」者に該当する……」
 けだし、土地賃借人が契約の終了に基づいて土地賃借人に対して負担する地上建物の収去義務は、右建物から立ち退く義務を包含するものであり、当該建物収去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、第三者が土地賃借人から係争建物の一部および建物敷地の占有を承継することによつて、第三者の土地賃借人に対する退去義務の存否に関する紛争という型態をとつて、右両者間に移行し、第三者は当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解されるからである。これを実質的に考察しても、第三者の占有の適否ないし土地賃借人に対する退去義務の存否は、帰するところ、土地賃貸借契約が終了していないとする土地賃借人の主張とこれを支える証拠関係（訴訟資料）に依存するとともに、他面において、土地賃借人側の反対の訴訟資料によつて否定されうる関係にあるのが通常であるから、かかる場合、土地賃借人が、第三者を相手どつて新たに訴訟を提起する代わりに、土地賃借人との間の既存の訴訟を第三者に承継させて、従前の訴訟資料を利用し、争いの実効的な解決を計ろうとする要請は、民訴法七四条の法意に鑑み、正当なものとしてこれを是認すべきであるし、これにより第三者の利益を損うものとは考えられないのである。そして、たとえ、土地賃借人の第三者に対する請求が土地所有権に基づく物上請求であり、土地賃借人に対する請求が債権的請求であつて、前者と後者とが権利としての性質を異にするからといつて、叙上の理は左右されない」(家屋退去土地明渡→認容/棄却)

※既判力が及ぶとされた例

【最判昭 54.1.30 判時 918-67】 登記抹消請求の敗訴被告からの所有権・登記名義取得者

【最判昭 46.6.3 判時 634-37】 既判力の拡張を受ける承継人は再審訴訟の適格がある

【大決昭 7.9.10 新聞 3460-15】 先順位抵当権不存在確認敗訴後の後順位者からの譲受人

【大判昭 17.3.4 判決全集 9-26-5】 動産引渡判決の原告からの目的物譲受人(執行力の事案)

* 承継の対象について争われる場合

- ・物権的請求権と債権的請求権の区別：判例は問題としない

→賃貸借契約終了に伴う目的物返還請求としての建物収去土地明渡請求と建物承継人

※前者は債権的請求、承継人には物権的請求ゆえ別ではないか、とするもの

【大決昭 5.4.24 民集 9-415】【最判昭 26.4.13 民集 5-5-242】区別は問題としない

【最判昭 41.3.22 民集 20-3-484】区別は問題としない(訴訟承継の承継原因)

- ・実質説と形式説：承継人が虚偽表示の善意の第三者にあたるなど

→実質説：実体法上保護されるべき独自の地位をもつときは、承継人として扱われない

→形式説：第三者は承継人として扱われるが、自己の独自の法律上の地位は主張できる

∴第三者が争えるのは自己の独自の法律上の地位のみとすべき、第三者が善意かどうか

で既判力が及ぶか決まるのはおかしい、棄却判決なら有利ゆえ及ぶのは不公平

→[伊藤]善意の第三者なら、既判力を及ぼすべき対象を欠く(判例はそういう趣旨、とする)

【最判昭 48.6.21 民集 27-6-712】確定判決後の承継人たる地位と善意の第三者[S47 才 198]

Y→A の不実の移転登記があり、Y 破産管財人の提起した前訴で虚偽表示無効として A→Y の移転登記請求が認められたが、基準時に X がこれを知らず A に対する強制競売で競落、登記を経たもの。

「以上の事実関係のもとにおいては、Y は、本件土地につき A 名義でなされた前記所有権取得登記が、通謀虚偽表示によるもので無効であることを、善意の第三者である X に対抗することはできないものであるから、X は本件土地の所有権を取得するに至つたものである……このことは Y と A との間の前記確定判決の存在によつて左右されない。そして、X は A の Y に対する本件土地所有権移転登記義務を承継するものではないから、Y が、右確定判決につき、A の承継人として X に対する承継執行文の付与を受けて執行することは許されない」「Y は右確定判決につき X に対する承継執行文の付与を受けて、これに基づき、本件土地の所有名義を自己に回復するための所有権移転登記を経由したというのである。Y の右行為は違法であつて、右登記の無効であることは前説示に照らし明らか」(所有権確認・所有権移転登記手続請求→認容/棄却/棄却)

【最判昭 41.6.2 判時 464-25】確定判決後の承継人たる地位と第二譲受人[S38 才 1319]

Y→A の所有権移転登記手続請求で Y 勝訴確定後、A→B→X と有効な所有権移転登記がされたもの

「原判決が本件はひつきょう不動産の二重売買に基づく紛争に外ならず、Y と B については X とのいずれがその所有権取得を相手方に対抗できるかは登記の先後によって決すべきであるとした判断は、すべて相当」

- ・例外③：当事者ら・承継人のために請求の目的物を所持する者

∴固有の利益がなく、手続保障が不要だから

* 請求の目的物：訴訟物たる特定物引渡請求権の対象物たる動産・不動産をいう

* 訴訟物の性質：債権的請求権・物権的請求権を問わない

* 所持：開始時期と基準時の先後は問題とならない

* 当事者のための所持

・意義：占有代理人のうち、専ら本人のためにする意思をもって目的物の所持をなす者

→例：受寄者、管理人、同居者、家族など

・対象外：雇人・法人の機関・法定代理人等、独立の占有を持たない占有機関(占有補助者)

→前訴当事者との間に当該占有を基礎とする権利関係は生じないので、拡張は不要

・対象外：賃借人や質権者のように自己の法律上の利益のために占有をなす者

←占有移転禁止仮処分後に占有を開始した者(旧有力は含める ← 民保 62-1 により解決)

←虚偽表示(執行免脱目的)に基づく占有者・登記名義人も含める

3. 既判力の主観的範囲が一般第三者に拡張される場合(対世効)について、それぞれの場合における根拠や趣旨を説明することができる。

・例外④：対世効ある判決

* 人訴 24 Ⅰ：法律上の利害関係を持つ者は限定的、弁論主義の排除等、第三者の参加も規定

* 会社 838 等(認容のみ)、行訴 32(認容のみ)：法律関係を画一的に確定するため

・例外⑤：特定範囲の第三者への既判力の拡張 Ⅰ：法律関係の画一的確定+手続保障あり

* 破産 131-1、民再 111-1(破産債権者・再生債権者全員に対する既判力)

* 会更 161(更正債権者・更生担保権者・株主に対する既判力)

* 民執 157-3(参加命令を受けながら参加しなかった差押債権者に対する取立訴訟の既判力)

4. 反射効に関する議論について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・意義：明文規定はないが、第三者の法的地位が判決を受けた当事者の法的地位に実体法上依存する関係にある場合に、第三者が反射的に利益・不利益を受けること

* 例：債権者→主債務者の履行請求敗訴により、保証人がそれを有利に援用できる(附従性)

→①保証(主債務不存在,民 448)、②相殺(相殺消滅による連帯債務不存在,民 436,民訴 114-2)

③持分会社の債務(債務存否→社員の債務,会社 580-1:1)、④賃借権確認と転借人の地位など

・支持説(多数)：法的共同関係に基づき当事者の地位に関する判決の効力の援用が許されるべき、同一紛争の蒸し返し防止(保証人が敗訴すれば主債務者に求償する)

・否定説(判例)：反射効は既判力と同質で既判力につき訴訟法説を採れば明文の根拠がない
不利益を受ける場合手続保障を欠く、結果の矛盾は個別訴訟を認める以上やむを得ない

【最判昭 51.10.21 民集 30-9-903】 反射効[S49 才 937]

Y が X らの連帯保証の下に亡 A に対して現金を貸し付け、A はその返済をしないまま死亡し、A の妻子が右借金債務を相続承継し、Y は右借金債務の履行を求めて X ら及び相続人を訴えたところ、上告人らに対する請求は認容されたが(控訴審の口頭弁論期日に双方欠席でみなし取下げ→確定)、原因事実を争った相続人の弁論は分離され、相続人に対する請求は棄却されたため、X が請求異議訴訟を提起したもの

「所論は、要するに、上告人に対する前記判決は連帯保証債務の履行を命ずるものであるところ、その主債務は、右判決確定後、主債務関係の当事者である被上告人と右相続人ら間の確定判決により不存在と確定されたから、上告人は、連帯保証債務の附従性に基づき請求異議の訴により自己に対する前記判決の執行力の排除を求めることができる筋合であると主張する。そこで案ずるに、一般に保証人が、債権者からの保証債務履行請求訴訟において、主債務者勝訴の確定判決を援用することにより保証人勝訴の判決を導きうると解せられるにしても、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……けだし、保証人が主債務者勝訴の確定判決を援用することが許されるにしても、これは、右確定判決の既判力が保証人に拡張されることに基づくものではない……また、保証人は、保証人敗訴の確定判決の効力として、その判決の基礎となった事実審口頭弁論終結の時までに提出できたにもかかわらず提出しなかった事実に基づいてはもはや債権者の権利を争うことは許されない……ところ、保証人敗訴判決の確定後において主債務者勝訴の確定判決があつても、その勝訴の理由が保証人敗訴判決の基礎となった事実審口頭弁論の終結後に生じた

事由に基づくものでない限り、この主債務者勝訴判決を援用して、保証人敗訴の確定判決に対する請求異議事由とするのを認めることは、実質的には前記保証人敗訴の確定判決の効力により保証人が主張することのできない事実に基づいて再び債権者の権利を争うことを容認するのとなんら異なるところがないといえるからである」

【最判昭 53.3.23 判時 886-35】 反射効[S51 才 348]

A-Z間の事故でA死亡、遺族XらがZとY(国)に損賠請求し、一番でZは同一事故でのZの損賠請求権で相殺を主張してZにつき残額、Yはそれより多額を認容し、Z関係は確定 → Y控訴：相殺部分について減縮を主張し、確定判決だけで控訴審は減縮を認定 → X上告：破棄差戻し

「不真正連帯債務者中の一人と債権者との間の確定判決は、他の債務者にその効力を及ぼすものではなく、このことは、民訴法一九九条二項により確定判決の既判力が相殺のために主張された反対債権の存否について生ずる場合においても同様である……もとより、不真正連帯債務者の一人と債権者との間で実体法上有効な相殺がなされれば、これによって債権の消滅した限度で他の債務者の債務も消滅するが、他の債務者と債権者との間の訴訟においてこの債務消滅を認めて判決の基礎とするためには、右相殺が実体法上有効であることを認定判断することを要し、相殺の当事者たる債務者と債権者との間にその相殺の効力を肯定した確定判決が存在する場合であっても、この判決の効力は他の債務者と債権者との間の訴訟に及ぶものではないと解すべきであるから、右認定判断はこれを省略することはできない」

・ **法人格否認の法理**

* 法人格が全くの形骸にすぎないか、法律の適用回避のために濫用されている場合

→実体法上は認められるが、訴訟手続・執行手続では明確性・安定性から否定される

【最判昭 48.10.26 民集 27-9-1240】 実体法上の法人格否認の法理[S45 才 658]

「株式会社が商法の規定に準拠して比較的容易に設立されうることに乗じ、取引の相手方からの債務履行請求手続を誤らせ時間と費用とを浪費させる手段として、旧会社の営業財産をそのまま流用し、商号、代表取締役、営業目的、従業員などが旧会社のそれと同一の新会社を設立したような場合には、形式的には新会社の設立登記がなされていても、新旧両会社の実質は前後同一であり、新会社の設立は旧会社の債務の免脱を目的としてなされた会社制度の濫用であつて、このような場合、会社は右取引の相手方に対し、信義則上、新旧両会社が別人格であることを主張できず、相手方は新旧両会社のいずれに対しても右債務についてその責任を追求することができる…（最判昭 44.2.27 参照）。」（居室明渡等請求：被告会社が改名の上、同名で役員等もまったく同じ新会社を創立、控訴審で口頭弁論終結後に弁論再開を申請し、再開後にはじめてそれを明らかにした。認容/棄却）

【最判昭 53.9.14 判時 906-88】 上田養豚事件(新会社への執行文付与)[]

(株)上田養豚への確定判決に対し、資金難・敗訴目前であったため義兄の資金で上田養豚(株)を設立、(株)上田養豚から豚や設備等を無償で譲り受けて営業を開始した。役員も実質は(株)上田養豚と同じ

「上告会社が訴外会社とは別個の法人として設立手続、設立登記を経ているものである以上、上記のような事実関係から直ちに両会社が全く同一の法人格であると解することは、商法が、株式会社の設立の無効は一定の要件の下に認められる設立無効の訴のみによって主張されるべきことを定めていること（同法四二八条）及び法的安定の見地からいって認し難い」「もっとも、右のように上告会社の設立が訴外会社の債務の支払を免れる意図の下にされたものであり、法人格の濫用と認められる場合には、いわゆる法人格否認の法理により被上告人は自己と訴外会社間の前記確定判決の内容である損害賠償請求を上告会社に対してすることができる……しかし、この場合においても、権利関係の公権的な確定及びその迅速確実な実現をはか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、その手続の性格上訴外会社に対する判決の既判力及び執行力の範囲を上告会社にまで拡張することは許されない（最判昭 44.2.27 参照）」 →差戻審で損賠請求に切り替えて認容

第7款 その他の判決効

1. 広義の執行と狭義の執行の概念を理解している。
 - ・ 広義の執行力：国家機関に対して判決主文に適合した法律状態の実現を請求できる効力
 - * 給付判決、確認判決、形成判決の確定判決のほか、仮執行宣言付終局判決にある
 - * 例：戸籍の訂正(形成判決に基づく)、登記の記入、強制執行停止等
 - ・ 狭義の執行力：給付義務の実現を執行機関に対して求めることのできる効力
 - * 債務名義 = 給付判決やそれと同一の効力を認められる和解調書等
2. 執行力の意義及び内容を理解している。
 - ・ 意義：執行機関等の国家機関に対し、判決の内容に適合した状態の実現を求めうる当事者の地位 = 判決裁判所以外の国家機関に対する拘束力 ⇔ 既判力：後訴裁判所に対する拘束力
 - ・ 主観的範囲(民執 23)：第三者の法的利益が強制執行により影響されるか否か
 - 民執 23-1 執行証書以外の債務名義による強制執行は、次に掲げる者に対し、又はその者のためにすることができる【#2:執行証書→執行証書に表示された当事者又は執行証書作成後のその承継人】
 - 一 債務名義に表示された当事者
 - 二 債務名義に表示された当事者が他人のために当事者となつた場合のその他人
 - 三 前二号に掲げる者の債務名義成立後の承継人【確定判決・仮執行宣言付終局判決・国裁判所判決：口頭弁論終結後の承継人、仮執行宣言付損害賠償命令・(確定判決と同一効力をもつ)損害賠償命令：審理終結後の承継人】
 - #3 第一項に規定する債務名義による強制執行は、同項各号に掲げる者のために請求の目的物を所持する者に対しても、することができる
 - * 執行力拡張の範囲：伊藤は起訴責任転換説
 - ・ 実質説：既判力で承継人にあたらない可能性のある第三者は、執行力でも承継人ではない
 - ← 第三者の即時取得等の可能性だけで執行力拡張を否定すると、承継執行の実効性を失わせる
 - ・ 権利確認説：執行文付与手続で、承継人への請求権が蓋然的に推認されれば拡張される
 - ← 執行文付与機関はそのような実質的審理を予定していない
 - ・ 起訴責任転換説：承継執行は認められ、第三者の側で請求異議の訴えを提起する必要がある
3. 仮執行宣言及び執行の停止について理解している。
 - ・ 仮執行宣言
 - * 意義：上訴によって勝訴者は終局判決の確定が妨げられるため、その不利益を補い、当事者間の均衡を確保するため未確定の終局判決であっても執行力が認められるもの
 - * 性質：形成的裁判(執行力の付与という法律効果を生じるから)
 - * 要件：財産上の請求であること + 仮執行の必要性 ← 当事者の申立ては不要(職権可)
 - §259-1 財産権上の請求に関する判決については、裁判所は、必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、担保を立てて、又は立てないで仮執行をすることができることを宣言することができる
 - ・ 意思表示の仮執行宣言：不可 ∵ 民執 174-1 で確定判決時に意思表示が擬制されるから
 - 【最判昭 41.6.2 判時 464-25】 誤った仮執行宣言に基づく登記と判決の確定[S38 才 1319]
 - 「B は同人より A に対する本件土地の所有権移転登記手続請求事件の勝訴判決の仮執行の宣言に基づいて、右判決確定前の昭 30.2.18 本件土地につき所有権移転の登記を経たもので、右登記が違法であることは、所論のとおりであるけれども、右 B の A に対する前記所有権移転登記手続請求の勝訴判決はその直後同年 2.24 確定し

たというのであるから、登記義務者たる A の登記権利者たる B に対する登記申請の意思は、右判決の確定により表示されたこととなり、結局右の登記は、登記義務者の意思に合致するに至り、右登記の違法は治癒され、有効な所有権移転登記が B のためになされたものと解する」

- ・ 仮執行の必要性：債権者の生活や事業に重大な損害、時間の経過で実質を損なう場合(少額等)
← 仮執行で債務者が被る損害の重大・回復困難、上訴での取消の蓋然性など

- ・ 仮執行宣言が必要的：§259-2(手形/小切手金請求)、§310(控訴審)、§376-1(少額訴訟)

- * 手続：判決主文に掲げる(§259-4)、忘れていたら、申立て/職権で補充の決定をする(#5)

- * 仮執行免脱宣言(§259-3)：担保提供(執行遅滞による損害の担保)で仮執行を免れうる宣言

【最判昭 43.6.21 民集 22-6-1329】免脱宣言の担保は執行債権自体の担保ではない

- * 仮執行の効果：本執行(→配当まで進む)だが、実現されるべき権利の存在は仮定的

【最判平 24.4.6 民集 66-6-2535】仮執行と上訴審の審判[H22 受 754]

「仮執行宣言付きの第 1 審判決に対して控訴があったときは、控訴審は、当該仮執行宣言に基づく強制執行によって給付がされた事実を考慮することなく、請求の当否を判断すべきである(最判昭 36.2.9 参照)。このことは、第 1 審判決の仮執行宣言に基づく強制執行によって建物が明け渡されているときに、当該建物の明渡請求の当否を判断する場合はもちろん、これと併合されている賃料相当損害金等の支払請求の当否や同請求に対する抗弁において主張されている敷金返還請求権の存否を判断する場合でも、異なるところはない。上記の給付がされた事実を控訴審が考慮しなかった結果第 1 審判決が確定したとしても、上記の給付がされたことにより生じた実体法上の効果は、仮執行宣言が効力を失わないことを条件とするものであり、当該確定判決に基づく強制執行の手続において考慮されるべきことであるから、上記の給付をした者の権利が害されるとはいえない」

- * 仮執行宣言の失効(§260-1)：宣言又は本案判決を変更する判決の言渡しで失効する

- ・ 原状回復(#2,3)：被告の申立てにより給付物の返還や損害の賠償を命じる(別訴請求も可)

【最判昭 47.6.15 民集 26-5-1000】原状回復命令は仮執行宣言に応じた任意弁済も含む

【最判昭 52.3.15 民集 31-2-289】損害は財産上・精神上を問わず相当因果関係ある全損害

【大判昭 12.2.23 民集 16-133】原状回復の損害責任は無過失責任

- ・ 執行停止(§403)：不服申立てがなされても、そのみでは原裁判の執行力は失われぬため、一定の要件のもとに仮の救済として執行力を停止するもの

- * 手続：当事者の書面の申立て(則 238) → 決定(担保等も可)、不服申立て不可(#2)

- ・ 訴訟記録が原裁判所にあるときは、原裁判所が裁判をする(§404)

§403-1 次に掲げる場合には、裁判所は、申立てにより、決定で、担保を立てさせて、若しくは立てさせないで強制執行の一時の停止を命じ、又はこれとともに、担保を立てて強制執行の開始若しくは続行をすべき旨を命じ、若しくは担保を立てさせて既にした執行処分^の取消しを命ずることができる。ただし、強制執行の開始又は続行をすべき旨の命令は、第三号から第六号までに掲げる場合に限り、することができる

- * 要件

- ・ 理由が認められそうなこと(表現はばらばら)+償うことができない損害のおそれ

→①特別上告等・再審、②仮執行宣言(以下宣言略)判決への上告・上告受理申立て

- ・ 理由がないとはいえないこと or 著しい損害(金銭で回復可能だが、實際上困難)のおそれ

→③判決への控訴・支払督促への督促異議申立て

- ・ 原判決等取消・変更原因事情の疎明

- ④手形金請求等の判決への控訴・異議、⑤手形訴訟・少額訴訟等の判決への異議申立て
- ・法律上理由があるとみえる+事実上の点の疎明
- ⑥定期金賠償命令確定判決変更の訴えの原確定判決

4. 形成力の意義及び内容を理解している。

- ・意義：形成請求を認容する形成判決の確定により、判決内容通りに法律関係を発生・変更・消滅させる効力のこと

5. その他の判決効

- ・人事訴訟における別訴禁止効(人訴 25)

第8款 訴訟費用

1. 訴訟費用の負担の原則及びそれに対する例外について、条文を参照して説明することができる。

- ・訴訟費用の負担の原則(§61)：敗訴当事者の負担(訴訟費用敗訴者負担の原則) ∴結果責任

* 狭義の訴訟費用

- ・裁判費用(申立手数料、送達費用、証拠調べ経費等)→事前納付・予納(民訴費用 6,12 等)
- ・当事者費用(期日出頭旅費等)→当事者が自ら支出する(民訴費用 2:4,6 等)

- * 弁護士費用の扱い：§155-2(弁論能力欠缺)の場合の付添命令等を除き、当事者費用でない

【最判昭 44.2.27 民集 23-2-441】 弁護士費用の不法行為損害請求(可能)[S41 才 280]

「思うに、わが国の現行法は弁護士強制主義を採ることなく、訴訟追行を本人が行なうか、弁護士を選任して行なうかの選択の余地が当事者に残されているのみならず、弁護士費用は訴訟費用に含まれていないのであるが、現在の訴訟はますます専門化され技術化された訴訟追行を当事者に対して要求する以上、一般人が単独にて十分な訴訟活動を展開することはほとんど不可能に近いのである。従つて、相手方の故意又は過失によつて自己の権利を侵害された者が損害賠償義務者たる相手方から容易にその履行を受け得ないため、自己の権利擁護上、訴を提起することを余儀なくされた場合においては、一般人は弁護士に委任するにあらざれば、十分な訴訟活動をなし得ないのである。そして現在においては、このようなことが通常と認められるからには、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべき」(抵当権設定登記抹消登記手続請求。弁護士着手金 13 万円の不法行為損害請求を認容/棄却/棄却)

【最判平 24.2.24 判時 2144-89】 安全配慮義務違反の損害請求での弁護士費用[H23 受 1039]

「労働者が、就労中の事故等につき、使用者に対し、その安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合と同様、その労働者において、具体的事案に応じ、損害の発生及びその額のみならず、使用者の安全配慮義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張立証する責任を負うのであって（最判昭 56.2.16 参照）、労働者が主張立証すべき事実は、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合とほとんど変わるところがない。そうすると、使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権は、労働者がこれを訴訟上行使するためには弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動をすることが困難な類型に属する請求権である……したがって、労働者が、使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求するため訴えを提起することを余儀なくされ、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、上記安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害というべきである（最判昭 44.2.27 参照）。」（弁護士費用 190 万：認容額の約 1 割につき、棄却部分破棄差戻し）

- * 例外：裁判所の裁量による調整
 - ・ 不必要な行為(§62)、訴訟遅滞(§63)、一部敗訴(§64)、共同訴訟(§65:原則等分だが調整可)
 - ・ 訴訟費用負担の裁判(§67)：職権による
 - * 終局判決の主文で、その審級の訴訟費用の全部につき当事者の負担を定める(#1)
 - ← 本案裁判を変更する上級審、差戻し・受移送審の終局裁判は、訴訟の総費用(#2)
 - * 訴訟費用負担の裁判への独立の上訴：不可(§282,313→282) ∵ 本案の当否の審査が必要
 - ・ 本案上訴とともに不服申立ては可能 → 本案棄却なら不服申立ては不適法(判例)
 - ← 原判決が理由は間違いだが結論維持の棄却もありうるので、適法とすべき(通説)
 - 【大判昭 15.6.28 民集 19-1071】 上訴棄却の場合、訴訟費用の不服申立ては不適法となる
 - * 雑則：和解では特になし限り各自負担(§68)、法定代理人等の費用償還(§69)
 - ・ 訴訟費用額の確定手続(§71)：執行力発生後、申立てで一審裁判所書記官が定める
 - ・ 訴訟費用の担保(§75)：原告が国外にいるなど、償還義務を果たさない恐れがある場合
2. 訴訟上の救助の制度の意義、付与の要件及び手続の概要について、条文を参照して説明することができる。
- ・ 意義：無資力者が提訴・応訴を断念することがないようにするための制度(cf.憲 32)
 - ∵ 最終的には償還を受けられても、一時的には訴訟費用を支出する必要があるから
 - 裁判費用等の支払を猶予し、勝訴したら敗訴当事者から国が費用を取り立てる
 - ・ 救助の付与(§82)：資力要件+勝訴見込みなしではない → 申立て → 裁判所の決定(審級ごと)
 - * 訴訟の準備及び追行に必要な費用：訴訟費用のほか、弁護士費用、調査費用等を含む
 - * 対象者：自然人を想定しているが、法人でもよい(その場合、事業継続に著しい支障が要件)
 - §82 訴訟の準備及び追行に必要な費用を支払う資力がない者又はその支払により生活に著しい支障を生ずる者
 に対しては、裁判所は、申立てにより、訴訟上の救助の決定をすることができる。ただし、勝訴の見込みがない
 とはいえないときに限る
 - 【大決昭 12.6.23 判決全集 4-12-20】 一審敗訴から当然に控訴審勝訴見込みなしとはいえない
 - * 不服申立て：却下決定に即時抗告(§86)、救助決定への相手方の即時抗告は争いがある
 - ← 訴訟費用担保免除の場合は即時抗告を認めるべき
 - 【最決平 16.7.13 民集 58-5-1599】 救助決定への相手方の即時抗告(無条件に可能)
 - ・ 救助の効力(§83-1)：裁判費用・執行費用・付添命令弁護士費用等の猶予、訴訟費用担保免除
 - 猶予した費用は国等が訴訟費用の負担を命じられた当事者から取り立てる(§71)
 - ・ 法律扶助：綜合法律支援法(平 16 法 74)による支援(法テラス：日本司法支援センター)
 - 裁判に要する費用の立替払いなど(同法 30)

第2節 裁判以外の終了

第1款 総論

1. 当事者の意思による訴訟の終了の趣旨を理解し、処分権主義との関係について説明することができる。
 - ・ 当事者の訴訟行為によって、両当事者と受訴裁判所の訴訟法律関係を消滅させるもの
∴私的自治の原則に基づく処分権主義の、訴訟の終了における現れ
→但し、訴えの提起と異なって、いったん訴訟係属が発生しているから、制約がある
(できない場合、できるがゼロに戻るわけではない場合)
 - ・ 当事者の意思による訴訟の終了ができない場合
 - * 人事訴訟のように、私的自治が制限される実体的法律関係(人訴 19-2 等)
 - * 債権者代位訴訟など、訴訟物について訴訟当事者の実体上の権能が制限される場合
2. 当事者の意思による訴訟の終了の種類を挙げ、その種類ごとに法的性質について説明することができる。
 - ・ 訴えの取下げ(§261~263)
 - * 訴訟物についての審判要求の撤回
 - ・ 請求の放棄(§266,267)
 - * 原告が請求に理由のないことを自認し、本案についての裁判所の判断を排除するもの
 - ・ 請求の認諾(§266,267)
 - * 被告が請求に理由のあることを自認し、本案についての裁判所の判断を排除するもの
 - ・ 訴訟上の和解(§264,265,267)
 - * 原被告両者が訴訟物に関して合意をなし、本案についての裁判所の判断を排除するもの

第2款 訴えの取下げ

1. 訴えの取下げの要件及び手続について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 意義：訴えによる審判要求を撤回する旨の、原告の裁判所に対する意思表示
 - ・ 要件(§261-1,2)
 - * 判決確定前であること(#1)
 - * 被告の同意(#2)：相手方が応訴した後 ∴被告の本案判決を求める権利の保護
←例外：本訴取下げ後の反訴取下げは同意不要 ∴原告は自分が先に取り下げたから
【山形地鶴岡支判昭 49.9.27 判時 765-98】被告が訴え却下を申立てた場合、同意不要
主動的に訴え却下、予備的に請求棄却を申し立てていた事例で、同意なき訴えの取下げを認める
 - * 訴訟能力ある原告本人か権限ある代理人がなすこと(§32-2:1,55-2:2)
 - ※請求の内容は問われない
【大判昭 14.5.20 民集 18-547】認知請求の訴えの取下げ(可能)
 - ※条件付の取下げ・取下げの撤回はできない ∴訴訟手続を不安定にするから
【最判昭 50.2.14 金法 754-29】条件付取下げはできない
【山形地鶴岡支判昭 49.9.27 判時 765-98】取下げの撤回はできない
 - ・ 手続(§261-3,4,5)
 - * 訴えの取下げの意思表示
 - ・ 書面でする(#3 本文)
 - ・ 口頭でする：口頭弁論等の期日に限る(#3 但書)
 - * 効果の発生
 - ・ 被告同意不要：意思表示で直ちに発効 → 書記官が相手方に通知する(則 162-2)
 - ・ 被告同意必要：出頭時を除き、取下書副本等を送達(#4)
→出頭時は口頭で同意、送達時は2週間以内に異議がなければ同意が擬制され、発効(#5)、
【最判昭 41.1.21 民集 20-1-94】訴えの交換的変更被告が異議なく応訴した場合は同意あり
【最判昭 37.4.6 民集 16-4-686】被告拒絶で無効が確定し、改めて同意しても無効のまま
 - * 訴えの一部取下げ
 - ・ 典型例：客観的併合の1個の請求の取下げ、共同訴訟人の一部への請求の取下げなど
 - ・ 異説あり：請求金額のみの減縮(請求原因は変更しない場合：変更すると訴えの交換的変更)
→給付命令の上限を画する特殊な訴訟行為(伊藤) ※一部請求を認めない立場
→訴えの一部取下げ(判例・通説、取下げの規定が適用される)
 - ・ 効果
 - * 訴訟係属の遡及的消滅(§262-1)
§262-1 訴訟は、訴えの取下げがあった部分については、初めから係属していなかったものとみなす
 - ・ 訴訟告知や裁判所の裁判の効力も消滅
←但し証拠調べや裁判があった事実は他の訴訟で援用できる場合がある
 - ・ 独立の訴訟法律関係の基礎たりうるもの(反訴や訴訟引受け)の効力は残存

- ・ 関連裁判籍は消滅しない ∴ 管轄は基礎の時が基準 (§15)

【札幌高判昭 41.9.19 高民集 19-5-428】 管轄選択権の濫用が認められた例 [前掲 27621919]

移送申立却下決定→即時抗告：原決定取消、被告住所管轄へ移送決定（振出人と裏書人2名への手形金支払請求を提起したが、釧路地裁管内の裏書人は同地裁管内の原告と通謀して裏書しており、冒頭でこの裏書人への訴えを取り下げたもの。振出人と残りの裏書人は盛岡地裁管内で、移送を申立てた）

「管轄は、起訴の時を標準として定まるものである（法第二九条）から、共同訴訟人である穂積壮八に対する訴が原裁判所の管轄に属したることにより、法第二一条により抗告人についても管轄が生じたりとすれば、起訴後同人に対する訴が取り下げられたことによつて、一旦生じた抗告人についての管轄を失うものではない」「然し乍ら、外形上、法第二一条の要件を充たす場合であつても、当事者（原告）が、本来管轄のない請求について自己に便利な裁判所へ管轄を生じさせるためだけの目的で、本来訴訟を進行する意思のないその裁判所の管轄に属する請求を併せてしたと認められるような場合は、法第二一条によつて与えられる管轄選択権の濫用として、これを許容することができない」→原告は前にも同じことをしており、管轄選択権の濫用で認められない。

- ・ 実体法上の効果

→消滅：時効中断効(民 149)、出訴期間遵守、形成権行使(別段の意思が認められれば有効)

【最判昭 38.1.18 民集 17-1-1】 時効中断の効力の維持 [S34 才 1099]

境界確定訴訟だったが、途中で所有権確認訴訟に交換的変更したもの

「本件繫争地域が被告の所有に属することの主張は終始変わることなく、唯単に請求の趣旨を境界確定から所有権確認に交替的に変更したに過ぎないこと、本件記録上明白である。このような場合には、裁判所の判断を求めることを断念して旧訴を取下げたものとみるべきではないから、訴の終了を意図する通常の訴の取下げとはその本質を異にし、民法一四九条の律意に徴して同条にいわゆる訴の取下中にはこのような場合を含まない……

(大判昭 18.6.29 参照)。されば、旧訴たる境界確定の訴提起によつて生じた被告の所有権取得時効を中断する効力は、その後の訴の交替的変更にも拘わらず、失効しない」

- ・ 訴訟費用の負担 (§73)：申立て→決定、原則は原告が敗訴者 (§61)

* 再訴禁止効 (§262-2)

- ・ 訴えの取下げの意思表示の瑕疵

* 瑕疵が再審事由 (§338-1:3,5) の場合のみ無効 (判例・通説) ∴ 訴訟行為で私法規定適用は排除

・ 但し、§338-1:3,5 の法意に照らし無効とするから、有罪判決の確定等は不要 (判例)

* 私法上の意思表示の瑕疵の規定は適用するが、錯誤や重過失の認定を厳格にする [伊藤]

【最判昭 46.6.25】 強迫による訴えの取下げの取消 [昭 46 才 243]

認知請求→一審：認容→控訴棄却(控訴審中訴え取下げ書面提出、翌日取消書面提出)→上告棄却

「訴の取下は訴訟行為であるから、一般に行為者の意思の瑕疵がただちにその効力を左右するものではないが、詐欺脅迫等明らかに刑事上罰すべき他人の行為により訴の取下がなされるにいたつたときは、民訴法四二〇条一項五号の法意に照らし、その取下は無効と解すべきであり、また、右無効の主張については、いつたん確定した判決に対する不服の申立である再審の訴を提起する場合とは異なり、同条二項の適用はなく、必ずしも右刑事上罰すべき他人の行為につき、有罪判決の確定ないしこれに準ずべき要件の具備、または告訴の提起等を必要としない……被告の法定代理人のした本件の訴の取下が、被告の刑事上罰すべき強要行為によつてなされたものである……したがつて、本件訴の取下は無効である」

- ・ 訴えの取下げの有無・効力の審理

* 扱い：職権調査事項 ∴ 訴訟係属の消長にかかわるから

* 訴訟係属の主張方法

- ・終局判決前：期日指定の申立て → 裁判所は期日指定・口頭弁論で審理する
→無効：口頭弁論を続ける(中間・終局判決の判決理由中で示す)
有効：訴訟終了宣言判決(+訴訟費用の裁判)

【大決昭 8.7.11 民集 12-2040】単に期日指定の申立てを却下することは許されない

- ・終局判決後：上訴 → 無効：上訴棄却、有効：取消自判(訴訟終了宣言判決)

2. 訴えの取下げによる再訴禁止の効果について、条文を参照して説明することができる。

- ・再訴禁止効(§262-2)：本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた者に生ずる

：本案判決後に訴えを取り下げて判決を失効させ、紛争解決の機会を自ら放棄した制裁

【最判昭 52.7.19 民集 31-4-693】再訴禁止効の意義と禁止されない場合[S51 才 1196]

「民訴法二二七条二項は、終局判決を得た後に訴を取下げることにより裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁的趣旨の規定であり、同一紛争をむし返して訴訟制度をもてあそぶような不当な事態の生起を防止する目的に出たものにほかならず、旧訴の取下者に対し、取下後に新たな訴の利益又は必要性が生じているにもかかわらず、一律絶対的に司法的救済の道を閉ざすことをまで意図しているものではない……したがつて、同条項にいう「同一ノ訴」とは、単に当事者及び訴訟物を同じくするだけでなく、訴の利益又は必要性の点についても事情を一にする訴を意味し、たとえ新訴が旧訴とその訴訟物を同じくする場合であつても、再訴の提起を正当ならしめる新たな利益又は必要性が存するときは、同条項の規定はその適用がないものと解するのが、相当である」(建物収去土地明渡→認容/棄却:前訴でやむを得ない誤認により訴えの変更、名義人が前言を翻したため後訴は必要)

* 要件

- ・本案の終局判決言渡し後の訴え取下げ ← 控訴審で取消差戻し後であれば再訴禁止効はない

【最判昭 38.10.1 民集 17-9-1128】差戻審での訴え取下げと再訴禁止効[S35 才 1051]

「かかる場合には、移送裁判所においては、訴訟を進めるために弁論期日を指定するはずはなく、受移送裁判所において、移送決定が確定した後、新期日を指定して訴訟を進めるべきであるから、訴訟を進行しようとする当事者においても、移送決定に不服がなければ、移送裁判所に対しては期日指定の申立をすることなく、受移送裁判所による新期日の指定を待つのが当然である。したがつて、この場合に、移送裁判所における弁論期日後三月内に双方不出頭であつた当事者が期日指定の申立をしなかつた故をもつて、訴取下があつたものと看做すことは、当事者にとつて意外にして不当な結果をもたらすのであるから、かかる場合には、民訴二三八条の定める訴取下の効果を生じない」(管轄違いの裁判所での口頭弁論期日に双方欠席→移送決定確定後当事者が期日指定申立てをしなかつたもの、約束手形金請求→認容/棄却)

- ・再訴が同一の訴えであること

→当事者の同一性、訴訟物たる権利関係につき紛争解決の機会を原告が放棄したといえるか

→訴訟物が同一＝原則として同一の訴え ← 後訴提起の合理的必要があれば再訴可能

→後訴の訴訟物が前訴の訴訟物を前提する：通説は肯定、下級審裁判例は否定

例：前訴は元本債権、後訴は利息債権の場合

【岡山高支判昭 40.5.21 高民 18-3-239】前提関係であれば再訴禁止効は及ばない

→人訴でも再訴禁止効が及ぶ

【大判昭 14.5.20 民集 18-547】認知請求の訴えの取下げと再訴禁止効(肯定)

* 再訴禁止効の主観的範囲

- ・原告、原告の一般承継人、任意的訴訟担当の被担当者：肯定

- ・法定訴訟担当の被担当者：否定 ∵本人が担当者を選定したわけではない
- ・特定承継人：否定説、肯定説(多数)、一部肯定説(債権などに限って認める)
∵当事者への制裁とすれば否定説になるが、相手方の保護を重視すれば肯定説

3. 訴えの取下げの合意に関する議論の概要を説明することができる。(→訴訟上の合意)

- ・訴えの取下げの合意の性質
 - * 私法契約説：合意違反の効果は損賠+間接強制
 - * 発展的私法契約説(従来多数・判例)：不起訴合意により訴えの利益が欠け、訴え却下となる
 - * 訴訟契約説(近時多数)：端的に訴訟法上の効果を認め、直接訴え却下の効果を導く
→裁判所は訴訟終了宣言判決をする、再訴禁止効(§262-2)を類推適用できる

【最判昭 44.10.17 民集 23-10-1825】訴え取下げの合意の効力[前掲 S44 オ 770]

建物所有権確認等請求→一審：認容→控訴：取消却下→上告棄却

控訴審中に訴訟外で和解が成立し、被告が原告に金銭を支払って訴え取下げる旨合意された。

「訴の取下に関する合意が成立した場合においては、右訴の原告は権利保護の利益を喪失したものとみうるから、右訴を却下すべき」

【最決平 23.3.9 民集 65-2-723】特別抗告後の裁判外の和解の効力[前掲 H21 ク 1027]

遺産分割審判請求→審判→抗告：変更決定→特別抗告却下

民法 900:4 違憲を理由としたため大法廷に回付されたが、相手方に問い合わせると裁判外で全面的に解決する和解が成立しているとされ、小法廷に戻されたもの。代理人に黙って原決定より若干多い額で和解し、「本件和解に際し、抗告人は、これが成立しても本件抗告を維持するなどの発言をすることはなく、相手方は、本件和解によって本件抗告事件は終了するものと考えていた」。大法廷回付後弁護士に「和解の履行として代償金も既に受領した旨を告げたが、本件抗告が取り下げられることはなかった。本件和解が成立したにもかかわらず本件抗告を維持することにつき、合理的な理由があることはうかがわれない」

「本件和解は、Aの遺産相続及びCの遺産相続に関する紛争につき、原決定を前提とした上、相手方が支払う代償金を増額することなどを合意してこれを全面的に解決する趣旨に出たものであることは明らかであって、抗告人において本件抗告事件を終了させることをその合意内容に含むものであったというべきである。仮に、抗告人が、本件抗告の結果、自らの主張が容れられる可能性の程度につき見通しを誤っていたとしても、本件和解が錯誤により無効になる余地はない……抗告人と相手方との間において、抗告後に、抗告事件を終了させることを合意内容に含む裁判外の和解が成立した場合には、当該抗告は、抗告の利益を欠くに至るものというべきであるから、本件抗告は、本件和解が成立したことによって、その利益を欠き、不適法として却下を免れない」

4. 訴えの取下げと上訴の取下げの異同を理解している。

- ・訴えの取下げ：裁判所への審判要求の撤回ゆえ、訴訟係属が遡及的に消滅する
- ・上訴の取下げ：上訴審への審判要求の撤回ゆえ、原判決言渡しの効力は維持される

5. 訴えの取下げが擬制される場合について、条文を参照して説明することができる。

- ・訴えの取下げの擬制(§263)：当事者双方の口頭弁論懈怠(懈怠後1月放置 or 2回連続懈怠)
§263 当事者双方が、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をした場合において、一月以内に期日指定の申立てをしないときは、訴えの取下げがあったものとみなす。当事者双方が、連続して二回、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をしたときも、同様とする

第3款 請求の放棄・認諾

1. 請求の放棄及び認諾の意義及び要件を理解している。

- ・ 意義：自己に不利益な陳述であって、裁判所の審理を不要とするが、請求の次元

⇔法律上の主張：権利自白、事実上の主張：自白

* 一部放棄・一部認諾の性質：請求の放棄・認諾(通説)

←請求原因事実の一部の自白[伊藤] ∴訴訟終了・既判力の効果が直ちに導かれないから

- ・ 要件：満たさないと、調書への記載はできないし、しても無効

①訴訟物についての処分権限

- ・ 人訴では一般に認められない(人訴 19-2)、離婚・離縁事件ではOK(人訴 37-1,44)

←放棄はよいが、認諾は子の監護者の指定などにつき争いがないことが求められる

【最判平 6.2.10 民集 48-2-388】離婚事件での請求の放棄[H5 才 589]

離婚請求の被告が予備的に財産分与申立てをし、一審が離婚請求認容・財産分与 5500 万円を命じたところ、原告は控訴後に請求の放棄をしたもの(控訴棄却→破棄自判・訴訟終了宣言)

「離婚請求訴訟について請求の放棄を許さない旨の法令の規定がない上、婚姻を維持する方向での当事者による権利の処分を禁じるべき格別の必要性もないから、離婚請求訴訟において、請求を放棄することは許される……この場合、離婚請求が認容されることを条件として相手方から予備的に申し立てられた財産分与の申立ては、離婚請求の放棄によって当然に失効する」

- ・ 団体関係訴訟：請求の認諾は許されない(通説) ∴認容判決には第三者効があるから

←許される ∴不当に認諾すれば取締役等の責任問題、共同訴訟的補助参加などで保護可能

- ・ 選定当事者・代位債権者・訴訟担当者の請求の放棄：実体法上、処分権限があるかによる

→選定当事者でその旨の授權がある場合を除き、原則として認められない

②請求の内容が法律上許されないものではないこと(請求の認諾)

- ・ 請求内容が公序良俗違反、強行法規違反など

- ・ 主張自体理由がない請求：認諾してよい[伊藤](判例は反対)

【大判昭 9.11.17 民集 13-2291】主張自体理由がない請求は認諾できない

③訴訟能力があること

④訴訟要件の具備

∴確定判決と同一の効力があるため、訴訟要件の規定が類推適用される

- ・ 有力：具備すべき訴訟要件と、具備しなくてもよい訴訟要件がある

→当事者の実在、当事者能力、権利保護の資格などは必要、訴えの利益などは不要

【最判昭 28.10.15 民集 7-10-1083】不適法な訴えにおける請求の認諾[S26 才 74]

「民訴二二五条にいわゆる「法律関係を証する書面」とは、その書面自体の内容から直接に一定の現在の法律関係の成立存否が証明され得る書面を指すもの……なぜならば、証書真否確定の訴は、一定の現在の給付請求又は一定の現在の法律関係の存否の確認の訴の煩を避くるため、該訴における主要な書証の真否を確定することによつて事案の解決に資することを目的として認められた制度であるからである」本件書面はそれにあらず「同条の証書真否確定の訴は、前示のごとき証書の真否の確定を求めるものでなければ不適法であるから、本訴のような請求に対し、たとえ相手方がその請求を認諾しても、その認諾は、証書真否確定の訴を認めた立法理由に背反しその訴訟上の効果を生じ得ない」(文書偽造確定請求→棄却(却下の誤り)/棄却/棄却)

【最判昭 30.9.30 民集 9-10-1491】 不適法な訴えにおける請求の認諾[S27 才 743]

「およそ、確認訴訟は、特段の規定のないかぎり、特定の権利又は法律関係の存在又は不存在の確認を求める訴である」本件は(原告らの)相続放棄の無効確認請求だが「相続のごとき複雑広汎な法律関係を伴うものについて、本件確認の対象となるべき法律関係は、少しも具体化されていないのである(もとより、全般的にかかる相続放棄無効確認の訴を許す特別法規も存在しない。)。すなわち、かかる確認の訴は、適法な「訴の対象」を欠くものといわざるを得ないのであつてかかる上诉人(原告)の請求に対し本件第一審若しくは原審の口頭弁論期日において、被上诉人(被告)特別代理人が「原告請求通りの判決を求める」旨の陳述をしたからといつて民事訴訟法上、「請求ノ認諾」たる効力を生ずるに由ないものといわなければならない(相続放棄無効確認→棄却/棄却)

2. 請求の放棄及び認諾の手続について、条文を参照して説明することができる。

・手続

①口頭弁論等の期日において口頭で陳述する(§266-1) → 放棄・認諾はこれのみで成立

- ・請求の放棄・認諾をする旨の書面を出したが期日欠席の場合、陳述したとみなしてよい(#2)
- ・裁判所に対する意思表示である → 相手方の在廷は要しない
- ・請求の定立を前提とする(最初の口頭弁論期日での、原告の訴状陳述後しかできない)

【大判明 42.2.10 民録 15-87】 上告審での請求の放棄・認諾(可能)

②裁判官が裁判所書記官に命じて陳述を調書に記載する(則 67-1:1、裁 60-2,4)

→放棄調書・認諾調書と呼ぶ、放棄・認諾の成立の証明・効力発生

- ・放棄・認諾の陳述の撤回：調書記載までは可能だが、相手方の同意又は錯誤の立証が必要

3. 請求の放棄及び認諾の効果について理解し、確定判決と同一の効力の意義について説明することができる。

- ・訴訟終了効：訴訟手続が当然に終了する(上訴審では原判決は当然失効となる)
- ・判決効：放棄・認諾調書の記載につき、確定判決と同一の効力(§267)
 - * 執行力・形成力 → 認められる
 - * 既判力 → 争いあり(和解と同様)

【大判昭 19.3.14 民集 23-155】 放棄調書の既判力(肯定)

第4款 訴訟上の和解

1. 訴訟上の和解の意義及び要件を理解している。

- ・ 意義：訴訟係属中、当事者双方が訴訟物たる権利関係についての主張を互いに譲歩した上で、訴訟を終了する旨の期日における合意 → 私法上の合意+訴訟法上の合意
- ・ 法的性質：私法行為説、訴訟行為説、両行為併存説、両性説、新併存説(私法上の合意・訴訟法上の合意の両面があるが、一方の有効性が他方の合意の前提となっている：伊藤)
- ・ さまざまな和解
 - * 期日外の当事者間の和解契約(民 695)
 - * 起訴前の和解(§275)：訴訟係属を前提しないが、訴訟上の和解と同一の効力を有する
→ 裁判上の和解：起訴前の和解+訴訟上の和解
 - * 併合和解：ある訴訟手続で、他の訴訟とあわせて和解をすること
→ 弁論の併合手続なく他の訴訟も当然終了(有力)、訴えの取下げなどを要する[伊藤]
 - * 準併合和解：第三者を参加させ、訴訟係属していないその権利関係を内容に含むもの
例：原告が被告に期限猶予をする代わりに、第三者が保証するなど
→ 第三者とは起訴前の和解(有力)、和解調書記載で第三者も和解当事者として執行力の対象
- ・ 要件
 - * 対象となる権利関係について当事者が処分権を有すること
 - ・ 人訴の原則排除(人訴 19-2)、離婚・離縁は可能(人訴 37-1,44)
 - ・ 団体関係訴訟：制約はあるが和解も可能(ただし、登記実務は和解調書では認めていない)
 - ・ 訴訟担当者：実体法上の処分権の有無による
→ 任意的訴訟担当：和解を含む授権がないとできない
→ 法定訴訟担当：○破産管財人、×代位債権者や取立訴訟、△株主代表訴訟(会社 850)
 - ・ 和解の内容が法律上許されないものでないこと
 - ・ 訴訟能力のあること、代理の場合は特別の授権のあること(§32-2:1,55-2:2)
 - ・ 訴訟要件の具備

2. 訴訟上の和解の手続について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 和解の勧試(§89)
 - * 「訴訟がいかなる程度にあるかを問わず」できる→訴訟初期～口頭弁論終結後まで
 - ・ 授権ある訴訟代理人がいても、当事者本人・法定代理人の出頭命令ができる(則 32-1)
 - ・ 現地和解(裁判所外での和解)も可能(則 32-2)
- ・ 和解の手続
 - ①和解の成立
 - ・ 原則：期日において口頭とする
 - ・ 書面受諾和解(§264,則 163)：一方出頭、他方が和解条項案受諾書面提出で成立
 - ・ 裁定和解(§265,則 164)：当事者共同の申立て→期日での告知等によって成立(仲裁に近い)
 - ②和解調書の作成(効力発生要件)

- ・ 裁判官が書記官に命じて調書に記載(和解調書)→効力発生(§267)
3. 訴訟上の和解の効果について理解し、判例・学説を踏まえて、確定判決と同一の効力の意義について説明することができる。
- ・ 訴訟終了効
 - ・ 判決効
 - * 執行力(給付条項のみ)
 - * 形成力(形成条項のみ)：実質は離婚・離縁、団体関係訴訟での和解を認めるならその場合
 - * 既判力
 - ・ 既判力否定説：無効・取消主張は訴訟法上自由(民 696 により保護)
 - ∴ 当事者の意思に基づく自主的紛争解決方法ゆえ、瑕疵があれば無効・取消主張は許すべき
 - ← 和解調書作成時に裁判所が要件具備を確認している、制限的既判力説なら後者も問題ない
 - ∴ 瑕疵がない場合は民 696 で和解内容が争えないので問題ない
 - ← 既判力であれば承継人へ拡張されうる
 - ← 請求の放棄では敗訴者が上訴後放棄によって既判力を免れうる
 - ∴ 和解条項の内容が訴訟物に限定されず、既判力の範囲が不明確
 - ← そもそも既判力が判決主文だけで明確になること自体少ない
 - ・ 既判力肯定説：無効・取消主張は再審事由がある場合に限定する
 - ← 「確定判決と同一の効力を有する」は既判力を認める趣旨とは必ずしもいえない
 - ← 当事者の訴訟行為であって、裁判所の公権的判断たる判決と同様に厳格に扱う必要はない
 - ・ 制限的既判力説：無効・取消主張は再審事由に限定されない(→期日指定申立てでよい)
 - ← 既判力を認めつつ、その覆滅を安易に認めるのは背理 ← 判決と同様に扱う必要はない
 - ・ 判例
 - 【大判大 4.12.28 民録 21-2312】 制限的既判力説(錯誤の立証のみでの無効主張を認める)
 - 【最大判昭 33.3.5 民集 12-3-381】 訴訟上の和解の既判力(肯定)[S24 才 182]
 - 罹災都市借地借家臨時処理法「二五条は、同法一五条の規定による裁判は裁判上の和解と同一の効力を有する旨規定し、裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有し(民訴二〇三条)、既判力を有するものと解すべきであり、また、特に所論の如く借地権設定の裁判に限つて既判力を否定しなければならない解釈上の根拠もなく、更に、本件の如く実質的理由によつて賃借権設定申立てを却下した裁判も処理法二五条に規定する同法一五条の裁判であることに疑いなく、従つて、これについて既判力を否定すべき理由がなく、この裁判に既判力を認めたからと云つて、憲法の保障する裁判所の裁判を受ける権利を奪うことにならない」
 - 【最判昭 33.6.14 民集 12-9-1492】 錯誤の立証による無効主張を認める
4. 訴訟上の和解の効力を争う方法について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
- ・ 既判力肯定説：再審に準じた訴えによる
 - ・ 既判力否定説・制限的既判力説
 - * 期日指定申立て → 口頭弁論で審理し、訴訟終了宣言判決／審理続行(判決時に理由で判示)
 - * 和解無効確認の訴え

* 請求異議訴訟(民執 35) : 和解調書による強制執行阻止の必要があるから

・ 明白な誤り(誤記や計算違い)

【大決昭 6.2.20 民集 10-77】 和解調書の明白な誤りは判決に準じて更正決定可能

5. 訴訟上の和解の解除について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。

・ 和解成立後の債務不履行等による解除 : 可能

* 旧訴の請求について、再訴を提起し請求すべき(通説・判例)

∴ 訴訟終了効は覆滅されない(有効に和解は成立しているから)

← 旧訴の復活を認め、期日指定申立てを許す

← 新訴で旧訴の裁判資料を出し直せばいいから、決定的な不利益はない

← 折衷説(解除原因の発生と和解成立の前後、和解内容に応じて判断)

← どちらなのか不明確で、当事者の利益を害する

← 新訴の提起・期日指定申立てとも許されない ∴ 当事者の利益保護

← 理論的根拠がない

【最判昭 43.2.15 民集 22-2-184】 和解の解除[S41 才 630]

(本)家屋収去土地明渡請求(反)所有権移転登記手続請求→(本)認容(反)棄却/棄却/棄却

「訴訟が訴訟上の和解によつて終了した場合には、その後その和解の内容たる私法上の契約が債務不履行のため解除されるに至つたとしても、そのことによつては、単にその契約に基づく私法上の権利関係が消滅するのみであつて、和解によつて一旦終了した訴訟が復活するものではないと解するのが相当である。従つて右と異なる見解に立つて、本件の訴提起が二重起訴に該当するとの所論は採用し得ない」

第7章 複数請求訴訟

第1節 複数の請求

第1款 請求の客観的併合

1. 請求の客観的併合が生ずる場合の主な例を挙げて、その概要を説明することができる。
 - ・ 客観的併合：裁判所が複数の請求について審判の義務を負う訴訟法律関係
 - * (固有の)訴えの客観的併合(§136)
 - 原告が被告に対して(当初から)1の訴えで数個の請求について審判を求めること
 - * 訴えの変更(§143)
 - 訴訟係属の発生後、請求の内容を変更する原告の申立て
 - * 中間確認の訴え(§145)
 - 訴訟係属中に、その訴訟の請求の当否の判断に対して先決的な関係に経つ法律関係の存否について当該訴訟手続内において確認を求める訴え
 - * 反訴(§146)
 - 訴訟係属中に、被告が当該訴訟手続を利用して原告に対して提起する訴え
 - * 裁判所による弁論の併合(§152-1)
 - 【最判昭 41.4.12 民集 20-4-560】 弁論の併合と併合前の証拠資料の利用[S38 才 865]
 - 「数個の事件の弁論が併合されて、同一訴訟手続内において審理されるべき場合には、併合前にそれぞれの事件においてされた証拠調の結果は、併合された事件の関係のすべてについて、当初の証拠調と同一の性質のまま、証拠資料となると解するのが相当である。けだし、弁論の併合により、弁論の併合前にされた各訴訟の証拠資料を共通の判断資料として利用するのが相当だからである」
 - 2. 一つの訴えで同一の被告に対して複数の請求を立てるための要件について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 要件①：同種の訴訟手続であること(§136)
 - §136 数個の請求は、同種の訴訟手続による場合に限り、一の訴えですることができる
 - * 民訴と人訴・非訟・行政事件の併合は原則としてできない
 - ・ 例外：人訴と関連する損賠請求は可能(人訴 17,32)、抗告訴訟と関連請求(行訴 16,38-1)
 - ・ 規定がない場合の関連性が強い異種手続事件間の併合：判例は否定
 - 例：離婚の訴えと婚姻費用の分担・子の扶養料の負担 ← 認めるべきではないか[伊藤]
 - 【最判昭 43.9.20 民集 22-9-1938】 離婚請求と婚姻費用分担請求(否定)
 - 【最判昭 44.2.20 民集 23-2-399】 離婚請求と婚姻費用分担・子の扶養料請求(否定)
 - ・ 要件②：法律上併合が禁止されていないこと
 - * 例：旧人訴 7-2 本文(→養子縁組関係訴訟と実親子関係訴訟の併合はできない)
 - 人訴で廃止された
 - ・ 要件③：各請求について受訴裁判所が管轄権があること
 - * 法定専属管轄があると併合請求の裁判籍が認められない(§7,13-1←例外 13-2)
 - ・ 要件を欠く場合の処理：不適法却下ではなく、弁論分離して別の訴えとして処理する
 - * 一部の請求が他の裁判所の専属管轄の場合は、移送の裁判をする

【大判昭 10.4.30 民集 14-1175】 弁論を分離して別の訴えとして扱う

3. 請求の客観的併合の各形態（単純併合、選択的併合、予備的併合）について理解している。

・客観的併合の形態

* 単純併合：原告が特に条件を付すことなく、数個の請求についての審判を申し立てる場合

・併合の要件で足り、請求相互間の関連性の有無は問わない

* 選択的併合：数個の請求のうちいずれかが認容されることを解除条件として他の請求について審判を申し立てる場合

【最判平 1.9.19 判時 1328-38】 選択的併合の上訴審の一方認容の効果[S59 才 199]

(選 1)遺産確認(選 2)共有持分権確認等→(選 1)認容(選 2)棄却→被告上告：(選 2)認容、他上告棄却

※上告審判決主文：①持分権確認、②遺産確認認容部分を除き上告棄却、③上告費用上告人負担

「各土地につき被上告人らが共有持分各七分の一を有することの確認を求める請求は理由があり、認容されるべきである。なお……遺産確認の訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解すべきところ（最判平 1.3.28 参照）、亡花城可信の相続人の一人である花城可仁を当事者とししないで提起されたものであるから、右訴えは不合法というべきであるが、これと選択的併合の関係にある右共有持分確認請求が認容されることによって、原判決及び第一審判決中右各土地につき被上告人らの遺産確認請求を認容した部分は、当然に失効する」

* 予備的併合：ある請求に付き無条件に審判を求め、他の請求に付きその認容を解除条件として審判を申し立てる場合

・主位的請求と予備的請求が法律上両立しえないこと：判例は不要 ← 必要説もある

【最判昭 39.4.7 民集 18-4-520】 法律上両立しうる主位的・予備的請求[S37 才 1148]

(選)貸金返還・手形金支払→貸金返還認容→被告控訴、請求変更(主)手形金支払(予)貸金返還：(主)認容→棄却

「被上告人は、本訴においては貸金返還と手形金支払の両請求を併合して提起しているところ、第一審では両請求を選択的に併合したため貸金請求のみが認容され、原審ではその併合の態様を変更して（記録上これに対して上告人らはなんら異議を述べた形跡がない。）、手形金支払を第一次的請求、貸金返還を予備的請求とすることに改めたため手形金支払請求のみが認容されたものであることは、いずれも、判文上明らかである。されば、第一審と原審とでは、現実になされた審判の対象を異にし、原審では手形金支払請求につき実質上第一審としての裁判をなしているのであるから、所論原判示は正当というべきである。いわゆる請求の予備的併合においては、第一次的請求が認容されることを解除条件として予め予備的請求をも申し立てるものであるから、原審で右のように第一次的請求が認容された以上、予備的請求たる貸金返還請求については裁判を要しないものとなり、その場合には、貸金返還請求についてなされた第一審判決は当然に失効するものと解するを相当」

・併合請求の審判

* 訴訟資料・証拠資料：共通、主観的併合と異なって制限はない

* 単純併合：弁論の分離(§152-1)、一部判決(§243-2)が可能

・上訴：上訴不可分の原則より移審効・確定遮断効は全部に及ぶ、審判対象は対象の請求のみ

* 選択的併合：弁論の分離はできない、ある請求を認容する判決は全部判決である

・上訴：他の請求についての審判申立ても、解除条件付のまま移審・審判対象となる

【最判昭 58.4.14 判時 1131-81】 選択的併合の認容判決への上訴審審判対象[S57 才 1023]

(選)①不法行為損賠／②債務不履行損賠→②認容→被告控訴：②取消棄却①判断せず→破棄差戻し

「原告が甲請求と乙請求とを選択的併合として申し立てている場合、原告の意思は、一つの申立が認容されれば

他の申立はこれを撤回するが、一つの申立が棄却されるときには他の申立についても審判を求めるというものであることは明らかであって、この意思は、原告が併合形態を変更しない限り、全審級を通じて維持されているものというべきであり、選択的併合の申立が訴訟法上適法なもの認められるべきものである以上、原告の意思に右のような内容の効力を認めるべきものであるから、甲請求につきその一部を認容し、原告のその余の請求を棄却した第一審判決に対し、被告が控訴の申立をし、原告が控訴及び附帯控訴の申立をしなかった場合でも、控訴審としては、第一審判決の甲請求の認容部分を取り消すべきであるとするときには、乙請求の当否につき審理判断し、これが理由があると認めるときには第一審判決の甲請求の認容額の限度で乙請求を認容すべきであり、乙請求を全部理由がないと判断すべきときに至ってはじめて原告の請求を全部棄却しうるものと解すべきである」

【最判平 21.12.10 民集 63-10-2463】 選択的併合一方認容と他方の判断[H20 受 284]

(選)①特定内容教育請求／②債務不履行損害請求／③不法行為損害請求→各棄却→控訴：変更③認容→被告上告：破棄自判(控訴棄却)

「原判決は、被上告人らが選択的に申し立てた不法行為に基づく損害賠償請求と債務不履行に基づく損害賠償請求のうち、前者の請求は、その一部を認容し、その余を棄却すべきであり、後者の請求は、そのうち上記認容額を超える部分を棄却すべきものと判断し、被上告人らの請求をいずれも棄却した第1審判決を上記の趣旨に変更するものであるところ、上記原判決につき、上告人が上告受理の申立てをし、被上告人らは上告及び上告受理の申立て並びに附帯上告及び附帯上告受理の申立てをしていない。しかし、被上告人らの意思は、上記各請求のうち一方が認容されれば他方は撤回するが、一方が棄却されるときは他方についても審判を求めるといものであることは明らかであって、この意思は、全審級を通じて維持されているものというべきである(最判昭 58.4.14 参照)。したがって、当審が、原判決中の被上告人らの不法行為に基づく損害賠償請求の認容部分を破棄し、同部分に係る請求を棄却した第1審判決に対する控訴を棄却すべきものと判断する場合において、当審が自判をするときは、債務不履行に基づく損害賠償請求を棄却した第1審判決中、上記認容部分と選択的併合の関係にある部分についての被上告人らの控訴の当否についても、審理判断することを要するものというべき」→②も棄却

* 予備的併合：弁論の分離はできない、主位的請求棄却のみの一部判決はできない

【最判昭 38.3.8 民集 17-2-304】 主位的請求のみの一部判決(不可)[S37 才 1148]

「原判決は、控訴人の右予備的請求の当否に関し判断を示さず、単に控訴人の本件貸金請求のみについて判断しこれを理由がないとして排斥したものであることは判文上明白である。右のような関係にある訴が予備的に併合された場合には、主たる請求を排斥する裁判をするときは、同時に予備的請求についても裁判することを要し、これを各別に判決することは許されないものと解すべき」

・(主)認容→被告上訴：(主)棄却なら(予)の判断も必要

【最判昭 33.10.14 民集 12-14-3091】 上訴審での審判対象[S31 才 822]

「いわゆる請求の予備的併合の場合、第一審裁判所が主たる請求を認容したるのみにて、予備的請求に対する判断をしなかつたときといえども、第二審裁判所において、主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得るものと解すべきことは大審院判例の示す所であつて、(大判昭 11.12.18) 当裁判所は、この判例を変更する要を認めない」(貸金等請求→(主)認容→(主・予)棄却→棄却)

・(主)棄却(予)認容→被告上訴：(予)の判断のみでよい

【最判昭 54.3.16 民集 33-2-270】 上訴審での審判対象[S51 才 49]

(主)第三者のためにする振込金請求(予)債権者代位権による振込金請求→(主)認容→取消(主)棄却(予)認容→(予)破棄差戻し

(吉田・本林・栗本補足)「大塚裁判官の反対意見は民事訴訟法四〇二条、四〇三条に違反する」「被上告人の主位的請求については、原審は……第三者のためにする契約の成立を否定して、右請求を棄却する判決をし、これに対し被上告人は不服の申立をしなかつたのであるから、当裁判所は、原判決が確定した事実を羈束されるばかり

りでなく、不服申立のない右請求については調査、判断することが許されない（本件においては民事訴訟法四〇五条の職権調査事項は存しない。）。このことは、民事訴訟法が明らかに規定するところであり、これを許すときは、不服のない訴訟当事者の一方の利益のためにその相手方である訴訟当事者に不測の不利益を被らせるものであつて、いわゆる不利益変更禁止の原則に触れるばかりでなく、かえつて、私的紛争の公平な解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして相当でないといわなければならない。右の理は、被上告人が主位的請求について上告又は附帯上告をしなかつたのは、大塚裁判官が推測されるように、被上告人が原審の判断を正当であると考えたためか、又はこれについて不服申立をする必要がないと考えたためか、どうかによつて左右されない」

（大塚反対）「原審が被上告人の主位的請求を排斥し予備的請求を認容したことは、法令の解釈適用を誤つたものというべきものであるところ、被上告人は、当審において、原審で請求を棄却された主位的請求については不服申立をしていないから、当審がこの請求部分について調査判断することができるかどうかについては、検討すべき問題がある。吉田裁判官らの補足意見は、民訴法四〇二条、四〇五条を厳格に解釈する立場から、消極に解すべきものとされているが、私は、これを積極に解すべき合理的理由がある場合には、特段の事由あるものとして例外を認めるべきであると解する。本件の場合、被上告人が主位的請求にかんして上告または附帯上告をしなかつたのは、冒頭掲記の経緯に照らすと、原審が被上告人の主位的請求を排斥し予備的請求を認容したためであつて、被上告人は、原審の右判断が正当であると考えたか、または結論において不服を申立てる必要がないと考えたものである、と解するほかはない。すなわち、被上告人が右の不服申立をしなかつたのは、前掲私見を前提とすれば、原審が法令の解釈適用を誤つたためであるといふことができるから、このような場合、当審が、特段の事由あるものとして、被上告人が一審、原審を通じて主張してきた主位的請求部分を調査判断の対象とすることは、私的紛争の合理的解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして是認すべきである」（全部破棄差戻し）

【最判昭 58.3.22 判時 1074-55】 上訴審での審判対象[S57 才 1068]

一審：(主)棄却(予)認容→被告控訴：(予)棄却→原告上告棄却

「主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の当否は控訴審の審判の対象となるものではない」

第2款 請求の変更

1. 請求の変更（訴えの変更）の種類を説明することができる。

§143-1 原告は、請求の基礎に変更がない限り、口頭弁論の終結に至るまで、請求又は請求の原因を変更することができる。ただし、これにより著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときは、この限りでない

- ・ 追加的変更：従来の請求を維持しつつ、新請求の審判を追加して求めること
 - ・ 交換的併合：従来の請求に代えて、新請求の審判を求めること
2. 請求の変更の要件及び手続について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 要件(§143-1)

* 請求の基礎に変更がないこと(#1 本文)

- ・ 意義：事件の同一性(§142：二重起訴禁止)より広い

→訴訟物たる権利関係を基礎づける事実が同一の社会生活関係に起因する場合や、

これに密接に関連する社会生活関係に起因する場合をいう

→主要事実や主要争点の共通性、事実資料の一体性

【大判昭 9.2.27 民集 13-445】 土地明渡請求(原因が賃借人の貸借人への代位→自己の所有権)

【最判昭 37.11.16 民集 16-11-2280】 所有権移転登記請求→損賠請求(登記第三者具備のため)

- ・ 相手方の同意があれば請求の基礎に変更があっても変更可能 ∴この要件は被告保護のため
→同意は異議なく応訴するなど黙示で足りる

【大判昭 11.3.13 民集 15-453】 被告の明示の同意による請求の変更

【最判昭 29.6.8 民集 8-6-1037】 被告の黙示の同意による請求の変更

- ・ 被告が陳述した事実に基づく変更なら、請求の基礎の同一性・被告の同意の有無は不要

【最判昭 39.7.10 民集 18-6-1093】 被告の陳述に基づく請求の変更[S38 才 1211]

建物所有権に基づく家屋明渡・賃料等請求／被告が原告所有建物を取り壊して自分で建てたと主張したため、(予)土地所有権に基づく家屋収去土地明渡請求を追加→(主)棄却(予)認容→被告控訴棄却→上告棄却

「相手方の提出した防禦方法を是認したうえその相手方の主張事実^に立脚して新たに請求をする場合、すなわち相手方の陳述した事実をとつてもつて新請求の原因とする場合においては、かりにその新請求が請求の基礎を変更する訴えの変更であつても、相手方はこれに対し異議をとらえその訴えの変更の許されないことを主張することはできず、相手方が右の訴えの変更に対し現実に同意したかどうかにかかわらず、右の訴えの変更は許される…(大判昭 9.3.13 参照)。そして、右の場合において、相手方の陳述した事実は、かならずしも、狭義の抗弁、再々抗弁などの防禦方法にかぎられず、相手方において請求の原因を否認して附加陳述するところのいわゆる積極否認の内容となる重要な間接事実も含まれると解すべきである」

* 事実審の口頭弁論終結前であること(#1 本文)

- ・ 控訴審での訴えの変更：特別の制限はない

- ・ 全面勝訴した原告が訴えの変更のためだけ控訴提起することはできない(→附帯控訴による)

【最判昭 29.2.26 民集 8-2-630】 控訴審での訴えの変更(一番同様で特別の制限はない)

- ・ 上告審における訴えの変更を認めた例

【最判昭 61.4.11 民集 40-3-558】 上告審における訴えの変更[S57 才 272]

運送代金請求→一部認容→原告控訴棄却(口頭弁論終結後に被告破産)→上告・(変更)破産債権確定：全額認容

「債務者に対する金銭債権に基づく給付訴訟が上告審に係属中に、当該債務者が破産宣告を受け、破産管財人が、

届け出られた当該債権につき異議を申し立てて、前記訴訟手続の受継をした場合には、当該訴訟の原告は、右債権に基づく給付の訴えを破産債権確定の訴えに変更することができるものと解すべきである。したがって、上告人の前記訴えの変更は有効である」

- * 著しく訴訟手続を遅滞させないこと(#1 但書)：公益目的ゆえ被告が同意しても免れない
- ・ これによって変更が許されない場合、新請求について別訴を提起することになる
→ 二重起訴禁止の範囲を広く解する場合、これに抵触するなら二重起訴を認めるべき

【大判昭 16.10.8 民集 20-1269】控訴審では厳格に判断する

【最判昭 42.10.12 判時 500-30】遅滞要件の判断は被告の同意・陳述との関係を問わない

- * 請求の併合の一般的要件を具備していること
- * 特則：人訴 18→事実審口頭弁論終結時までなら訴えの変更・反訴は自由
- ・ 手続：書面(#2)、相手方へ送達(#3)

【最判昭 31.6.19 民集 10-6-665】書面・送達の欠缺は被告の責問権喪失で治癒される

- * 請求・請求の原因の変更が不当なら裁判所は申立て/職権で変更不許可決定をする
→ 独立の上訴はできず、終局判決に対する上訴となる

【最判昭 43.10.15 判時 541-35】新請求排斥の判断は終局判決の判決理由中で足りる

- ・ 相手方が変更の拒否を上訴審で争う場合：§143-4 類で決定又は終局判決理由中で示す

【東京高判昭 39.3.9 高民 17-2-95】上訴審は決定又は終局判決理由中で判断を示す

- * 訴えの変更の有無・適否の争い：職権調査の上、中間判決・終局判決理由中で判断する
- ・ 効果
- * 請求が変更される → 旧請求の裁判資料が新請求の審理に使用される
→ 原告には有利、被告には不利、但し紛争の一次的解決と言う点では双方に利益あり

3. 請求の交換的変更の法律構成について、判例・学説を踏まえて説明することができる。

- ・ 交換的変更も訴えの変更である(有力)：§143,144 で請求の変更/追加を区別している
→ 当然に旧訴の訴訟係属は消滅する

- ・ 追加的変更+訴えの取下げとして扱うべき(有力、判例)

→ 訴えの取下げの要件(被告の同意など：§261-2)が必要

← 訴えの変更に要件を定める以上、訴えの取下げの要件まで要求すべきではない

【最判昭 32.2.28 民集 11-2-374】訴えの交換的変更[S29 才 444]

貸金請求→認容→被告控訴・原告(交換的変更)求償債権請求：棄却→破棄自判：認容(新訴に関する認容)

「すなわち被上告人は原審において前説示の如く訴の変更をしている。元来、請求の原因を変更するというのは、旧訴の繫属中原告が新たな権利関係を訴訟物とする新訴を追加的に併合提起することを指称するのであり、この場合原告はなお旧訴を維持し、新訴と併存的にその審判を求めることがあり、また旧訴の維持し難きことを自認し新訴のみの審判を求めんとすることがある。しかし、この後者の場合においても訴の変更そのものが許さるべきものであるというだけではこれによつて当然に旧訴の訴訟繫属が消滅するものではない。けだし訴の変更の許否ということは旧訴の繫属中新訴を追加的に提起することが許されるか否かの問題であり、一旦繫属した旧訴の訴訟繫属が消滅するか否かの問題とは、係りないところだからである。もし原告がその一方的意思に基いて旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんとするならば、法律の定めるところに従いその取下をなすか、或はその請求の抛棄をしなければならぬ。訴は原告の任意提起するところであるが、一旦提起した訴の繫属を消滅せしめんとするに

は、相手方の訴訟上受くべき利益も尊重さるべきであり、原告の意思のみに放任さるべきではない。それ故法律は原告の一方的意思に基き訴訟繫属の消滅を来たすべき訴の取下、請求の抛棄等に関しては相手方の利益保護を考慮して、これが規定を設けている。すなわち「訴ノ取下ハ相手方カ本案ニ付準備書面ヲ提出シ、準備手続ニ於テ申述ヲ為シ又ハ口頭弁論ヲ為シタル後ニ在リテハ相手方ノ同意ヲ得ルニ非サレハ其ノ効カヲ生セス」とされ（民訴二三条二項、なお同条三項以下、並びに二二七条二項等参照）、また請求の抛棄はこれを調書に記載することによりその記載が確定判決と同一の効力を有するものとされているのである（同二〇三条）。されば原告が訴提起の当初から併合されていた請求の一につき既になしたる弁論の結果これを維持し得ないことを自認しこれを撤回せんとするならば、その請求を抛棄するか、または相手方の同意を得て訴の取下をしなければならない。このことは原告が訴の変更をなし、一旦旧訴と新訴につき併存的にその審判を求めた後、旧訴の維持すべからざることを悟つてその訴訟繫属を終了せしめんと欲する場合においても、その趣を異にするものではない。果して然りとすれば原告が交替的に訴の変更をなし、旧訴に替え新訴のみの審理を求めんとする場合においてもその理を一にするものといわなければならない。何となればただ原告が訴の変更と同時に旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんと欲したというだけで、相手方保護の必要を無視して直ちに旧訴の訴訟繫属消滅の効果を認むべきいわれはないからである」（旧訴取下げの存否不明だが、それは控訴審に補充判決を求めるべきで、上告してもムダ）

第3款 反訴

1. 反訴の要件及び手続について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 意義：訴訟経済、原告は訴えの変更が可能ゆえ、被告にも同一訴訟手続を利用する機会の付与
- ・ 予備的反訴：本訴の却下または本訴請求の棄却を解除条件として提起する反訴
- ・ 要件(§146-1)

§146-1 被告は、本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求を目的とする場合に限り、口頭弁論の終結に至るまで、本訴の係属する裁判所に反訴を提起することができる。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない

- 一 反訴の目的である請求が他の裁判所の専属管轄（当事者が第十一条の規定により合意で定めたものを除く。）に属するとき
- 二 反訴の提起により著しく訴訟手続を遅滞させることとなるとき。

* 本訴請求又は防御方法との関連性(柱書本文)：本訴資料を反訴の資料とする正当化理由

- ・ 本訴請求に関連：本訴・反訴請求の権利関係を基礎づける法律関係／主たる事実の共通性

例：債務不存在確認請求本訴と債務履行請求反訴、双務契約の相対立する債権、

1の事故から生じた双方の損賠請求権、同一目的物の双方の所有権

- ・ 防御方法に関連：本訴請求への抗弁事由と反訴請求の請求原因に同様の共通性があること

例：相殺の抗弁の自働債権を反訴請求、占有保全の訴えに反訴で所有権に基づく引渡し請求

土地明渡請求に賃借権の抗弁を提出した場合の賃借権確認反訴

【最判昭 40.3.4 民集 19-2-197】占有の訴えの本訴と本権の訴えの反訴[S38 才 654]

(本)占有保持請求(反)建物収去土地明渡→(本)棄却(反)認容→原告控訴：変更(本反)認容→原告上告棄却

「民法二〇二条二項は、占有の訴において本権に関する理由に基づいて裁判することを禁ずるものであり、従つて、占有の訴に対し防禦方法として本権の主張をなすことは許されないけれども、これに対し本権に基づく反訴を提起することは、右法条の禁ずるところではない。そして、本件反訴請求を本訴たる占有の訴における請求と対比すれば、牽連性がないとはいえない」

- ・ 関連性がない場合の反訴：原告の同意があれば認められる：もっぱら原告保護のための要件
→本訴遅延のおそれが生じれば弁論を分離できる：もともと関連性が欠けるため

* 事実審口頭弁論終結前であること(柱書本文)

* (控訴審での反訴のみ)相手方の同意(§300-1)：相手方の審級の利益の保護

→異議を述べずに応訴すると同意したとみなされる(#2)

- ・ 審級の利益保護を考慮する必要のない場合は同意は不要

【最判昭 38.2.21 民集 17-1-198】被告の審級の利益保護の考慮を要しない場合[S34 才 975]

建物収去土地明渡→棄却→原告控訴・被告(反)賃借権確認：(本)棄却(反)認容→原告上告：棄却

原告の土地明渡請求に対し、被告が第1審において右土地について賃借権を有する旨主張し、同審が右賃借権の存在を肯認した場合に、控訴審において被告が更に反訴として右賃借権存在確認の訴を提起したのも。

「このような訴訟経過を辿っている本件にあつては、たとえ右反訴と右訂正後の本訴とが同一訴訟にあたるとしても、前述のように反訴が右訂正後の本訴より以前に提起されている以上、右反訴は適法に原審に係属しているものであることはいうをまたない。そして右反訴の提起について控訴代理人が同意しなかつたことは前述のとおりであるが、一審において原告の本件土地明渡しの請求に対し、被告は同土地について賃借権を有する旨主張し、原告はこれを争つたところ、一審はこれを容認して原告の請求を排斥したものであること、被控訴人は原審において反訴として右賃借権の存在を主張し、その確認の訴を提起するに至つたものであることは記録上明らかであるから、このような本件における反訴提起については、控訴人をして一審を失う不利益を与えるものとは解され

ず、従つて、右反訴提起については同人の同意を要しない]

- ・ 審級の利益に優先する反訴原告の合理的利益がある場合→例：人訴 18
- * 著しく訴訟手続を遅滞させないこと(2号)
- * 反訴請求が他の裁判所の法定専属管轄に属しないこと(1号)
 - ←特許権の専属管轄は除外(#2)
- * 請求の併合一般的要件を具備すること
- ・ 手続：本訴の手続に準じる(#4)、本訴反訴一方の一部判決も可能(§243-3)、弁論分離も可
- * 要件を欠く反訴請求：判例は不適法却下
 - ←学説は独立の訴えの要件を具備するなら、弁論分離か移送すべきとする

【最判昭 41.11.10 民集 20-9-1733】反訴の要件を欠く場合の処理[S39 才 1143]

家屋明渡等請求事件に反訴を提起し、併合要件を欠くとして却下されたため、国賠請求したもの

「反訴は訴訟係属中の新訴の提起であり、その併合要件は同時に反訴提起の訴訟要件であるから、この要件を欠く反訴は不適法であり、終局判決をもつて却下すべきものである。これと同趣旨に出た原判決は正当である」

- ・ 本訴消滅後の反訴請求
 - * 本訴取下げ：反訴の訴訟係属は残る
 - * 本訴却下：争いありだが、取下げと同様に扱うべき
 - * 控訴審で提起された反訴：控訴却下・取下げによって消滅する(通説)
 - ←第一審への移送を認めるべき

第4款 中間確認の訴え

1. 中間確認の訴えの要件及び手続について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 性質：原告提起なら訴えの追加的変更、被告提起なら反訴の性質を有する
→先決関係を要する代わりに、請求の基礎の同一性や攻撃防御方法の牽連性、訴訟遅延の可能性などは考慮せずに許否を決する

- ・ 要件(§145-1)

§145-1 裁判が訴訟の進行中に争いとなっている法律関係の成立又は不成立に係るときは、当事者は、請求を拡張して、その法律関係の確認の判決を求めることができる。ただし、その確認の請求が他の裁判所の専属管轄（当事者が第十一条の規定により合意で定めたものを除く。）に属するときは、この限りでない

- * 先決関係に立つ法律関係であること ∴「成立又は不成立に係る」とあるから

→抽象的先決性説：先決関係になりうることで足りる

例：原告の所有・占有を要するが被告が両方争う場合の所有権確認

→所有権を判断せず、占有不存在で棄却となる可能性があっても問題ない

【最判昭 57.12.2 判時 1065-139】建物収去土地明渡請求と境界確定の訴え[S57 才 539]

建物収去土地明渡請求に境界確定の訴えを中間確認の訴えとして加えようとしたもの→原審却下／棄却

「上告人は原審において原判示（1）の土地と同（2）の土地の境界の確定を求める旨の中間確認の訴えを提起したが、境界の確定は、係争土地部分の所有権の確認と異なり、土地所有権に基づく土地明渡訴訟の先決関係に立つ法律関係にあたるものと解することはできないから、本件中間確認の訴えは、不適法として却下すべき」

- * 「訴訟の進行中に争いとなっている」こと

- * 事実審口頭弁論終結前であること

- * 他の裁判所の法定専属管轄に属するものでないこと(但書)

←但し、特許権等の専属管轄(§6-1)の場合は許される(#2)

- * 請求の併合の一般的要件の具備

←なお、原告・被告とも提起でき、控訴審でも相手方の同意は不要(cf. §300)

- ・ 手続：書面・相手方へ送達(#4→§143-3,4)、違背は責問権喪失により治癒される

- ・ 効果：新請求が定立され、本来の請求と単純併合の関係となる

- * ただし、前提関係があるから、弁論の分離はできない

- * 本訴取下げ・却下でも、訴えの利益が認められる限り独立の訴えとして扱われる

- ・ ただし、控訴審での中間確認の訴えは控訴の取下げ・却下で当然に終了する

∴第一審を経ない独立の訴えは許されない

第8章 多数当事者訴訟

第1節 共同訴訟

第1款 総論

1. 請求の主観的併合が生ずる場合の主な例を挙げて、その概要を説明することができる。
 - ・ 当事者の地位をもつ者が多数存在する場合 ∴ 訴訟経済、判決の矛盾防止
 - * 共同訴訟：一の訴訟手続で原告・被告の一方または双方が複数人によって構成される訴訟形態
 - ・ 原始的に多数当事者訴訟（訴えの主観的併合）：共同訴訟
 - ・ 後発的に多数当事者訴訟（主観的追加的併合）
 - ※ 第三者の手続的利益や訴訟法律関係複雑化による従来の訴訟当事者の利益の考慮が必要
 - 裁判所主導：弁論の併合(§152)
 - 第三者主導：共同訴訟参加(§52)、参加承継(§49,51 前段)（+追加的選定(§30-3,144)）
 - 当事者主導：引受承継(§50,51 後段)
 - * 独立当事者参加：訴訟係属中に第三者が原告・被告のいずれにも与せず、独立の当事者として訴訟に参加するもの → 原則として三面訴訟となる
 - ・ 当事者以外の者であって自己の名において訴訟行為をなす者が存在する場合
 - * 補助参加訴訟
2. 複数の原告が、又は、複数の被告に対して、訴えを提起するための要件について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 共同訴訟人(共同原告・共同被告)：同じ側に立つ複数の当事者のこと
 - ・ 共同訴訟の種類
 - * 通常共同訴訟：個別訴訟でもよいが、共同訴訟として提起されたため共同訴訟となるもの
∴ 主に審理の重複の回避（訴訟経済）から許される
 - * 同時審判申出共同訴訟：通常共同訴訟だが、共同被告に対する原告の請求が法律上併存しえない場合、原告が同時審判申出をすることで、裁判所の弁論の分離権限が制限されるもの
∴ 原告の両負けの回避
 - * 必要的共同訴訟：共同訴訟人全部の請求につき判決内容の合一的確定が法律上要請されるもの
∴ 主に紛争の統一的解決が要請される場合
3. 訴訟係属中に原告が被告を追加することの許否について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 明文の規定のない第三者の意思にもとづく主観的追加的併合
= 既存訴訟に、共同原告として加わり、請求を追加定立すること
例：同一事故の被害者のした訴訟に、別の被害者が原告として加わる場合
⇔ 明文規定あり：共同訴訟参加(§52)、参加承継(§49,51 前段)、追加的選定(§30-3,144)
 - * 別訴の提起と弁論の併合によるべき[伊藤]
 - ← 新訴が同一の裁判所に係属する必要があるが、併合請求の裁判籍がない
 - ← 併合請求の裁判籍(§7)を類推適用すべき／遅滞等を避けるための移送(§17)をすべき

←提訴手数料の納付が必要

←利益が共通なら裁判長が補正命令や訴え却下(§137-1,2)をしなければよい

・明文の規定のない当事者の意思にもとづく主観的追加的併合

= 既存訴訟に、共同被告として追加され、請求が追加定立されること(第三者の引込み)

⇔明文規定あり：訴訟引受け(§50,51)、参加命令(民執157)、民再138-3

∴第三者が権利義務の承継人・同一債権の差押債権者のため、合理的理由がある

* 否定説：原告として加わる以上に、被告として加わるのは手続保障上問題がある

= 新訴の提起と弁論の併合によるべき(判例)+ 弁論の併合も慎重にするべき[伊藤]

←とりあえず第三者の引込みを認め、問題があれば弁論の分離をすればよい(有力)

←固有必要的共同訴訟では、訴えの適法性を維持するための原告の利益が大きい

【最判昭62.7.17 民集41-5-1402】主観的追加的併合(原告主導型) [S59 才1382]

「所論は、要するに、XがAを被告として提起している旧請求とXがYを被告として提起している本件訴えにかかる請求とは民訴法五九条所定の共同訴訟の要件を具備しているから、本件訴えを旧請求の訴訟に追加的に併合提起することが許されるべきであるところ、右の両請求の経済的利益が共通しているから、上告人は本件訴えにつき手数料を納付する必要はない、というのである」「しかし、甲が、乙を被告として提起した訴訟【旧訴訟】の係属後に丙を被告とする請求を旧訴訟に追加して一個の判決を得ようとする場合は、甲は、丙に対する別訴【新訴】を提起したうえで、法一三二条の規定による口頭弁論の併合を裁判所に促し、併合につき裁判所の判断を受けべきであり、仮に新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき法五九条所定の共同訴訟の要件が具備する場合であっても、新訴が法一三二条の適用をまたずに当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできない……けだし、かかる併合を認める明文の規定がないのみでなく、これを認めた場合でも、新訴につき旧訴訟の訴訟状態を当然に利用することができるかどうかについては問題があり、必ずしも訴訟経済に適用のものでなく、かえって訴訟を複雑化させるという弊害も予想され、また、軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれもあり、新訴の提起の時期いかんによつては訴訟の遅延を招きやすいことなどを勘案すれば、所論のいう追加的併合を認めるのは相当ではないからである」(XがAへの損害請求を提訴後(旧訴)、Yへの損害請求の追加的併合を求めたもの(新訴)→新訴：却下(印紙不納付)→棄却→棄却)

・その他の当事者引込み

* 狭義の当事者引込み：被告が第三者への請求を定立しようとする場合 ※共同関係がない

→多数：弁論の併合では統一審判の保障・当事者の申立権の保障に欠けるから、訴訟承継の

類推解釈で、訴訟係属前の承継・承継関係不存在でも引込みを認めるべき

・ 填補型：原告債権者→被告保証人の訴訟で、被告が主債務者への請求を併合

・ 転嫁型：不法行為損害請求の被告が、真の加害者として第三者を引きこむ場合

・ 権利者指名型：債権履行請求の被告が、他の債権者と自称する者を引きこむ場合

第2款 通常共同訴訟

1. 通常共同訴訟の概念を理解している。

- ・ 共同訴訟人全部の請求について判決内容の合一確定が法律上要請されない場合
→個別訴訟でも可能だが、あえて主観的併合で提起するもの

【最判昭 27.12.25 民集 6-12-1255】 必要的共同訴訟と通常共同訴訟[S24 才 207]

「主たる債務者と連帯保証人とを共同被告として訴が提起された場合でも、主債務者と保証人との間に権利関係が合一にのみ確定しなければ訴の目的が達せられないものではないから、所謂必要的共同訴訟には当たらない」(代金請求→認容(連帯保証人を一番で分離し判決言渡し)／棄却／棄却)

- ・ 通常共同訴訟の要件：§38の要件＋請求の客観的併合の要件(§136)＋各請求の管轄

※各請求の管轄については、§7で併合請求の裁判籍が認められる(①②のみ)

§38 訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくときは、その数人は、共同訴訟人として訴え、又は訴えられることができる。訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくときも、同様とする

* 要件の趣旨：無関係な他人間の紛争に巻き込まれる相手方の不利益の防止

- ・ 審査：抗弁事項(判例) ← 明らかに無関係なら、異議がなくても職権で分離すれば足りる

【大判大 6.12.25 民録 23-2220】 要件は相手方の異議を待って審査すれば足りる

①訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき

→訴訟物が同一／訴訟物の基礎となる法律関係について共通性がみられること

- ・ 例：数人に対する同一物の所有権確認(最判昭 33.1.30 民集 12-1-103 等)、同一土地の数人の不法占拠者への明渡請求、主債務者と保証人への請求(最判昭 27.12.25 民集 6-12-1255)、数人の連帯債務者への請求(大判明 29.4.4 民録 2-4-13)

②訴訟の目的である権利又は義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき

- ・ 例：同一不法行為に基づく数人の被害者による損害請求(共同不法行為なら民 719 より①)、売買無効による売主→買主＋転得者へ移転登記抹消請求(最判昭 29.9.17 民集 8-9-1635)

③訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき

- ・ 例：約束手形の振出人・裏書人に対する請求(大判明 35.6.24 民録 8-6-133)、数通の手形振出人への請求、数個の土地に関する所有者→占有者への明渡請求

・ 注意：③のみ併合請求の裁判籍が認められない(§7 但書) ∴①②より関連が薄いから

- ・ 通常共同訴訟の審判：共同訴訟人独立の原則

2. 通常共同訴訟における共同訴訟人独立の原則について、具体例に即して説明することができる。

- ・ 共同訴訟人独立の原則(§39)

§39 共同訴訟人の一人の訴訟行為、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為及び共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない

* 内容

- ・ ある共同訴訟人のした／に対する訴訟行為は他の共同訴訟人について効力を生じない
→例：事実主張、請求の放棄認諾、訴えの取下げ、和解、上訴など
- ・ ある共同訴訟人に生じた中断・中止事由などは他の共同訴訟人に効力が及ばない

* 効果：審理は同一手続でも訴訟資料は異なりうる

→判決内容の合一は確保されず、一部のみの上訴によって矛盾した確定判決となりうる

→どっちみち矛盾しうるため、弁論の分離や一部判決が可能

3. 共同訴訟人間での証拠共通の原則を理解している。

・ 証拠共通の原則(通説・判例：肯定)

* 意義：共同訴訟人の1人が提出した証拠は、援用の有無によらず他の共同訴訟人についての証拠として裁判所の事実認定の資料とすることができる

←他の共同訴訟人も証拠調べに関与する機会が与えられた場合に限るべき

←自由心証主義に対する制約になる、真実は1つなのに矛盾した事実認定を強いる

【大判大 10.9.28 民録 27-1646】【最判昭 45.1.23 判時 589-50】 証拠共通の原則を肯定

* ある共同訴訟人の弁論の全趣旨を、他の共同訴訟人についての事実認定の資料とできるか

→肯定すべき(有力) ∴自由心証主義

・ (共同訴訟人間の)主張共通の原則(判例：否定、学説：争いあり) ※原被告間のそれとは異なる

* 意義：共同訴訟人の1人による事実主張を他の共同訴訟人が積極的に援用しなくても、

裁判所が当該事実を他の共同訴訟人についての訴訟資料とできる

・ 肯定 ∴有利な場合は積極的に矛盾する主張をない限り不利益はない

∴共同訴訟人間には当然に補助参加関係が成立する

・ 否定 ∴当然の補助参加を認めると共同訴訟人独立の原則を形骸化する

∴自由心証確保から正当化できる証拠共通と同視できない

→有利な事実主張につき、それを前提とする申立て・主張をしていれば援用を認めればよい

【最判昭 43.9.12 民集 22-9-1896】 主張共通の原則(否定)[S42 才 890]

土地所有者 X から被告 ABCDEF への建物収去土地明渡請求・損賠請求等→棄却/棄却/破棄差戻し

AB が正当な占有権原(賃借権)を主張し、CDE はその家族または建物賃借人であると主張したもの。元所有者 F への賃料相当額の損賠請求もあった。原審の賃借権認定について契約の趣旨を誤解したとして破棄、さらに、

「X の F に対する本件土地の不法占有を理由とする損害賠償請求について、原審は、「本件共同訴訟人である A 及び B は右期間中の賃料弁済を主張しているから、右主張は F についてもその効力を及ぼすものと解するのを相当とする(いわゆる共同訴訟人間の補助参加関係)」としたうえ、F が本件土地を不法に占有したことによって X が蒙った損害は、A, B において右不法占有期間中の本件土地の賃料を X に支払ったことにより補填された旨認定判断し、もつて X の F に対する請求をも排斥したことが、その判文に照らして明らか……通常の共同訴訟においては、共同訴訟人の一人のする訴訟行為は他の共同訴訟人のため効力を生じないのであつて、たとえ共同訴訟人間に共通の利害関係が存するときでも同様である。したがつて、共同訴訟人が相互に補助しようとするときは、補助参加の申出をすることを要するのである。もしなんらかかる申出をしないのかかわらず、共同訴訟人とその相手方との間の関係から見て、その共同訴訟人の訴訟行為が、他の共同訴訟人のため当然に補助参加がされたと同一の効果を認めるものとするときは、果していかなる関係があるときこのような効果を認めるかに関して明確な基準を欠き、徒らに訴訟を混乱せしめることなきを保しえない]

第3款 同時審判申出共同訴訟

1. 同時審判申出共同訴訟の趣旨について、主観的予備的併合の許容性と関連づけて、説明することができる。

- ・ 意義：通常共同訴訟だが、共同被告に対する原告の請求が法律上併存しえない場合、原告が同時審判申出をすることで、裁判所の弁論の分離権限が制限されるもの
 - * 「共同被告に対する請求が法律上併存しえない場合」
 - ・ 本人への契約上の請求と無権代理人への請求(民 117)
 - ※代理権授与の事実が前者では発生原因事実、後者では権利障害事実
 - ・ 工作物の占有者・所有者に対する損賠請求(民 717-1)
 - ※占有者の免責事由が前者で抗弁事実、後者で再抗弁事実
 - * 事実上併存し得ない場合 = 法律上併存し得ない場合に当たらない
 - ・ 例：A・Bいずれかが加害者の不法行為損賠請求
 - ※事実の次元で併存し得ないのみで、請求権の一方を発生させ、他方を妨げる事実はない
 - ・ 同時審判申出共同訴訟はできない ← 統一審判が望ましく、同時審判申出共同訴訟の制度趣旨を考慮して、運用上原則として弁論の分離を避けるべき
- ・ 趣旨

- * 「共同被告に対する請求が法律上併存しえない」 → 原告はいずれかの請求権が認められると期待し、その期待は法律要件事実の構造からして法律上保護すべきである
 - 保護するためには、2つの請求を一の手続で審判すればよい
 - ⇔ 固有の必要的共同訴訟とするのは原告の訴権行使を制約するので行きすぎ
 - 単純併合では、被告ごとに矛盾する主張をすることになり、弁論の分離もできる
 - 妥当ではないので、学説上主観的予備的併合の概念がつけられた
 - 判例はこれを不適法とし、原告の合理的利益を保護するため設けられた

* 主観的予備的併合

- ・ 原告が本人に無条件に審判を求め、その認容を解除条件に代理人への請求をする
 - 裁判所は順位に拘束され、弁論の分離はできない
 - ← 予備的被告の地位が不安定 = 応訴は必要なのに主位的請求認容なら棄却判決が得られない

【最判昭 43.3.8 民集 22-3-551】主観的予備的併合(否定)[S42 才 1088]

Z 宛所有権移転登記手続請求、Y 宛損賠請求 → Z 宛棄却、Y 宛却下 / 棄却 / 棄却

X → Y の登記請求本訴中、Z が目的土地を買い受け、訴訟引受人の地位に立ったもの。

「訴の主観的予備的併合は不適法であつて許されない」 (特に理由なし)

※ 原審「控訴人の同被控訴人に対する請求は、被控訴人中村に対する請求が理由のないことを前提としてなすものであつて、いわゆる主観的予備的請求の併合にあたるものであるが、そのような予備的請求の被告とされた者にとつてはその請求の当否についての裁判がなされるか否かは他人間の訴訟の結果いかによることとなるわけであつて、応訴上著しく不安定、不利益な地位に置かれることになり、原告の保護に偏するものであるから、かかる訴訟形式は許されないものと解するのが相当であり、しかも併合された予備的請求はこれを分離するとそれ自体としては条件付訴として不適法なものになるといわねばならないのである」

2. 共同訴訟において同時審判の申出をするための要件について、具体例に即して説明することができる。
- ・ 同時審判申出共同訴訟の要件(§41-1)
§41-1 共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存し得ない関係にある場合において、原告の申出があったときは、弁論及び裁判は、分離しないしなければならない
 - ①共同被告
 - ②法律上併存しえない関係
 - ③原告の申出：事実審口頭弁論終結時まで(#2)、撤回可能(則 19)
3. 同時審判の申出の効果について、条文を参照して説明することができる。
- ・ 効果：弁論の分離・裁判の分離は禁止(§41-1)、控訴審での併合強制(#3)
→証拠共通の原則により、原告の両負けを回避可能
 - ・ 審判：通常共同訴訟であって、請求は単純併合であるが、弁論の分離権限は否定される
 - * 弁論分離をした場合：違法だが、原告の利益保護のためだから責問権喪失で治癒
 - * 共同訴訟人独立の原則：修正されない、主張共通の原則も否定
→上訴は他の共同訴訟人に及ばない

第4款 必要的共同訴訟

1. 必要的共同訴訟の概念を理解している。
 - ・ 必要的共同訴訟：共同訴訟人全部の請求につき判決内容の合一的確定が法律上要請されるもの
：主に紛争の統一的解決が要請される場合
2. 固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟の異同を理解している。
 - ・ 固有必要的共同訴訟：関係者全員が訴訟当事者とならなければ、当事者適格を欠き、訴えが不適法となる共同訴訟形態(個別提訴はできない)
 - * 当事者適格の基礎となる管理処分権や法律上の利益が、多数人に共同で帰属し、その帰属の態様から判決内容の合一性が要請される場合
 - ・ 類似必要的共同訴訟：当事者適格そのものは各当事者に認められるが、判決効の抵触回避のため複数の訴訟がある場合は合一的確定の必要がある共同訴訟形態(一部の者でも提訴可能)
 - * 訴訟物たる権利関係の性質から確定判決の既判力が他の訴訟追行権者に拡張される場合
→既判力抵触の防止のため、判決内容の合一性が要請される
3. 固有必要的共同訴訟となる場合とならない場合について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 数人の訴訟担当者の場合<必要>
 - * 法・権利主体の意思により、数人の訴訟担当者が共同で管理処分権を行使すべき場合
例：数人の破産管財人等(破産 76-1,民再 70-1,会更 69-1)、受託者(信託 79)、選定当事者等
【大判昭 7.12.14 新聞 3511-9】数人の破産管財人がいる場合(肯定)
【最判昭 45.10.27 民集 24-11-1655】数人の更生管財人がいる場合(肯定)
【大判昭 17.7.7 民集 21-740】数人の受託者がいる場合(肯定)
 - ・ 他人間の権利関係の変動を目的とする訴え<必要>
 - * 第三者の提起する婚姻取消しの訴え(人訴 2:1,民 744-1)
→被告適格の基礎となる婚姻関係の主体たる夫婦が共同被告(人訴 12-2)
 - ・ 養子縁組無効・取消の訴え(養親子)、認知無効・取消(認知者・子)も同様
【大判昭 14.8.10 民集 18-804】養子縁組取消請求(肯定・養親と養子)
【大判大 14.9.18 民集 4-635】認知取消請求(肯定・認知者と子)
【大判大 4.10.6 民録 21-1596】短期賃貸借解除(肯定)
【大判明 41.9.25 民録 14-931】共有物分割請求(肯定)
【最判昭 46.12.9 民集 25-9-1457】境界確定の訴え(肯定・隣地共有者)
 - * 共有物分割の訴え(民 258-1)：分割請求者以外の共有者を共同被告とする
【最判昭 43.12.20 民集 22-13-3017】共有物分割請求(肯定・原告が1人でなくてもよい)
 - * 境界確定の訴え：隣地共有者全員が共同原告/被告となる
【最判昭 46.12.9 民集 25-9-1457】境界確定の訴え(肯定・原告側共有の例)
【最判平 11.11.9 民集 53-8-1421】境界確定の訴え(共有者が同調しない場合)[H9 才 873]
「境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同

してのみ訴え、又は訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解される（最判昭 46.12.9 参照）。したがって、共有者が右の訴えを提起するには、本来、その全員が原告となって訴えを提起すべき……しかし、共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいるときには、その余の共有者は、隣接する土地の所有者と共に右の訴えを提起することに同調しない者を被告にして訴えを提起することができる」「けだし、境界確定の訴えは、所有権の目的となるべき公簿上特定の地番により表示される相隣接する土地の境界に争いがある場合に、裁判によってその境界を定めることを求める訴えであって、所有権の目的となる土地の範囲を確定するものとして共有地については共有者全員につき判決の効力を及ぼすべきものであるから、右共有者は、共通の利益を有する者として共同して訴え、又は訴えられることが必要となる。しかし、共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、隣接する土地との境界に争いがあるときにはこれを確定する必要があることを否定することはできないところ、右の訴えにおいては、裁判所は、当事者の主張に拘束されなくて、自らその正当と認めるところに従って境界を定めるべきであって、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴法二四六条の規定に違反するものではないのである（最判昭 38.10.15 参照）。このような右の訴えの特質に照らせば、共有者全員が必ず共同歩調をとることを要するとまで解する必要はなく、共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りると解すべきであり、このように解しても訴訟手続に支障を来すこともないからである」「共有者が原告と被告とに分かれることになった場合には、この共有者間には公簿上特定の地番により表示されている共有地の範囲に関する対立があるというべきであるとともに、隣地の所有者は、相隣接する土地の境界をめぐる、右共有者全員と対立関係にあるから、隣地の所有者が共有者のうちの原告となっている者のみを相手方として上訴した場合には、民訴法 47-4 を類推して、同法 40-2 の準用により、この上訴の提起は、共有者のうちの被告となっている者に対しても効力を生じ、右の者は、被上訴人としての地位に立つ」（X1,X2,Z 共有地に関する、X1,X2→Y,Z の境界確定請求→認容(Y,Z で確定された範囲が異なる)→Y 控訴(被控訴人は X1,X2,Z)棄却・訴状の趣旨訂正に基づく改定(YZ の確定範囲が一致)→Y 上告棄却)

（千種補足）被告に加えればよいというのは境界確定の訴えの特殊性による便法。原告に加えるか参加人または訴訟被告知者とする道を検討すべき。「これを被告として取り扱うことを是とするのは、判示もいうとおり、境界確定の訴えが本質的には非訟事件であって、訴訟に関与していれば、その申立てや主張に拘らず、裁判所が判断を下しうるといふ訴えの性格によるものだからである。しかしながら、当事者適格は実体法上の権利関係と密接な関係を有するものであるから、本件の解釈・取扱いを他の必要的共同訴訟にどこまで類推できるのかには問題もあり、今後、立法的解決を含めて検討を要するところである」

* 株式会社の役員解任の訴え(会社 855)：現在は明文で会社と当該役員が被告とされる

【最判平 10.3.27 民集 52-2-661】取締役解任の訴え(肯定・会社と取締役：旧商法下)

・ その他の権利関係についての管理処分権の共同<事案による>

<通常> 嫡出親子関係不存在確認(父子・母子を別個に判断すればよい)

【最判昭 56.6.16 民集 35-4-791】親子関係不存在確認請求(否定) [S55 才 661]

X(A と先妻の子)が、Yc(A と後妻 Ym の子として届出)は A と Ym との間の子でないことの確認を請求

→認容→被告控訴：変更・Yc と A の親子関係不存在確認、Yc と Ym の親子関係不存在確認却下→被告上告棄却

「原審は、本件訴のうち母子関係不存在確認を求める訴につき確認の利益を否定する前提として、嫡出親子関係不存在確認の訴においては父子関係と母子関係の各不存在を合一にのみ確定する必要はないものとしているが、右の原審の判断は相当…以上の見解と異なる大審院判例（大判昭 4.9.25、同 19.6.28）は変更されるべき」

<通常> 離婚無効確認と重婚取消請求(配偶者との関係で前者、重婚相手との関係で後者で足る)

【最判昭 61.9.4 判時 1217-57】離婚無効確認請求と重婚取消請求(否定)[S60 才 374]

X(前妻)が、Yh との関係で X・Yh の離婚無効確認請求、Yw との関係で Yh・Yw(後妻)の婚姻取消請求(重婚)をしたもの。なお、Yh 死亡のため検察官が被告→ともに認容/棄却/棄却

「本件離婚の無効確認請求と本件婚姻の取消請求とは、法律上それぞれ独立の請求であつて、固有必要的共同訴訟に当たらないのはもとより、いわゆる類似必要的共同訴訟にも当たらないと解されるから、本件訴訟の目的が検察官及び被告人の両名全員につき合一にのみ確定すべき場合には当たらない」

<通常> 共同相続人→受遺者の遺言無効確認訴訟

∴相続人が自らの持分権に基いて受遺者の権利の不存在確認をするもの

【最判昭 56.9.11 民集 35-6-1013】相続分等の指定のみの遺言無効確認(否定)[S54 才 1208]

要旨「単に相続分及び遺産分割の方法を指定したにすぎない遺言の無効確認を求める訴は、固有必要的共同訴訟にあたらぬ」※被告らに有利な遺産分割方法を指定する遺言の無効確認(共同遺言で無効)、遺言執行者なし

<必要> 共同相続人による遺産確認の訴え ∴共有関係にあることの確認

【最判平 1.3.28 民集 43-3-167】遺産確認の訴え(肯定)[S60 才 727]

「遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによって共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであって、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから(最判昭 61.3.13 参照)、右訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解する」(遺産確認請求→却下/棄却)

【最判平 6.1.25 民集 48-1-41】遺産確認の訴え(肯定・一部被告への訴えの取下げは無効)

【最判平 9.3.14 判時 1600-89】遺産確認の訴え(肯定・先に所有権を争って敗訴した場合)

【最判平 26.2.14 裁時 1598-1】遺産確認の訴え(相続分の全部を譲渡していた場合)

「共同相続人のうち自己の相続分の全部を譲渡した者は、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する割合的な持分を全て失うことになり、遺産分割審判の手續等において遺産に属する財産につきその分割を求めることはできないのであるから、その者との間で遺産分割の前提問題である当該財産の遺産帰属性を確定すべき必要性はない……そうすると、共同相続人のうち自己の相続分の全部を譲渡した者は、遺産確認の訴えの当事者適格を有しない」(相続分全部を他の共同相続人に譲渡した者への訴えの取下げを無効とした原審を破棄差戻し)

<必要> 共同相続人による相続人地位不存在確認請求

【最判平 16.7.6 民集 58-5-1319】相続権不存在確認(肯定)[H15 受 1153]

「被相続人の遺産につき特定の共同相続人が相続人の地位を有するか否かの点は、遺産分割をすべき当事者の範囲、相続分及び遺留分の算定等の相続関係の処理における基本的な事項の前提となる……共同相続人が、他の共同相続人に対し、その者が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、当該他の共同相続人に相続欠格事由があるか否か等を審理判断し、遺産分割前の共有関係にある当該遺産につきその者が相続人の地位を有するか否かを既判力をもって確定することにより、遺産分割審判の手續等における上記の点に関する紛争の発生を防止し、共同相続人間の紛争解決に資することを目的とする……このような上記訴えの趣旨、目的にかんがみると、上記訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する……いわゆる固有必要的共同訴訟と解する」(相続権不存在確認(遺言隠匿による相続欠格)→却下/棄却)

<必要> 実用新案登録を受ける権利の共有者による、その出願にかかる審決の取消請求

←反対説有力

【最判平 7.3.7 民集 49-3-944】実用新案登録に係る審決取消請求(肯定)

・ 共同所有関係【事案による】

←原告共有なら提訴不同調の可能性、被告共有なら被告不明確ゆえ、極力通常訴訟にする

* 能動訴訟：共有者が原告となる場合

<必要> 共有権確認請求【最判昭 46.10.7 民集 25-7-885】

<通常> 共有持分権確認請求(対第三者)【最判昭 40.5.20 民集 19-4-859】

<必要> 所有権移転登記請求【大判大 11.7.10 民集 1-386,最判昭 46.10.7 民集 25-7-885】

<通常> 抹消登記手続請求【最判昭 31.5.10 民集 10-5-487,最判平 15.7.11 民集 57-7-787】

<通常> 地役権設定登記手続請求【最判平 7.7.18 民集 49-7-2684】 ∴保存行為

<通常> 不動産明渡請求(物権的請求)【大判大 10.6.13 民録 27-1155】 ∴保存行為

<通常> 不動産明渡請求(債権的請求)【最判昭 42.8.25 民集 21-7-1740】 ∴不可分債権

<通常> 妨害排除請求【大判大 10.7.18 民録 27-1392】 ∴保存行為

* 受動訴訟：共有者が被告となる場合

<通常> 所有権確認請求【最判昭 34.7.3 民集 13-7-898,最判昭 45.9.8 民集 100-415】

<通常> 賃借権確認請求【最判昭 45.5.22 民集 24-5-415(賃貸人が共同相続)】 ∴不可分債務

<必要> 登記抹消手続請求(二重譲渡)【最判昭 38.3.12 民集 17-2-310】

<通常> 所有権移転登記請求(売主相続)【最判昭 36.12.15 民集 15-11-2865】 ∴不可分債務

<通常> 所有権移転登記請求(贈与者相続)【最判昭 44.4.17 民集 15-11-2865】 ∴不可分債務

<通常> 土地明渡請求(物権的請求) ∴不可分債務(民 430,429 類推、物権的請求権だから)

【最判昭 43.3.15 民集 22.3.607】建物収去土地明渡請求[S41 才 162]

東京都(X)から Y ら 28 名への建物収去土地明渡請求(被災小学校校地に被告らが建物を建てて住んでいたもの)
→認容→棄却(被告のうち Y が死亡し、その相続人のうち子 3 人を名宛人にする一部変更)→棄却

「X の Y に対する本訴請求が本件土地の所有権に基づいてその地上にある建物の所有者である Y に対し建物収去土地明渡を求めるものであることは記録上明らかであるから、Y が死亡した場合には、かりに姜喜美子が同被告の相続人の一人であるとすれば、喜美子は当然に同被告の地位を承継し、右請求について当事者の地位を取得することは当然……しかし、土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではない……けだし、右の場合、共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、その請求において理由があるときは、同人らは土地所有者に対する関係では、各自係争物件の全部についてその侵害行為の全部を除去すべき義務を負うのであつて、土地所有者は共同相続人ら各自に対し、順次その義務の履行を請求することができ、必ずしも全員に対して同時に訴を提起し、同時に判決を得ることを要しないからである。もし論旨のいうごとくこれを固有必要的共同訴訟であると解するならば、共同相続人の全部を共同の被告としなければ被告たる当事者適格を有しないことになるのであるが、そうだとすると、原告は、建物収去土地明渡の義務あることについて争う意思を全く有しない共同相続人をも被告としなければならないわけであり、また被告たる共同相続人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたつ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を取り下げる等の手段に出ることができず、いたずらに無用の手続を重ねなければならないことになるのである。のみならず、相続登記のない家屋を数人の共同相続人が所有してその敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないことで稀ではない。そのような場合は、その一部の者を手続に加えなかつたために、既になされた訴訟手続ないし判決が無効に帰するおそれもあるのである。以上のように、これを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おそれなしとしないのであつて、これらの障碍を避けるためにも、これを必要的共同訴訟と解しないのが相当である。また、他面、これを通常の共同訴訟であると解したとしても、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いうでなければ、その強制執行をすることが許されないのであるから、かく解することが、直ちに、被告の権利保護に欠けるものとはいえない]

・ 総有・合有

<通常> 組合財産の登記抹消請求【最判昭 33.7.22 民集 12-12-1805】：保存行為

* 入会権関係

<必要> 総有権確認請求(目的物が総有に属することの確認)【最判昭 41.11.25 民集 20-9-1921】

・ (権利能力なき社団たる)入会団体・登記名義人と定められた構成員個人による提訴

【最判平 6.5.31 民集 48-54-1065】 入会団体等の第三者への総有権確認請求[H3 才 1724]

「入会権は権利者である一定の村落住民の総有に属するものであるが(最判昭 41.11.25)、村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認請求訴訟を進行する原告適格を有する……けだし、訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄であるところ、入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習等の規律に服する団体的色彩の濃い共同所有の権利形態であることに鑑み、入会権の帰属する村落住民が権利能力のない社団である入会団体を形成している場合には、当該入会団体が当事者として入会権の帰属に関する訴訟を進行し、本案判決を受けることを認めるのが、このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切であるからである」「権利能力のない社団である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する不動産について総有権確認請求訴訟を原告の代表者として進行するには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要する……けだし、右の総有権確認請求訴訟についてされた確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、入会団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上、入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられないからである」「権利能力のない社団である入会団体において、規約等に定められた手続により、構成員全員の総有に属する不動産につきある構成員個人を登記名義人とすることとされた場合には、当該構成員は、入会団体の代表者でなくても、自己の名で右不動産についての登記手続請求訴訟を進行する原告適格を有する……けだし、権利能力のない社団である入会団体において右のような措置を採ることが必要になるのは入会団体の名義をもって登記をすることができないためであるが、任期の定めのある代表者を登記名義人として表示し、その交代に伴って所有名義を変更するという手続を採ることなく、別途、当該入会団体において適切であるとされた構成員を所有者として登記簿上表示する場合であっても、そのような登記が公示の機能を果たさないとはいえないのであって、右構成員は構成員全員のために登記名義人になることができるのであり、右のような措置が採られた場合には、右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を進行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそつものと解されるからである。このように解したとしても、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、信託法一条が訴訟行為をさせることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨を潜脱するものということはできない」(所有権確認・所有権移転登記・移転登記等抹消請求→認容→取消却下→破棄差戻し)

・ 提訴に同調しない入会権者を被告とする提訴

【最判平 20.7.17 民集 62-7-1994】 総有権確認請求[H18 受 1818]

「上诉人 X らは、本件各土地について所有権を取得したと主張する Y に対し、本件各土地が本件入会集団の入会地であることの確認を求めたいと考えたが、本件入会集団の内部においても本件各土地の帰属について争いがあり、Z らは上記確認を求める訴えを提起することについて同調しなかつたので、対内的にも対外的にも本件各土地が本件入会集団の入会地であること、すなわち X らを含む本件入会集団の構成員全員が本件各土地について共有の性質を有する入会権を有することを合一的に確定するため、Y だけでなく、X らも被告として本件訴訟を提起した……特定の土地が入会地であることの確認を求める訴えは……入会集団の構成員全員が当事者とし

て関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟である。そして、入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求める訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、入会権の存否について争いのあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定することができず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければならない。そこで、入会集団の構成員のうちに入会権確認の訴えを提起することに同調しない者がいる場合には、入会権の存在を主張する構成員が原告となり、同訴えを提起することに同調しない者を被告に加えて、同訴えを提起することも許される……このような訴えの提起を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはない……最判昭 41.11.25 は、入会権の確認を求める訴えは権利者全員が共同してのみ提起し得る固有必要的共同訴訟というべきであると判示しているが、上記判示は、土地の登記名義人である村を被告として、入会集団の一部の構成員が当該土地につき入会権を有することの確認を求めて提起した訴えに関するものであり、入会集団の一部の構成員が、前記のような形式で、当該土地につき入会集団の構成員全員が入会権を有することの確認を求め訴えを提起することを許さないとするものではない……したがって、特定の土地が入会地であるのか第三者の所有地であるのかについて争いがあり、入会集団の一部の構成員が、当該第三者を被告として、訴訟によって当該土地が入会地であることの確認を求めたいと考えた場合において、訴えの提起に同調しない構成員がいるために構成員全員で訴えを提起することができないときは、上記一部の構成員は、訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟当事者となる形式で当該土地が入会地であること、すなわち、入会集団の構成員全員が当該土地について入会権を有することの確認を求め訴えを提起することが許され、構成員全員による訴えの提起ではないことを理由に当事者適格を否定されることはない」

<通常> 入会権確認請求(自分の使用収益権の確認)

【最判昭 58.2.8 判時 1092-62】 入会権確認請求[S55 才 936]

「思うに、入会権の目的である山林につき、入会権を有し入会団体の構成員であると主張する者が、その構成員である入会権者との間において、入会権を有することの確認を求め訴えは、入会団体の構成員に総有的に帰属する入会権そのものの存否を確定するものではなく、右主張者が入会団体の構成員たる地位若しくはこれに基づく入会権の内容である当該山林に対する使用収益権を有するかどうかを確定するにとどまるのであつて、入会権を有すると主張する者全員と入会権者との間において合一に確定する必要のないものであるから、いわゆる固有必要的共同訴訟と解すべきものではなく、入会権を有すると主張する者が、各自単独で、入会権者に対して提起することが許される……本件において、Xらは、本件山林が、中沢郷会なる団体に帰属し、かつ、共有の性質を有する入会山であり、Xらが個別的に右中沢郷会に加入を認められたこと（いわゆる新加入）によつて入会権を取得した旨主張し、右団体の構成員であつて入会権者であるYらとの間において、Xらが、本件山林につき、Yらの権利と同一内容の「植林、用材及び雑木の伐採、採草等を目的とする共有の性質を有する入会権」を有することの確認を求めていることが明らかであるから、上告人らの右確認の訴えは、上告人らが、各自単独で、提起することが許される通常訴訟というべき」（入会権確認→却下／破棄差戻し）

【最判昭 57.7.1 民集 36-6-891】 入会権確認請求[S51 才 424]

Zらの総有に属する入会地がY名義で登記されており、YからXが地上権設定を受けたもの

X→Y(浅間神社)地上権確認・地上権設定登記本登記手続・土地引渡請求：棄却→棄却→棄却

Z(当事者参加人・入会権者)→①対XY使用収益権確認②対X使用収益妨害禁止③地上権設定仮登記抹消登記手続請求→①認容②棄却③認容→XZ控訴棄却→X上告①棄却③破棄自判・取消棄却

「入会部落の構成員が入会権の対象である山林原野において入会権の内容である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つて、入会権そのものについての管理処分権能とは異なり、部落内で定められた規律に従わなければならないという拘束を受けるものであるとはいへ、本来、各自が単独で行使することができるものであるから、右使用収益権を争い又はその行使を妨害する者がある場合には、その者が入会部落の構成員であるかどうかを問わず、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益

権の確認又は妨害の排除を請求することができる」「Zらの請求中本件山林について經由された地上権設定仮登記の抹消登記手続請求の当否について検討するに、Zらが有する使用収益権を根拠にしては右抹消登記手続を請求することはできない……けだし……Zらが入会部落の構成員として入会権の内容である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……ところ、かかる権能の行使自体は、特段の事情のない限り、単に本件山林につき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と考えられるからである。もつとも、かかる地上権設定に関する登記の存在は、入会権自体に対しては侵害的性質をもつといえるから、入会権自体に基づいて右登記の抹消請求をすることは可能であるが、かかる妨害排除請求権の訴訟上の主張、行使は、入会権そのものの管理処分に関する事項であつて、入会部落の個々の構成員は、右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又はこれに類する権限を有するものではないから、構成員各自においてかかる入会権自体に対する妨害排除としての抹消登記を請求することはできない」

4. 類似必要的共同訴訟の具体例を挙げることができる。

- ・ 数人の提起する人事訴訟(養子縁組無効の訴え)

【最判昭 43.12.20 判時 546-69】養子縁組無効確認訴訟(肯定)[S43 才 723]

「数人の提起する養子縁組無効の訴は、いわゆる類似必要的共同訴訟であるから、訴を提起した共同訴訟人のうち一名または数名だけでも、有効に訴を取り下げることができる…(大判大 10.2.15 参照)……その控訴審において右訴の取下があつたときは、民訴法 237-2 の適用があることは、所論のとおりであるが、これによって右訴訟の目的である権利関係が確定するものではなく、訴の取下をしなかつた共同訴訟人と相手方との間の判決の効力は、人訴法二六条、一八条の規定によって、右訴の取下をした共同訴訟人に及ぶ」

- ・ 数人の住民の提起した住民訴訟

【最判昭 58.4.1 民集 37-3-201】共同訴訟人の1人の上訴(住民訴訟)[S57 行ツ 11]

「普通地方公共団体の数人の住民が当該地方公共団体に代位して提起する地方自治法 242/2-1:4 所定の訴訟は、その一人に対する判決が確定すると、右判決の効力は当該地方公共団体に及び(民訴法 201-2)、他の者もこれに反する主張をすることができなくなるという関係にあるのであるから、民訴法 62-1 にいう「訴訟ノ目的力共同訴訟人ノ全員ニ付合一二ノミ確定スヘキ場合」に当たる」

【最大判平 9.4.2 民集 51-4-1673】愛媛玉串料訴訟(判例変更)[H4 行ツ 156]

「本件は、地方自治法二四二条の二に規定する住民訴訟である。同条は、普通地方公共団体の財務行政の適正な運営を確保して住民全体の利益を守るために、当該普通地方公共団体の構成員である住民に対し、いわば公益の代表者として同条一項各号所定の訴えを提起する権能を与えたものであり、同条四項が、同条一項の規定による訴訟が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもって同一の請求をすることができないと規定しているのは、住民訴訟のこのような性質にかんがみて、複数の住民による同一の請求については、必ず共同訴訟として提訴することを義務付け、これを一体として審判し、一回的に解決しようとする趣旨に出たものと解される。そうであれば、住民訴訟の判決の効力は、当事者となった住民のみならず、当該地方公共団体の全住民に及ぶものというべきであり、複数の住民の提起した住民訴訟は、民訴法六二条一項にいう「訴訟ノ目的力共同訴訟人ノ全員ニ付合一二ノミ確定スヘキ場合」に該当し、いわゆる類似必要的共同訴訟と解する」

- ・ 株式会社の組織に関する訴え ∴ 会社 838 による請求認容判決の既判力拡張

- ・ 複数の株主の追行する株主代表訴訟

∴ 既判力が被担当者に拡張され、その反射的效果として他の適格者に拡張されるから

【最判平 12.7.7 民集 54-6-1767】野村証券損失補填株主代表訴訟[H8 才 270]

「株主代表訴訟は、株主が会社に代位して、取締役の会社に対する責任を追及する訴えを提起するものであって、その判決の効力は会社に対しても及び(民訴法 115-1:2)、その結果他の株主もその効力を争うことができなく

なるという関係にあり、複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟と解する」

* 同じ理由で類似必要的共同訴訟とされるもの

・ 数人の(差押)債権者による債権者代位訴訟(民 423)、取立訴訟(民執 157-1)

* 成年被後見人の配偶者に対する離婚訴訟(被告が複数となるもの)

・ 人訴 13-1 より、成年被後見人の妻(夫)も自分で訴訟行為ができる

→夫が妻に対して離婚訴訟を提起できる

・ 人訴 14-1 より、成年後見人に対して訴えを提起することもできる

→夫は妻の成年後見人に対して離婚訴訟を提起できる

→ここに妻が共同訴訟参加できる → 類似必要的共同訴訟となる

・ 類似必要的共同訴訟でないもの

* 不可分債務

【最判昭 38.10.1 民集 17-9-1106】農地移転許可申請協力義務の履行請求[S36 才 1405]

売主の共同相続人 Y1, Y2, B への土地所有権移転許可申請手続請求→認容→B が請求を認諾: Y1, Y2 取消・棄却(売買契約は B の無権代理で X 有過失ゆえ表見代理不成立)、B 取消・訴訟終了宣言→原告上告棄却

「X の本訴請求は、本件土地の売買契約に基づき A の負担した知事に対する許可申請協力義務を、その相続人である Y1、Y2 及び B において承継したとして、右三名を相手取つてその義務履行を求めるものであるところ、A につき発生したと主張される許可申請協力義務は給付の目的が性質上不可分のものと解されるから、その共同相続人たる Y1、Y2 及び B はいわゆる不可分債務者の関係に立つものというべきである。そしてかかる不可分債務関係の訴訟は、固有必要的共同訴訟に当たらないのは勿論、類似必要的共同訴訟にも当たらないと解される」

* 人事訴訟で対世効があるが、反射的效果にすぎない場合

【最判昭 61.9.4 判時 1217-57】離婚無効確認請求と重婚取消請求(否定)[前掲 S60 才 374]

* 選挙訴訟

【最大判平 10.9.2 民集 52-6-1373】参議院議員定数配分規定不均衡訴訟(否定)

5. 必要的共同訴訟において、共同訴訟人の一部がし、又は、その一部に対してされた訴訟行為の効果について、具体例に即して説明することができる。

・ 必要的共同訴訟の審判(§40)

* 共同訴訟人の 1 人の訴訟行為(#1): 全員の利益となる場合のみ効力を生じる

→自白や請求の放棄・認諾は本人についても効力を生じない

§40-1 訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合には、その一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみその効力を生ずる

・ 有利か否かの判断: 共同訴訟人の申立てを基準に判断する

・ 訴えの取下げ: 他の共同訴訟人の訴えが不合法却下となるため、不利益として扱う(無効)

←但し、固有必要的共同訴訟における取扱い(類似必要的共同訴訟では取下げ OK)

【最判昭 46.10.7 民集 25-7-885】共同原告の 1 人のする訴えの取下げは不利ゆえ無効

【大判昭 14.4.18 民集 18-460】共同被告の 1 人がする訴えの取下げの同意は不利ゆえ無効

* 共同訴訟人の 1 人に対する相手方の訴訟行為(#2): 全員に対して効力を生じる

・ 裁判所の訴訟行為は各別にする必要がある: 期日の呼出、送達など

#2 前項に規定する場合には、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為は、全員に対してその効力を生ずる

- * 訴訟手続の中断・中止(#3)：1人について原因があれば、全員について効力を生じる
- #3 第一項に規定する場合において、共同訴訟人の一人について訴訟手続の中断又は中止の原因があるときは、その中断又は中止は、全員についてその効力を生ずる
- ・共同訴訟人が死亡すると受継まで全員につき中断するが、受継すべき者も共同訴訟人で、受継の手続をしないまま訴訟行為を行った場合は、中断の効果を信義則上主張できない
- 【最判昭 34.3.26 民集 13-4-493】共同訴訟人死亡による中断を信義則上主張できない
- * 被保佐人・被補助人・法定代理人の訴訟行為の特則(応訴には同意不要)の準用(#4→§32-1)
- ・対象：共同訴訟人の1人が上訴した上訴審で、他の共同訴訟人が被保佐人の場合など
- * 弁論の分離・一部判決：不可 → 上訴で取消すべき
- ・誤って弁論を分離して判決した場合：共同訴訟人への全部判決とみなす
→名宛人でない共同訴訟人も上訴可能(解釈)
- * 共同訴訟人の1人による上訴：§40-1により全員につき上訴の効果が生じる
⇨共同訴訟人の1人に対する上訴：§40-2により全員につき上訴の効果が生じる
- 【金沢高支判昭 63.10.31 高民 41-3-139】上訴期間は各自起算・進行する
- ・類似必要的共同訴訟における一部原告の上訴
→原則は全員が上訴人となる
- 【最決平 23.2.17 家月 63-9-57,判時 2120-6】養子縁組無効確認訴訟(肯定)[H21 才 1022]
- 「数人の提起する養子縁組無効の訴えは、いわゆる類似必要的共同訴訟と解すべきであるところ（最判昭 43.12.20）、記録によれば、上告人兼申立人が本件上告を提起するとともに、本件上告受理の申立てをした時には、既に共同訴訟人であるX1が本件養子縁組無効の訴えにつき上告を提起し、上告受理の申立てをしていたことが明らかであるから、上告人の本件上告は、二重上告であり、申立人の本件上告受理の申立ては、二重上告受理の申立てであって、いずれも不適法である」（上告却下・上告不受理）
- 住民訴訟・株主代表訴訟では上訴人たる地位は上訴した者のみ
- 【最判昭 58.4.1 民集 37-3-201】共同訴訟人の1人の上訴(住民訴訟)[前掲 S57 行ツ 11]
- 「一五名の第一審原告らのうち本件上告人ら五名がした第一審判決に対する控訴は、その余の第一審原告らに対しても効力を生じ（民訴法 62-1）、原審としては、第一審原告ら全員を判決の名宛人として一個の終局判決をすべき……第一審判決に対する控訴をした本件上告人らのみを控訴人としてされた原判決は、違法である」（木下反対）類似必要的共同訴訟のうち、住民訴訟では全員を上訴人とする必要はない。
- 【最大判平 9.4.2 民集 51-4-1673】愛媛玉串料訴訟(判例変更)[前掲 H4 行ツ 156]
- 「類似必要的共同訴訟については、共同訴訟人の一部の者がした訴訟行為は、全員の利益においてのみ効力を生ずるとされている（民訴法六二条一項）。上訴は、上訴審に対して原判決の敗訴部分の是正を求める行為であるから、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶ……しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、住民訴訟の前記のような性質にかんがみると、公益の代表者とな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き続けることを求めることは、相当でないだけでなく、住民訴訟においては、複数の住民によって提訴された場合であっても、公益の代表者としての共同訴訟人らにより同一の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の予防又は是正を求める公益上の請求がされているのであり、元来提訴者各人が自己の個別的な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない。

そうであれば、住民訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人をその意に反して上訴人の地位に就かせる効力までが行政事件訴訟法七条、民訴法六二条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならない……この理は、いったん上訴をしたがこれを取り下げた共同訴訟人についても当てはまるから、上訴をした共同訴訟人のうちの一部の者が上訴を取り下げても、その者に対する関係において原判決が確定することにはならないが、その者は上訴人ではなくなる……最判昭 58.4.1 は、右と抵触する限度において、変更すべきものである」(住民訴訟→認容/取消棄却/破棄自判・控訴棄却)

【最判平 12.7.7 民集 54-6-1767】野村証券損失補填株主代表訴訟[前掲 H8 才 270]

「類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶ……しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟においては、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し、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。そうすると、株主代表訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法 40-1 によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならない…(最大判平 9.4.2 参照)…したがって、本件において自ら上告を申し立てなかった池中義徳及び株式会社青木電気設計事務所は上告人ではないものとして、本判決をする」(株主代表訴訟→棄却/棄却)

- ・固有必要的共同訴訟における一部当事者の上訴：全員が上訴人となる

←上訴人か被上訴人かの区別は意義をもたない

【最判平 22.3.16 民集 64-2-498】相続人の地位不存在確認請求[H20 才 999]

X→Y1,Y2 相続人地位不存在確認請求(遺言偽造で相続欠格)→棄却→X 控訴:対 Y2 取消認容、対 Y1 控訴却下(控訴の利益なし)→Y2 上告(自動的に Y1 も上告):破棄自判(取消・対 Y1,Y2 認容)

「本件請求に係る訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟と解する…(最判平 16.7.6)…本件請求を棄却した第 1 審判決主文第 2 項は、被上告人の上告人 Y 1 に対する請求をも棄却するものであるというべきであって、上記 3 の訴訟経過に照らせば、被上告人の上告人 Y 1 に対する控訴につき、控訴の利益が認められることは明らか」「本件請求に係る訴えは、固有必要的共同訴訟……であるところ、原審は、本件請求を棄却した第 1 審判決を上告人 Y 2 に対する関係でのみ取り消した上、同 Y 2 に対する本件請求を認容する一方、同 Y 1 に対する控訴を却下した結果、同 Y 1 に対する関係では、本件請求を棄却した第 1 審判決を維持した……このような原審の判断は、固有必要的共同訴訟における合一確定の要請に反する」「原告甲の被告乙及び丙に対する訴えが固有必要的共同訴訟であるにもかかわらず、甲の乙に対する請求を認容し、甲の丙に対する請求を棄却するという趣旨の判決がされた場合には、上訴審は、甲が上訴又は附随上訴をしていないときであっても、合一確定に必要な限度で、上記判決のうち丙に関する部分を、丙に不利益に変更することができる…(最判昭 48.7.20 参照)。そうすると、当裁判所は、原判決のうち上告人 Y 2 に関する部分のみならず、同 Y 1 に関する部分も破棄することができる」※Y1 も上告人と明記している

第2節 訴訟参加

第1款 補助参加

1. 補助参加の制度趣旨を理解している。
 - ・ 意義(§42) : 訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、当事者の一方を補助するため、その訴訟に参加すること → 主たる当事者を勝訴させ、自分の法律上の地位を守るため
 - * 補助参加人 : 参加する第三者のこと
 - * 被参加人 / 主たる当事者 : 補助される当事者のこと
 - * 相手方 : 被参加人の反対当事者のこと
2. 補助参加の利益を含む補助参加の要件について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 要件 : 他人間の訴訟の存在 + 補助参加の利益
 - ・ 他人間の訴訟の存在
 - * 上告審でもよい : 新たな請求定立がないから
 - * 判決確定後でもよい → §43-2 と §45-1 (「再審の訴えの提起」) より再審を提起可能
 - ・ 例 : 再審の訴えの原告適格を欠く場合(死後認知訴訟敗訴者(亡父)の他の子など)
【最判平 1.11.10 民集 43-10-1085】再審の訴えの原告適格[S59 才 1122]
「再審の訴えは、確定判決の取消し及び右確定判決に係る請求の再審理を目的とする一連の手續であつて(民訴 427,428)、再審の訴えの原告は確定判決の本案についても訴訟行為をなすことが前提となるところ、認知を求められた父の子は認知の訴えの当事者適格を有せず(人訴 32-2,2-3)、右訴えに補助参加をすることができるにすぎず、独立して訴訟行為をすることができない」(認知再審請求→棄却/取消差戻/破棄自判・取消却下)
 - * 訴訟当事者でないこと
 - ・ 当事者は、形式的当事者概念により定まる → 訴訟担当における被担当者も補助参加可能
 - ・ 共同訴訟人の1人は、他の共同訴訟人との関係では第三者ゆえどちら側にも補助参加可能
【最判昭 51.3.30 判時 814-112】共同被告による原告側への補助参加[S46 才 1057]
N,S,I 宛損害請求→I 宛認容(Iの過失が原因と認定)→IはX宛控訴せず、Xに補助参加してNS宛控訴 : NS宛取消認容→NS上告棄却 (S・Iの運転する車の衝突事故の反動でSの車が、歩行者であったXに衝突して傷害を負わせたもの。NはSの雇主)
「Xは、本訴により、Iの保有し運転する自動車とNの保有しSの運転する自動車とが交差点で衝突した反動により傷害を負ったことに基づき、I及び上告人らと共同被告として損害賠償を請求したが、第一審においてはIに対する請求はほぼ全部認容され、上告人らに対する請求は棄却されたところ、Iが、自己に対する第一審判決については控訴しなかったが、上告人らもまた右事故につき損害賠償責任を免れないとして、Xのため補助参加を申し立てると同時に、原審に対しXを控訴人とする控訴を提起した……右の場合においては、Xと上告人らとの間の本件訴訟の結果いかんによつてIのXに対する損害賠償責任に消長をきたすものではないが、本件訴訟において上告人らのXに対する損害賠償責任が認められれば、IはXに対し上告人らと各自損害を賠償すれば足りることとなり、みづから損害を賠償したときは上告人らに対し求償し得ることになるのであるから、Iは、本件訴訟において、Xの敗訴を防ぎ、上告人らのXに対する損害賠償責任が認められる結果を得ることに利益を有するといふことができ、そのために自己に対する第一審判決について控訴しないときは第一審において相手方であったXに補助参加することも許される」

* 「利害関係を有する」 = 法律上の利害関係に限る

- ・ 法律上の利益なら、財産法・組織法・身分法・公法上いずれの法的地位・法的利益もよい
⇨感情的利益・経済的利益は含まない ∴ 民訴の目的が法律上の利益の保護にあるから

【大決昭 7.2.12 民集 11-119】 法律上の利害関係に限り、事実上の利害関係を除く

入会権確認請求で、対象山林に接続する山林の所有者が、勝訴したら自分にも訴求する目的があるから、として補助参加を申し立てたが、認められなかったもの

- ・ 株主代表訴訟における会社の被告側補助参加(会社法で立法的に解決)

【最決平 13.1.30 民集 55-1-30】 商法下での株主代表訴訟への会社の補助参加[H12 許 17]

株主代表訴訟で会社が被告取締役側に補助参加申出→却下→棄却→破棄自判・取消参加許可

「民訴法 4 2 条所定の補助参加が認められるのは、専ら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、単に事実上の利害関係を有するにとどまる場合は補助参加は許されない（最判昭 39.1.23 参照）。そして、法律上の利害関係を有する場合は、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」「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許される…
…けだし、取締役の個人的な権限逸脱行為ではなく、取締役会の意思決定の違法を原因とする、株式会社の取締役に対する損害賠償請求が認められれば、その取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社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というべきであり、株式会社は、取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有するということができるからである。そして、株式会社が株主代表訴訟につき中立的立場を採るか補助参加をするかはそれ自体が取締役の責任にかかわる経営判断の一つであることからすると、補助参加を認めたからといって、株主の利益を害するような補助参加がされ、公正妥当な訴訟運営が損なわれるとまではいえず、それによる著しい訴訟の遅延や複雑化を招くおそれはなく、また、会社側からの訴訟資料、証拠資料の提出が期待され、その結果として審理の充実が図られる利点も認められる」

（町田反対）「相手方は原告人のため（商法 2 6 7 条 2 項）訴訟を遂行するものであり、本案訴訟の訴訟物は原告人の取締役らに対する損害賠償請求権であるから、原告人は、訴訟の構造上も、実体法の権利上も取締役らと対立する関係にあるのであって、原告人が取締役らのため補助参加することが許されない」「本件請求のように粉飾決算を指示し、又は粉飾の事実を見逃したことを忠実義務違反の理由とする場合には、粉飾決算の有無が判断されることとなるが、それは取締役個人の忠実義務違反の存否を確定するために判断されるものであって、原告人がその判断に利害関係を有するとしても、それは事実上のものにとどまり、補助参加の要件としての法律上の利害関係に当たるものと解することはできない。したがって、この意味からも本件補助参加は、許されない」

* 「訴訟の結果」：判例は不明確だが、訴訟物限定説に近い？

- ・ 訴訟物限定説：判決主文における訴訟物についての判断に限定される
- ・ 訴訟物非限定説：訴訟物に限られない ∴ 既判力から切り離れた意味がないから

【最決平 13.2.20 判時 1745-144】 レンゴー事件[H12 行フ 3]

労災給付不支給決定取消請求への使用者の補助参加申出→却下→棄却→破棄差戻し

○相手方から労基法に基づく損賠請求をされるおそれがある点

認容されると「労基法に基づく遺族補償給付等の支払義務を免れる」から、損賠請求に敗訴することはなく、「この点に関して原告人の補助参加の利益を肯定することはできない」

○安全配慮義務違反による損賠請求のおそれ

「本案訴訟における業務起因性についての判断は、判決理由中の判断であって、労災保険法に基づく保険給付の不支給決定取消訴訟と安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求訴訟とでは、審判の対象及び内容を異にするのであるから、原告人が本案訴訟の結果について法律上の利害関係を有するということとはできない」

○次年度以降の保険料増額のおそれ

徴収法 12-3 により労災が多いと保険料が増額されるから「徴収法 1 2 条 3 項各号所定の一定規模以上の事業においては、労災保険給付の不支給決定の取消判決が確定すると、行政事件訴訟法 3 3 条の定める取消判決の拘束力により労災保険給付の支給決定がされて保険給付が行われ、次々年度以降の保険料が増額される可能性があるから、当該事業の事業主は、労働基準監督署長の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有し、これを補助するために労災保険給付の不支給決定の取消訴訟に参加をすることが許される」[原告人の小山工場……が徴収法 1 2 条 3 項各号所定の一定規模以上の事業に該当する場合には、本件処分が取り消されると、次々年度以降の保険料が増額される可能性があるから、原告人は、栃木労働基準監督署長を補助するために本案訴訟に参加することが許される] →一定規模以上の事業に該当するか審理のため差戻し

* 利益が害される「おそれ」

- ・ 補助参加人に既判力などの判決効が拡張される場合には限られない
 - 拡張される場合、共同訴訟的補助参加となる
 - 判決の(理由中を含む)判断の事実上の影響力で足りる
- ・ 主債務履行請求訴訟への保証人の補助参加、団体決議に基づく構成員義務履行請求訴訟への他の構成員の補助参加、不法行為損害請求への他の責任負担可能性のある者の補助参加
 - 理由中の判断の影響が及ぶにとどまるから、事実上の影響力で足りると解される

【大決昭 8.9.9 民集 12-2294】判決効の拡張は不要[S8 ク 797]

「民事訴訟法第六十四条に所謂訴訟参加の許さるべき為めには参加人が加入せんとする当該訴訟の結果に付、法律上利害関係を有することを必要とすべく換言すれば参加人が其の加入せんとする訴訟に於ける判決の効力又は内容に付、法律上利害関係の影響を被るべき地位に在る場合たることを要し、且、之を以て足るものと解すべく必しも右訴訟の判決が直接参加人に対しても其の効力を及ぼし其の実体権に影響を生ずる場合に限るものと解すべきに非ず」(村の住民大会で決議した賦課金請求に、他の村民が被告側補助参加を申し出たが、却下されたもの。破棄差戻し)

3. 補助参加申出の手續及びそれに対する異議の制度について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 申出：参加の趣旨・理由の明示、訴訟行為すべき裁判所に申出(§43-1)、書面又は口頭(則 1)
 - * 参加の趣旨：参加すべき訴訟及び当事者の特定
 - * 参加の理由：補助参加の利益
 - * 争点ごとの補助参加：否定 ← 肯定(有力)

例：損害請求で被告側で損害額、原告側で被告の過失割合を争いたい、他の損害義務者

※ #2(補助参加人としての訴訟行為とともにできる)の趣旨：補助参加+上訴なども可能

【最判昭 43.9.12 民集 22-9-1896】当然の補助参加の理論(否定)[前掲 S42 才 890]

「通常の共同訴訟においては、共同訴訟人の一人のする訴訟行為は他の共同訴訟人のため効力を生じないのであつて、たとえ共同訴訟人間に共通の利害関係が存するときでも同様である。したがつて、共同訴訟人が相互に補助しようとするときは、補助参加の申出をすることを要するのである。もしなんらかかる申出をしないのかかわらず、共同訴訟人とその相手方との間の関係から見て、その共同訴訟人の訴訟行為が、他の共同訴訟人のため当然に補助参加がされたと同一の効果を認めるものとするときは、果していかなる関係があるときこのような効果を認めるかに関して明確な基準を欠き、徒らに訴訟を混乱せしめることなきを保しえない」

- ・ 補助参加の許否の判断：当事者が異議を述べたときのみ、決定で裁判する(§44-1)

- * 異議がないと当然に補助参加人の地位が認められるが、補助参加が不適法な場合は例外
 - 異議があっても不許の裁判が確定するまで訴訟行為可能(§45-3)
 - 確定後も当事者の援用があれば有効(§45-4)
- * 異議権の喪失(#2)、(当事者・補助参加人の)不服申立ては即時抗告(#3)
- ・ 補助参加申出の取下げ：§261(訴えの取下げ)の類推でいつでも取下げ可能
 - * 主たる当事者・相手方当事者の同意は不要 → 訴訟行為は§45-4 類推で援用により有効
 - ・ 再度の補助参加も可能、当事者は判決効を及ぼしたければ、訴訟告知をすればよい
- 4. 補助参加人の訴訟上の地位について、条文を参照して説明することができる。
 - ・ 独立性：被参加人の代理人ではなく、自己の名において原則一切の訴訟行為ができる(§45-1)
 - 期日の呼出しや送達は当事者とは別途に行われる、訴訟費用負担の特則(§66)
 - §45-1 補助参加人は、訴訟について、攻撃又は防御の方法の提出、異議の申立て、上訴の提起、再審の訴えの提起その他一切の訴訟行為をすることができる。ただし、補助参加の時ににおける訴訟の程度に従いすることができないものは、この限りでない
 - ・ 従属性：訴訟当事者とはならない → 補助参加人に中断事由があっても中断しない、
 - 尋問は証人尋問(当事者尋問ではない)、訴訟行為の制限
 - ・ 補助参加人のできない行為
 - ①主たる当事者がすでになしえなくなった行為(§45-1 但書) ∴相手方当事者との不公平
 - 主たる当事者が撤回できない自白、時機に遅れた攻撃防御方法、責問権喪失
 - 中間判決で確定した事項、主たる当事者の上訴期間徒過後の上訴
 - ②主たる当事者の訴訟行為と抵触する行為(§45-2)
 - 主たる当事者の自白した事実の否認、上訴権放棄後の上訴など
 - §45-2 補助参加人の訴訟行為は、被参加人の訴訟行為と抵触するときは、その効力を有しない
 - ③訴訟係属の発生・消滅にかかわる行為
 - 訴えの変更、反訴の提起、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解など
 - ④主たる当事者に不利益な訴訟行為（敗訴につながる訴訟行為）
 - 裁判上の自白(通説)
 - ←自白は争点整理に不可欠であるから、主たる当事者が否認しない限りできる(有力)
 - ⑤主たる当事者に属する実体法上の権利行使
 - 時効援用、解除権・相殺権等の行使（債権者代位権等で認められる場合を除く）
 - ←被参加人勝訴のために有用なら認められる(有力) ∴本人行方不明の場合などは必要
- 5. 補助参加がされた場合の判決の効力について、判例・学説を踏まえて、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 判決の効力の拡張(§46)：補助参加人に対しても原則として裁判の効力が及ぶ
 - ←除外事由：補助参加人のできない行為(①②)があったか、被参加人による妨害・懈怠
 - §46 補助参加に係る訴訟の裁判は、次に掲げる場合を除き、補助参加人に対してもその効力を有する
 - 一 前条第一項ただし書の規定により補助参加人が訴訟行為をすることができなかつたとき
 - 二 前条第二項の規定により補助参加人の訴訟行為が効力を有しなかつたとき

三 被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき

四 被参加人が補助参加人のすることができない訴訟行為を故意又は過失によってしなかったとき

- ・ 性質：参加的効力であって、既判力ではない ← 新既判力説(有力：相手方との間にも認める)

- ・ * 意義：敗訴責任に公平な分担のため、補助参加人・被参加人間に参加的効力を認める

- ・ ⇨既判力ではない（既判力は、手続保障を与えられた両当事者への確定判決の拘束力）

- ・ 相違：被参加人敗訴時に生ずる、除外事由、理由中の判断にも生ずる、職権調査事項でない

【大判昭 15.7.26 民集 19-1395】補助参加人への効力につき、既判力説を採用

【最判昭 45.10.22 民集 24-11-1583】参加的効力説に変更[後掲 S45 才 166]

「民訴法七〇条の定める判決の補助参加人に対する効力の性質……は、いわゆる既判力ではなく、それとは異なる特殊な効力、すなわち、判決の確定後補助参加人が被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁ずる効力であつて」

- ・ 客観的範囲：補助参加人の法的地位の前提となる訴訟上の事項（理由中の判断を含む）

- ・ * 保証人への訴訟に補助参加した主債務者→求償請求訴訟で主債務の存在を争えない

【最判昭 45.10.22 民集 24-11-1583】参加的効力の範囲[S45 才 166]

「民訴法七〇条の定める判決の補助参加人に対する効力の性質およびその効力の及ぶ客観的範囲について考えるに、この効力は、いわゆる既判力ではなく、それとは異なる特殊な効力、すなわち、判決の確定後補助参加人が被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁ずる効力であつて、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でなされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶ……けだし、補助参加の制度は、他人間に係属する訴訟の結果について利害関係を有する第三者、すなわち、補助参加人がその訴訟の当事者の一方、すなわち、被参加人を勝訴させることにより自己の利益を守るため、被参加人に協力して訴訟を進行することを認めた制度であるから、補助参加人が被参加人の訴訟の進行に現実にも協力し、または、これに協力しえたにもかかわらず、被参加人が敗訴の確定判決を受けるに至つたときには、その敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなうというべきであるし、また、民訴法七〇条が判決の補助参加人に対する効力につき種々の制約を付しており、同法七八条が単に訴訟告知を受けたにすぎない者についても右と同一の効力の発生を認めていることからすれば、民訴法七〇条は補助参加人につき既判力とは異なる特殊な効力の生じることを定めたものと解するのが合理的であるからである」
「右別件訴訟の確定判決の効力は、その訴訟の被参加人たる Y と補助参加人たる X との間においては、その判決の理由中でなされた判断である本件建物の所有権が右賃貸当時 X には属していなかつたとの判断にも及ぶものというべきであり、したがつて、X は、右判決の効力により、本訴においても、Y に対し、本件建物の所有権が右賃貸当時 X に属していたと主張することは許されない」(A の建物所有権に基づく Y への本件貸室明渡請求前訴に、建物所有権を主張して X が補助参加して敗訴（所有権は A）、その後 X 所有権を前提とした XY 間賃貸借契約に関して(本)家賃金請求等(反)保証金請求→(本)棄却(反)認容→棄却→棄却)

【最判平 14.1.22 判時 1776-67】客観的範囲(傍論中の判断)[H10 才 512]

前訴で A 宛売買代金請求に敗訴した X による、Y への売買代金請求 (YA 間に店舗新築工事請負契約があり、前訴で A は家具等の買主が Y と主張したため、X は Y に訴訟告知したが、Y は参加せず、前訴は Y が買主と認定して請求を棄却した) →認容(参加的効力により買主でないとは主張できない)→破棄差戻し

「旧民訴法 7 8 条、7 0 条の規定により裁判が訴訟告知を受けたが参加しなかった者に対しても効力を有するのは、訴訟告知を受けた者が同法 6 4 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ところ、ここにいう法律上の利害関係を有する場合は、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… (最決平 13.1.30 参照)」
「旧民訴法 7 0 条所定の効力は、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中で

された事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものであるが(最判昭 45.10.22 参照)、この判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断とは、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などをいうものであって、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解される。ただし、ここでいう判決の理由とは、判決の主文に掲げる結論を導き出した判断過程を明らかにする部分をいい、これは主要事実に係る認定と法律判断などをもって必要にして十分なものと解されるからである。そして、その他、旧民訴法70条所定の効力が、判決の結論に影響のない傍論において示された事実の認定や法律判断に及ぶものと解すべき理由はない]

「これを本件についてみるに、前訴における被上告人のAに対する本件商品売買代金請求訴訟の結果によって、上告人の被上告人に対する本件商品の売買代金支払義務の有無が決められる関係にあるものではなく、前訴の判決は上告人の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすものではないから、上告人は、前訴の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有していたとはいえない。したがって、上告人が前訴の訴訟告知を受けたからといって上告人に前訴の判決の効力が及ぶものではない。しかも、前訴の判決理由中、Aが本件商品を買受けたものとは認められない旨の記載は主要事実に係る認定に当たるが、上告人が本件商品を買受けたことが認められる旨の記載は、前訴判決の主文を導き出すために必要な判断ではない傍論において示された事実の認定にすぎないものであるから、同記載をもって、本訴において、上告人は、被上告人に対し、本件商品の買主が上告人ではないと主張することが許されないと解すべき理由もない」

- ・ 主観的範囲：主たる当事者と補助参加人の間に生ずる ∴ 参加的効力の性質
 - 実際に問題になるのは、被補助参加人に一定の実体法上の責任を負担する補助参加人のみ
 - 例：求償債務を負担する主債務者、追奪責任として賠償債務を負担する売主など
 - ← 新既判力説(有力)：相手方と補助参加人の間にも既判力・争点効が拡張される
 - 例：保証人への訴訟で主債務不存在として勝訴すれば、補助参加した主債務者に対して相手方当事者は主債務の存在を主張できない
 - ← 要するに争点効の拡張をいうものであって、訴訟上の信義則で対応できる
- 6. 共同訴訟的補助参加の意義、要件及び効果を理解している。
 - ・ 意義：他人間の訴訟の判決の効力を受ける第三者が、当事者適格を有しないため共同訴訟参加ができず、補助参加として当該訴訟に参加すること
 - * 例：株主総会決議取消訴訟認容で地位を失う取締役、破産管財人を当事者とする訴訟に参加する破産者、債権者代位訴訟に参加する債務者
 - * 単なる補助参加だと、訴訟行為の制限や中断・上訴権の制約など手続保障にやや欠ける
 - 補助参加人の地位についての特例 = 共同訴訟的補助参加(通説・判例は解釈上認める)
 - ・ 要件：補助参加の要件 + 既判力の拡張を受けるが、当事者適格がない
 - ・ 効果
 - * 主たる当事者の訴訟行為と抵触する訴訟行為も(主たる当事者に有利なら)なしうる
 - * 主たる当事者のなし不利な訴訟行為の効力を否定できる(控訴取下げなど)
 - * 上訴期間は主たる当事者と別個に、共同訴訟的補助参加人につき計算される
 - * 補助参加人の中断・中止事由 → 当然中断・中止ではないが、中止を命じうる(有力)
 - * 参加的効力の除外事由の一部が適用されない (= 2・3号 ∴ 上記効果に反するから)

【最判昭 40.6.24 民集 19-4-1001】 処分取消訴訟の被売渡人(控訴取下げ)[S37 才 1128]

県宛処分取消請求・被売渡人 Z 補助参加 → 認容 → Z 控訴、県が取下げ、Z の異議で無効；取消棄却 → X；棄却

「本訴は訴願棄却裁決の取消を求める訴訟であり、公権力の行使に関する法律関係を対象とするものであつて、右法律関係は画一的に規制する必要があるものであるから、その取消判決は、第三者に対しても効力を有する…従つて、かかる訴訟に参加した利害関係人は、民訴法六九条二項の適用を受けることなく、あたかも共同訴訟人のごとく訴訟行為をなし得べき地位を有するものであり、被参加人と参加人との間には同法六二条の規定が準用され、いわゆる共同訴訟的補助参加人と解する…それ故、被参加人だけで控訴を取り下げたとしても、これによつて同控訴が当然効力を失うものではない、といわなければならない。そして、記録によれば、被上告人敗訴の第一審判決に対しその補助参加人らから控訴が提起されたところ、控訴審…口頭弁論期日において被上告人の代理人が口頭をもつて本件控訴を取り下げる旨を陳述し…次回口頭弁論期日にいたり補助参加人らの代理人は「控訴人の控訴取下に同意し難い。」と述べたことが明らかであり、右経過に徴すれば、前記控訴の取下は、被参加人だけでなされたもので、その効力を生ずるに由ないもの、といわなければならない」

【最判昭 45.1.22 民集 24-1-1】 総会決議取消訴訟の取締役(肯定)[前掲 S42 才 867]

「被上告人関口昌三【解任された清算人】は、予備的に民訴法六四条により被上告会社のために補助参加の申出をしている…上告人の被上告会社に対する主位的請求および予備的請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有するから、右補助参加はいわゆる共同訴訟的補助参加であり、この種の補助参加については、同法六九条二項の適用はなく、同法六二条の準用をみるべき…(最判昭 40.6.24 参照) …原審が被上告人関口昌三の訴訟行為につき、同法六九条二項を適用することなく、同法六二条の規定により被上告会社の利益に効力を生ずるものとして審理裁判したことは、上告人と被上告会社との間の訴訟手続に関する限り結局相当」

【最判昭 59.9.28 民集 38-9-1121】 選任決議無効確認訴訟の取締役(肯定・傍論中)

【最判昭 63.2.25 民集 42-2-120】 共同訴訟参加が可能な場合の補助参加[S61 行ツ 178]

住民訴訟で住民が原告に補助参加したもの→棄却→Z 控訴、X 控訴取下：訴訟終了→Z 上告棄却

住民訴訟「が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもつて同一の請求をすることができないと規定しているが、右規定は、住民訴訟が係属している場合に、当該住民訴訟の対象と同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象とする適法な監査請求手続を経た他の住民が、同条二項所定の出訴期間内に民訴法七五条の規定に基づき共同訴訟人として右住民訴訟の原告側に参加することを禁ずるものではなく、右出訴期間は監査請求をした住民ごとに個別に定められているものと解するのが相当であるから、共同訴訟参加申出についての期間は、参加の申出をした住民がした監査請求及びこれに対する監査結果の通知があつた日等を基準として計算すべき…右期間内において、前記の適法な監査請求手続を経た住民が住民訴訟の原告側に補助参加の申出をしたときは、当該住民は右住民訴訟に共同訴訟参加をすることが可能であるところ補助参加の途を選択したものであるといふべく、右補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解し、民訴法六二条一項の類推適用など、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」「上告補助参加人がした本件補助参加は通常の補助参加と解するのが相当であるから、上告補助参加人がした本件控訴は、上告人らの控訴の取下げによつてその効力を失い(民訴法六九条二項)、本件訴訟は右控訴の取下げにより終了したものである」

【福岡高判昭 49.3.12 判タ 309-289】 共同訴訟的補助参加人独自の上訴期間を認める

- ・ 人訴の特則：人訴 15 で裁判所は決定で第三者を補助参加人にできる

第2款 訴訟告知

1. 訴訟告知の制度趣旨を理解している。

- ・ 意義：訴訟係属中、当事者が訴訟に参加できる第三者に対して訴訟係属の事実を法定の形式で通知すること(§53-1)

- ・ 趣旨：第三者(被告知者)に参加の機会を与える

→告知者の実際の目的：被告知者が参加しなくても参加効力が及ぶ(#4)

* 訴訟告知が義務付けられる場合：会社 849-3、一般法人 280-3 等

§53-1 当事者は、訴訟の係属中、参加することができる第三者にその訴訟の告知をすることができる

- ・ 要件

①訴訟が係属中であること（上告審でも可能＝補助参加ができるから）

②被告知者が「参加することができる第三者」であること

- ・ 「参加」：補助参加のほか、共同訴訟参加、独立当事者参加でもよい

→相手方補助参加人、自己の共同訴訟人にもできる(自分の補助参加人等になりうるなら)

→当事者双方から告知される例：代理人による契約の目的物引渡請求訴訟の代理人

→Xは無権代理人責任追及のため、Yは代金等の引渡しを求める前提として告知する

→自己の補助参加人への告知：告知による時効中断の効果が必要な場合は可能

③告知者：訴訟当事者が通常だが、補助参加人も当事者のためにできる、被告知者も可(#2)

- ・ 被告知者の例：瑕疵担保責任損害請求を受けた売主が前主に告知→さらに前々主に告知

- ・ 方式：告知の理由・訴訟の程度を記載した書面を裁判所に提出してする(#3)

→告知書の副本が被告知者に送達、告知書の写しが相手方に送付(則 22,47-1)

* 告知の理由：訴訟物や争点、相手方の法律上の地位との関係等(参加の要否の判断資料)

* 訴訟の程度：係属裁判所の特定や、審理の程度の明示

* 不適式の場合：告知書却下、誤送達時は被告知者が異議を述べないと瑕疵治癒(§90 類推)

2. 訴訟告知の効果について、具体例に即して説明することができる。

- ・ 効果

* 被告知者に参加の機会を与える ⇔ 被告知者は当然に告知者の補助参加人になるわけではない

→告知者だけでなく、相手方側で参加でき、参加しないこともできる

- ・ 参加しなかった場合：参加効力が及ぶ(#4)

【最判平 14.1.22 判時 1776-67】 補助参加の利益がない場合(参加効力もない)

【東京高判昭 60.6.25 判時 1160-93】 同旨

【仙台高判昭 55.1.28 高民 33-1-1】 被告知者の参加が期待できない場合も参加効力を肯定

* 実体法上の時効中断効：法定の場合(手 86-1、小 73-1)、目的によっては催告扱い

【大阪高判昭 56.1.30 判時 1005-120】 被告知者への権利保全目的なら告知は催告に類する

第3款 独立当事者参加

1. 権利主張参加と詐害防止参加の要件について、それぞれの制度趣旨を踏まえながら、説明することができる。

- ・ 意義：訴訟係属中に、第三者が、その訴訟の当事者の一方又は双方に対して、当該訴訟の目的となっている権利関係に関連する自己の請求を定立し、独立の当事者として訴訟に参加すること

＊ 利点：自己に不利益な判決の防止、三者間の紛争の一挙かつ統一的解決

§47-1 訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者又は訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する第三者は、その訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として、当事者としてその訴訟に参加することができる

- ・ 要件

①他人間に訴訟が係属していること：上告審では不可(判例：審判請求定立自体できない)

←認めるべき：上告審での破棄差戻しの可能性があるから

【最判昭 44.7.15 民集 23-8-1532】上告審での独立当事者参加(否定)[S42 才 1399]

「参加人が当裁判所に提出した書面によれば、参加人は、当裁判所に係属する S42 才 1398 家屋退去請求事件について民訴法七一条による参加の申出をしたものと解する外はない。しかし、当裁判所は、上告審であつて、事実審ではないから、参加人の請求の当否について判断し、右係属中の事件と矛盾のない判決をすることはできない。されば上告審である当裁判所に対し同条による本件参加の申出をすることは許されないから、本件参加の申出は、不適法として却下を免れない」(参加申出→却下)

②参加人による請求の定立がされること

- ・ 原被告の双方に対する請求の定立：旧法では双方への請求定立が必要的だった

【最判昭 40.10.15 民集 19-7-1788】原被告の一方が争わない場合の確認の利益[S39 才 402]

「思うに、民訴法七一条の規定に基づく参加人が原告および被告の双方を相手方として参加の申出をして確認の請求をした場合において、相手方である原告または被告の一方が事実上参加人の主張・請求を全部認めて争わないときでも、他の一方が参加人の主張・請求を争っているかぎり、民訴法六二条の準用により、相手方(原告および被告)の双方において、参加人の主張・請求を争っていることになり、参加人は、右確認の請求について、相手方双方に対し合一に確定する関係上(實際上参加人の請求を争っていない者に対しても)、当然確認の利益を有する」(X→Y 不動産所有権移転登記請求等に Z が XY に所有権確認請求をして独立当事者参加、これを X は争い、Y は争わなかったもの→変更・Z-Y 却下、X-Y と Z-X は一部認容・一部棄却→破棄差戻し)

- ・ 原被告の一方に対する請求の定立(片面的参加・準独立当事者参加)：旧法では不許

【最判昭 27.3.4 民集 6-3-289】原被告一方への請求定立で足りるとする

【最判昭 37.4.20 民集 16-4-913】同旨(Yのみへの請求定立で XZ の弁護人が共通でもよい)

【最大判昭 42.9.27 民集 21-7-1925】原被告双方への請求定立が必要(判例変更)[S39 才 797]

X→Y の家屋明渡請求、Z→X 増築部分の所有権確認→X 認容 Z 棄却→Y 控訴棄却→Y 上告棄却、Z 上告却下

「民訴法七一条の参加の制度は、同一の権利関係について、原被告および参加人の三者が互に相争う紛争を一の訴訟手続によつて、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であつて、右三者を互に立、牽制しあう関係に置き、一の判決により訴訟の目的を全員につき合一にのみ確定することを目的とする……したがつて、同条に基づく参加の申出は、常に原被告双方を相手方としなければならず、当事者の一方のみを相手方とすることは許されない……Z が本件の第一審でなした参加は、前記のとおり X のみを相手方としたものであるから、この参加は、右説示に照らし、民訴法七一条の参加ではない……したがつて、Z が第一審において X のみを相手方として

なした参加申出は、その実質は新訴の提起と解すべきである（民訴法七一条の参加である旨の当事者の申立に裁判所は拘束されるものではない）。この新訴につきその口頭弁論を本訴の口頭弁論に併合して審理し、一個の判決で裁判することを妨げるものではない（民訴法一三二条）。したがって、本件の第一審判決がXのYに対する本訴請求およびZのXに対する請求につき審理し、判決したのは、通常の共同訴訟としてなしたものと解するのが相当であり、この第一審判決に対して、一Yのみが控訴し、参加請求につき敗訴したZが控訴しなかつたことは前記のとおりであるから、参加請求に関する部分については、判決は確定した」

【最判昭 45.1.22 民集 24-1-1】請求を定立しない独立当事者参加(否定)[S42 才 867]

X→Y 社(主)株主総会決議(X 清算人解任・Z 清算人選任・A 監査役選任)不存在確認(予)同取消、Z が棄却・却下を求めて、(主)独立当事者参加、(予)補助参加申出→(主)棄却(予)却下→(主予 XZ)破棄差戻し(主予 A)棄却→Z 関連破棄・取消却下、(A)破棄・取消差戻し、他棄却 ※但し、共同訴訟的補助参加としてZの訴訟行為有効
「およそ、民訴法七一条に基づく独立当事者参加の申出は、常に原被告双方を相手方としなければならず、当事者の一方のみを相手方とする参加の申出は、不適法である…（最大判昭 42.9.27 参照）。また、独立当事者参加の申出は、参加人が当該訴訟において裁判を受けるべき請求を提出しなければならず、単に当事者一方の請求に対して却下または請求棄却の判決を求めるのみの参加の申出は許されない……けだし、この種の参加の申出は、訴の提起たるの実質を有し、またもし参加人が却下または請求棄却の判決を求めるのみであるとすれば、当事者と参加人との間に審理裁判の対象となるべき請求が存しないこととなるからである」

③参加の利益があること

・ 詐害防止参加：訴訟の結果によって権利が害されることを主張すること

→詐害意思説：訴訟における訴訟物又はその前提となる法律上／事実上の争点が、

第三者の法律上の地位につき論理的前提となり、判決主文または理由中の判断によって
第三者の法律上の地位が事実上影響を受ける場合で（ここまでは補助参加で足りる）、
当事者に詐害意思があること（＝訴訟追行の状況から認定できる）

∴事実上影響を受けるだけなら補助参加で対応可能（→新たな当事者の根拠が詐害意思）

既判力の拡張を受けるなら共同訴訟的補助参加、共同訴訟参加で対応可能

【大判昭 12.4.16 民集 16-463】間接に自己の権利を侵害されるおそれ(肯定)[S11 才 2108]

「民事訴訟法第七十一条前段は他人間に繋属せる訴訟の結果殊に判決に因り自己の権利を侵害せられ若くは侵害せらるる虞ある第三者をして其の権利を保全せしむる為当該訴訟に当事者として参加せしめ被参加当事者及参加人間の紛争を迅速、且、劃一に解決し以て訴訟経済及判決の抵触を防止せんことを企図したるものに外ならざるが故に上叙の第三者とは必しも他人間の判決が直接其の効力を及ぼし之に服従せざるべからざる者のみに限局せらるべきものに非ずして汎く該訴訟の結果間接に自己の権利を侵害せらるる虞ある者をも亦包含する…
…蓋同条の前叙立法の主旨に鑑みれば斯る第三者を特に除外せらるべきものと解すべき何等の理拠なきのみならず若し然らずとせんか斯る第三者と参加せらるべき当事者間に他日更に新なる訴訟の繋属を見るの止むるを得ざるに至り其の間或は参加せらるべき当事者間に於ける既存判決の為延で第三者に不利を招来し若くは判決の抵触を来す危惧なきに非ざるを以て却て前示法条の精神に背反するに至るべければなり」（抵当権者が、その設定者の所有権の争われる訴訟に参加しようとしたもの。設定者が期日不出頭だった）

【最判昭 42.2.23 民集 21-1-169】詐害防止参加の例[S40 才 252]

X→Y の所有権移転登記抹消請求(偽造文書による登記で無効)に、被告債権者で当該不動産の強制競売開始決定を得たZがXY宛Y所有権確認請求を参加したもの→X 棄却、Z-XY 認容→X 控訴棄却→X 上告棄却)

「先ず参加の許否につき案ずるに、原告は……被告の所有権取得登記の抹消登記を求め……参加人は被告に対する債権者として右物件に対し強制競売の申請をなし既に競売開始決定を得たものであることを主張して原被告

間の訴訟に参加申出をした……原被告間に原告主張のとおり判決があるにおいては、右物件に対する被告の所有権取得登記は抹消せられて参加人が右物件に対して申立てた競売手続は失効に帰し、参加人の被告に対する債権が害せられるに至ることは明白である。従つて原告は民事訴訟法第七一条前段の訴訟の結果に因り権利を害さるべきことを主張する第三者に該当する……又同法第七一条前段の訴訟参加は訴訟当事者が馴合訴訟をなすこと又は被告において真剣に訴訟を進行しないで敗訴に甘んじようとするを防止するために認められたものであるが、本件において被告が口頭弁論期日に出頭せず、又答弁書をも提出しない態度に鑑みるときは、被告において敗訴すべきことは明かであるから、その結果自己の権利を侵害せられるべきに至るものは本条前段により参加の申出をなすことができる……よつて参加人の本件参加の申出は許さるべき」「被告は前記の如く本件口頭弁論期日に出頭せず、且つ答弁書をも提出しないが、民事訴訟法第七一条、第六二条の規定により原告に対する関係において参加人と同様の攻撃防禦の方法をなしたこととなる」理由がないとして請求棄却

(上告審)「Xの本訴請求の原因、Zの参加の理由に関し原審の確定した事実および本件訴訟の経過に照らせば、Zをもつて民法七一条にいう「訴訟ノ結果ニ因リテ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル第三者」にあたるとして、その参加を是認した原審の判断は正当」

・権利主張参加：訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であること

※一部：量的一部や質的一部(給付請求権の上に質権を有するなど)

→例：所有権確認訴訟に参加人が自らの所有権を主張する、給付請求訴訟の訴訟物たる給付請求権につき自らへの帰属/自らの質権を主張する、債権者代位訴訟で債務者が代位債権の不存在を主張して、被代位債権の自らへの給付を求める場合

→対象外：二重譲渡での移転登記請求への、他の譲受人による移転登記請求

【最判昭 48.4.24 民集 27-3-596】債権者代位訴訟への参加[S47 才 908]

(本)建物明渡等(参)XZ間でX賃借権不存在確認、Y宛建物取去土地明渡請求→(参)認容(本)棄却→XY控訴:(本)変更・一部認容、(参)との抵触部分却下、他棄却、(参)棄却→棄却(Xは賃借人、Yは不法占拠者、Zは所有者)
「債権者が民法 423-1の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であつても、債務者が民法七一条により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民法二三条の重複起訴禁止にふれるものではない……けだし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。したがつて、債務者の右訴は、債権者の代位訴訟が係属しているというだけでただちに不適法として排斥されるべきものと解すべきではない。もつとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となつ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、したがつて、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる(大判昭 14.5.16 参照)のであつて、この理は、債務者の訴提起が前記参加による場合であつても異なるものではない。したがつて、審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となつた権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失つていないものとして、その訴は適法」

【最判平 6.9.27 判時 1513-111】同一不動産の所有権移転登記請求[H3 才 1170]

①(XY 売買に基づく)所有権移転登記手続②損賠(売買後 Y が建築を妨害するため腐朽した木材代金)請求→①認容②棄却→Y 控訴・Z 参加(③Y 宛所有権移転本登記手続請求、④X 宛③承諾)：①取消棄却③認容④認容→X 上告：破棄、①差戻し、③④京都地裁移送

「XのYに対する売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める本訴につき、Zが、Yに対し代物弁済の予約又は売買の一方の予約による各予約完結の意思表示をしたことを理由とする所有権移転請求権保全の仮登記に基づく本登記手続を求め、かつ、右仮登記後にされた処分禁止の仮処分登記の名義人であるXに対し右本登記手続の承諾を求めてした本件参加の申出は、民訴法七一条の要件を満たすものと解することはできない。ただし、同条の参加の制度は、同一の権利関係について、原告、被告及び参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であって、一の判決により訴訟の目的となった権利関係を全員につき合一に確定することを目的とするものであるところ(最大判昭42.9.27)、Zの本件参加の申出は、本件土地(一)、(二)の所有権の所在の確定を求める申立てを含むものではないので、X、Y及びZの間において右各所有権の帰属が一の判決によって合一に確定されることはなく、また、他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないからである」「本件参加の申出は、民訴法七一条の参加の申出ではなく、その実質は新訴の提起と解すべきであるから、原審としては、Zの参加請求に係る部分を管轄を有することが明らかな京都地方裁判所に移送し、Yの控訴に基づき第一審判決の当否について審理判断すべきであった」

・手続(§47)

* 参加申出：書面(#2)+当事者双方への送達(#3)

・内容(#4→§43)：参加の趣旨及び理由、対象裁判所、訴訟行為

+ 訴え提起の方式の遵守：請求の定立を含むから

・不適法の場合の処理：新訴の提起(一審)ないし第一審へ移送(控訴審)：当事者の意思の尊重

【大判昭15.4.10民集19-716】参加申出の適法性の判断は判決です

2. 独立当事者参加がされた場合において、それぞれの当事者がし、又は、それぞれの当事者に対してされた、訴訟行為の効果について説明することができる。

・審理(#4→§40-1~3)：裁判資料・審理の進行の統一

→事実の合一的確定

∴両当事者・参加人が相互に牽制しつつ、それぞれの請求に矛盾のない判決を求める制度趣旨

→他者に不利な訴訟行為は単独・二当事者間ではできない/弁論分離・一部判決不可

* 不利益の判断は単純ではない：X→Yの請求の放棄はOK/Y→Xの認諾はダメ

【最判昭41.4.12民集20-4-560】否認の効果(他の当事者にとっても否認)[S38才865]

(本)X：Z,Y宛売買無効確認・所有権移転登記抹消手続請求、(参)XY宛建物土地所有権確認・X宛明渡請求→一審(弁論分離：XY[甲事件]はY全部自白、XZ[乙事件]のみ審理続行となったが、Zが甲事件に参加[丙事件]したため弁論併合となった。XZは乙事件の主張立証援用の陳述をし、YはZの主張を全面否認)：X請求認容・Z請求棄却→Y,Z控訴：取消棄却、Z請求認容→X上告：X-Yの請求・Z請求・X-Z売買無効確認(釈明権行使不足)につき破棄差戻し、その他上告棄却(=Y→Z移転登記)

X→Y(X嬢婿)→Z(Y勤務先=参加人)へ売買による所有権移転登記があったが、YとX長男(Z勤務)の不良貸付をZに払うため、銀行からYが借金することにし、抵当権設定の便宜のためY名義にすることとしX→Yへの移転登記用書類を交付したが、結局Zが借金してXを保証人・X所有のまま抵当権設定としたが、その後代物弁済としてZが預かった書類等を用いてX→Y→Zの移転登記を了したもの(原告は無断と主張)。

「以上の訴訟の経過によると、甲事件および丙事件(XとY間の請求ならびにZからのX・Yに対する当事者参加による請求に関するもの)については、民訴法七一条の規定によるZからの当事者参加の申出があるから、同条の規定により準用される六二条の規定により訴訟の目的が全員について合一にのみ確定されるべきものであつて、XおよびYは、同条の規定による必要的共同訴訟人と同一の関係に立つことになり、右両名間の各訴訟行為は、右両名の利益においてのみ効力を生じ、その不利益においてはその効力を生じない……XとZ間の訴訟

(乙事件)において主張したところのZの主張事実は…(弁論併合後に)…Yによりすべて争われているのであるから、YのZの主張事実を否認する旨の訴訟行為の効力は、民法六二条一項の規定に基づき、Xとの関係においても、その効力を生じ、したがって、Xの乙事件における主張ないし陳述のいかんにかかわらず、Zの甲事件および丙事件における主張事実は、右両事件に関するかぎり、訴訟法上すべて争われていることになる」

「XのYに対する請求(甲事件)ならびにZのXおよびYに対する参加請求(丙事件)の当否について……Zが乙事件において提出した乙各号証に関し、丙事件でYはなんら認否をしていないのであり、しかも、甲、丙両事件については、Zの主張事実は、Xの乙事件における主張ないし陳述のいかんにかかわらず、訴訟法上すべて争われているものと解すべき以上、右両事件に関するかぎり、乙各号証の成立は当事者間に争いが無いものと解することはできない……原判決は、右両事件について、成立に争いがある乙各号証について成立に争いが無い旨説示して証拠に供し、事実認定の資料として用いたのは違法……前記両事件(甲、丙両事件)は、前述のように、合一に確定される必要があるから、全部破棄を免れない」

「数個の事件の弁論が併合されて、同一訴訟手続内において審理されるべき場合には、併合前にそれぞれの事件においてされた証拠調の結果は、併合された事件の関係のすべてについて、当初の証拠調と同一の性質のまま、証拠資料となる……けだし、弁論の併合により、弁論の併合前にされた各訴訟の証拠資料を共通の判断資料として利用するのが相当だからである」

【最判昭 43.4.12 民集 22-4-877】一部当事者間のみでの判決[S41 才 288]

(本)預金返還(参)XY宛Z預金債権確認、Y宛譲渡債権請求→(本)認容(参)棄却→Z:棄却→Z:破棄差戻し
控訴状がYに送達されず、XZ間で控訴審が進行したもの

「民法七一条の当事者参加にもとづく、右のごとき訴訟関係にあつては、参加人のなした右控訴、上告は、第一審被告に対しても効力を生じ、第一審被告は、原審及び当審における訴訟当事者となり、本件訴訟は第一審原告、第一審被告、参加人につき、全体として、原審、更に、当審に移審して審理の対象となつている……原審は、参加人、第一審原告、第一審被告の三者を判決の名宛人として、事件の本案につき一個の終局判決をのみなすべきものであつて、訴訟当事者の一部のみに関する判決をすることは許されない(したがって、一部判決とみられるべきものがあつても残余の部分を追加判決することもできない。)ものであるから、これに違背し、前記のとおり、第一審被告を全く除外し控訴人(参加人)と被控訴人(第一審原告)についてのみなされた原判決は、違法であり、原判決のこの瑕疵は、訴訟要件に準じ職権を以て調査すべき事項にあたる」

*** 1人のする上訴の効果**

- ・確定遮断効・移審効は全員について生じる ∴審判の統一の確保
- ・敗訴・非控訴当事者の地位：上訴人／被上訴人／上訴人兼被上訴人(←対立構造に反する)

[伊藤]事実の合一的確定が上訴人の勝訴に必要かどうかで決する

- ・Z勝訴でX控訴→YZ間のY敗訴を覆せる ∴X勝訴に必要だから、Yは控訴人
→事実の合一的確定上、X勝訴にはYの対Z勝訴が必須ゆえ、XY共同関係あり(§40-1)
- ・X勝訴でY控訴→XZ,YZ間のZ敗訴はそのまま ∴Y勝訴に不要だから、Zは被控訴人
→事実の合一的確定上、Y勝訴にZ勝訴は必須ではないから、YZ共同関係なし(§40-2)

(判例)被上訴人だが合一確定の必要があれば有利にも不利にも変更してよい

【最判昭 36.3.16 民集 15-3-524】一部当事者に対する上訴[S34 才 212]

(本)Yら宛所有権確認等請求→Yら控訴、(参)Yら宛所有権確認等請求：取消(本)棄却(参)認容→Yら：棄却
「本件は、民訴七三条七一条により同法六二条が準用される場合であるから、上告人の相手方Zに対する上告の申立は原審被控訴人Xのためにも効力を生じ(六二条二項)、同人は被上告人たる地位を取得したもの」

【最判昭 48.7.20 民集 27-7-863】一部当事者の上訴と変更対象[S44 才 316]

A→XZの二重債権譲渡：(本)①譲渡債権請求(参)②X債権不存在確認、③Z供託金還付請求権確認、④譲渡債権(供託残額)請求→①棄却②棄却③認容④一部認容→X控訴(当事者の表示は、X控訴人/Y控訴人兼被控訴人/Z被控訴人)：取消①認容②③④棄却→Z:棄却

「本件は、訴訟の目的が原告、被告および参加人の三者間において合一にのみ確定すべき場合(民訴法七一条、六二条)に当たることが明らかであるから、一審判決中参加人の被告に対する請求を認容した部分は、原告のみの控訴によつても確定を遮断され、かつ、控訴審においては、被告の控訴または附帯控訴の有無にかかわらず、合一確定のため必要な限度で一審判決中前記部分を参加人に不利に変更することができる…(最大判昭42.9.27、最判昭36.3.16、最判昭43.4.12参照)」(ZがYZ間は一審で確定したはず、と主張)

【最判昭50.3.13民集29-3-233】一部当事者の上訴[S48才699]

(本)Y宛溜池所有権移転登記請求(Y:棄却)、(反)XZ宛所有権確認・引渡請求(X:棄却,Z:棄却)、(参)X宛所有権移転登記手続請求、Y宛所有権確認(X:認容、Y:棄却)→(本)棄却(反)認容(参)X宛認容、Y宛棄却→Z控訴(Y:棄却、X:無言だが控訴人扱い)：棄却→Z上告(Yのみを相手方とするが、XYとも被上告人扱い)：棄却

「民訴法七一条による参加のなされた訴訟においては、原告、被告及び参加人の三者間にそれぞれ対立関係が生じ、かつ、その一人の上訴により全当事者につき移審の効果が生ずるものであるところ、かかる三当事者間の訴訟において、そのうちの当事者が他の二当事者のうちの当事者のみを相手方として上訴した場合には、この上訴の提起は同法六二条二項の準用により残る当事者に対しても効力を生じ、この当事者は被上訴人としての地位に立つ……この場合、上訴審は、上訴提起の相手方にされなかつた右当事者の上訴又は附帯上訴がなくても、当該訴訟の合一確定に必要な限度においては、その当事者の利益に原審判決を変更することができる……から(最判昭48.7.20参照)、上訴を提起した当事者とその上訴の相手方とされなかつた当事者との利害が実質的に共通である場合であつても、そのことは後者を上訴人として取扱うべきであるとする理由とはならない。したがつて、本件第一審原告は、当審においては被上告人の地位に立つものである(原審は、本件第一審判決に対する控訴を提起しなかつた第一審原告は第一審参加人と実質上利害を同じくするものであるとの理由で同原告を控訴人として取扱い、その控訴を棄却したのであつて、この点において原判決は違法であることを免れない…)」が不服申立てがなく、結果的に上告に理由はないから棄却する。

・二当事者訴訟への還元：取下げによる場合

* (原告の)訴えの取下げ：可能。訴訟脱退と異なって判決効を受けない

←被告+参加人の同意が必要：参加人の合一確定の利益を害するから

【最判昭60.3.15判時1168.66】独立当事者参加後の訴えの取下げ(可能)[S58才749]

(本)不動産甲ら、乙ら所有権確認→控訴審で乙らにつき訴え取下げ(Yらは同意も異議を述べず)・Zら参加申出：XY宛乙ら所有権確認→3月経過で乙らの訴え取下げみなし同意・Zらも弁論更新の際に異議を述べず、3月後にみなし同意→控訴審判決：Zら対X勝訴→Zら上告：対X上告却下、他棄却

「民訴法七一条に基づく当事者参加の申立があつた場合、当該訴訟の原告は、同法七二条に従つて当該訴訟から脱退することができるほか、被告及び参加人の双方の同意を得て訴えを取り下げることができ、これによって、当該訴訟は右申立によって生じた三面訴訟関係を消失し、参加人と原告との間及び参加人と被告との間の単純な二当事者対立訴訟関係に転化するものというべきであり、かつ、三面訴訟において原告が訴えを取り下げた場合、参加人との関係でも民訴法二二六条六項の規定の適用があるものというべきである」

* 独立当事者参加の取下げ：要件も含め、訴えの取下げに準ずる

- ・原被告双方への請求を取下げ/片面的参加で取下げ → 原被告間の訴訟が残る
- ・(両方に請求を定立して)原被告一方への請求を取下げ → 片面的参加の状態になる

・二当事者訴訟への還元：訴訟脱退(§48)

* 意義：独立当事者参加後に、原被告の一方が訴訟物に係る訴訟追行を他方当事者と参加人に

委ねて訴訟法律関係から離脱すること

§48 前条第一項の規定により自己の権利を主張するため訴訟に参加した者がある場合には、参加前の原告又は被告は、相手方の承諾を得て訴訟から脱退することができる。この場合において、判決は、脱退した当事者に対してもその効力を有する

* 性質：脱退者の裁判所に対する単独の訴訟行為

* 要件：相手方の同意が必要 ∴ 単独で戦うことになる残存当事者の訴訟追行上の利益保護

⇨参加人の同意は不要 ∴ 訴訟効が脱退者に及ぶから

※代理人の場合は特別の授權を要する(§32-2:1,55-2:2)

【大判昭 11.5.22 民集 15-988】参加人の同意の要否(不要)

* 手続：脱退・相手方の同意は書面又は口頭による(則 1) → 裁判所の脱退調書作成

* 効果（訴訟関係からの離脱）

・ 将来に向かって訴訟関係から離脱する(従前の訴訟係属は遡及的に消滅しない)

→従前の主張・立証を用いることができるが、脱退当事者関係の請求は審判不要

* 効果（判決効その他）

・ 伝統的通説の理解：予告的な／解除条件付きの請求の放棄又は認諾

→原告脱退 Y勝訴：Yへ請求の放棄／Z勝訴：Zへ請求の認諾（+Yへの請求の放棄）

→被告脱退 X勝訴：Xへ請求の認諾／Z勝訴：Zへ請求の認諾

(批判)X脱退 Y勝訴のZ→X請求、Y脱退 X勝訴のZ→Y請求／Z勝訴のX→Y請求は？

・ 近時有力[伊藤]

→原告脱退 (脱退の効果) Yへ請求の放棄

(§48の効果) Y Zの判決効が拡張される (脱退調書はYへの放棄調書)

→被告脱退 (脱退の効果) X Zの勝訴者に対する条件付認諾 (脱退調書はY/Zへの認諾調書)

(§48の効果) Z勝訴：X→Yの判決の既判力に反する主張は不可(Y→Zも同じ)

〃 X勝訴：Z→Yの判決の既判力に反する主張は不可(Y→Xも同じ)

第4款 共同訴訟参加

1. 共同訴訟参加の意義、要件及び効果を理解している。

- ・ 意義：訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一に確定すべき場合に、その第三者が、その係属中の訴訟に、一方当事者の共同訴訟人として参加して、自らを当事者とする請求と既存の当事者の請求との合一的審判を求めること

§52-1 訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合には、その第三者は、共同訴訟人としてその訴訟に参加することができる

・ 要件

①他人間に訴訟が継続中であること

【最判昭 38.3.15 民集 17-2-376】訴訟終了後の訴訟参加(否定)[S37 才 1071]

「原判決が上告人の共同訴訟参加の申出を却下したのは違法であるというのであるが、訴訟終了後に訴訟に参加することができないのは明白であつて、論旨は理由がない」（市長選挙効力異議（途中で原告が死亡し、他の選

拳人が共同訴訟参加を申し出た) →原告死亡終了宣言・参加申出却下→棄却)

【最判昭 51.7.27 民集 30-7-724】 訴訟終了後の訴訟参加(否定)[S50 才 732]

「所論は、本件訴訟が原告であるXの死亡により終了するものではないとの前提に立つて、本件参加申出を不適法として却下した原判決を非難するが、本件訴訟が原告の死亡により終了したことは前判示のとおりであり、また、共同訴訟参加の申出は被参加訴訟と同一内容の別訴の提起に代わるものではあるが、被参加訴訟の終了後にされたかかる参加の申出は、参加の要件を欠き不適法であるから、終局判決をもつてこれを却下すべき」(X→Yの養子縁組取消請求(年長養子)→認容→X死亡・兄弟が共同訴訟参加申出：終了宣言・申出却下→上告棄却)

②合一確定の必要性

- ・類似必要的共同訴訟となるべき場合（判決効の拡張を受けること）

【最判平 22.7.16 民集 64-5-1450】 別訴で却下判決を受けた者の申出

Aらの不当利得返還請求(住民訴訟)にXら(別件訴訟で監査請求前置で却下判決が確定していた)が共同訴訟参加申出→却下(提訴期間不遵守)→大半を取消差戻し、他却下→上告棄却(一部終了宣言)、上告受理申立(Xらに関する部分のみ受理)：Xらに関して破棄自判・控訴棄却

Xらにつき「本件申出に係る当事者、請求の趣旨及び原因は、Xらに関する限り、別件訴訟と同一であるところ、別件訴訟において適法な住民監査請求を前置していないことを理由に訴えを却下する判決が確定しているから、本件申出はその既判力により不適法な申出として却下されるべき」

- ・固有必要的共同訴訟において、当事者となるべき者が脱落していた場合

【大判昭 9.7.31 民集 13-1438】 固有必要的共同訴訟での欠落者を補う共同訴訟参加(肯定)

③当事者適格を有すること（類似必要的：「独立の」当事者適格を有すること）

【最判昭 36.11.24 民集 15-10-2583】 当事者適格の必要性[S34 才 250]

「第三者が同条の規定により訴訟に参加することが許されるためには、当該訴訟の目的が当事者の一方および第三者について合一にのみ確定すべき場合であることのほか、当該訴訟の当事者となりうる適格を有することが要件となつてゐることは、同条の法意に徴し、明らかである。すなわち、上告人の本件参加の申出が許されるためには、上告人は本件訴訟の被告となりうる適格を有しなければならない……本件訴訟の被告となりうる者は、その性質上、被上告人会社に限られる……から、上告人が本件訴訟の被告となる適格を有しないことは自明の理である。したがつて、上告人の本件参加の申出は許されない」(総会決議取消請求訴訟に、当該決議で取締役を選任された者が共同訴訟参加申出をしたもの→却下(決議取消請求認容)→棄却→棄却)

- ・手続(§52-2→§43,47-2,3,則 20-3)：手続は補助参加を準用
→どちら側に立つか明確にする、書面で申出、送達する
- ・効果：必要的共同訴訟が成立する(§40 が適用される)

第3節 訴訟承継

第1款 総論

1. 訴訟承継の概念について、訴訟状態の引受けと関連づけながら、説明することができる。
 - ・ 概念: 訴訟係属中において訴訟物たる権利又はそれにかかわる実体法上の権利関係の変動によって、当事者適格が訴訟当事者から第三者に移転した場合に、新適格者に旧当事者が形成した従前の訴訟状態を承継させるもの
 - ・ 承継される範囲: 訴訟状態 = 裁判資料、裁判資料提出の機会など手続上の地位（自白の拘束力、時機に遅れた攻撃防御等も含む）、訴え提起にもとづく時効中断、期間遵守など
 - ・ 種類
 - * 当然承継: 当事者適格の変動とともに、当然に新適格者が訴訟当事者の地位を取得する
→ 手続を中断し、新当事者に受継させる(代理人がいれば続行: §124-2)
 - * 参加承継: 当事者の訴訟行為(承継人の参加申出)により当事者の地位を取得する
 - * 引受承継: 当事者の訴訟行為(相手方の引受申立て)により当事者の地位を取得する
 - ・ 参加・引受承継の必要性
 - ∴ 訴訟係属中であっても係争物の譲渡は禁止されず、当事者恒定主義をとらない
→ 訴訟承継を認めないと、従前の訴訟手続が無意味になる(訴訟経済・当事者間の公平)
 - ・ 口頭弁論終結後の係争物譲渡: 譲受人へ判決効の拡張(§115-1:3)
 - ・ 口頭弁論終結前の係争物譲渡: 譲受人へ訴訟を承継させる
 - * 係争物を譲渡しても、譲渡を対抗できない場合(当事者恒定)
- 【最判昭 46.1.21 民集 25-1-25】 仮処分における当事者恒定[S43 才 20]
- 「本件のような不動産に対するいわゆる占有移転禁止の仮処分決定は、仮処分債務者が不動産の占有を他に移転することを禁止し、もつて本案訴訟の確定判決に基づく当該不動産の引渡または明渡の執行を保全することを目的とするものであるから、右仮処分決定に基づく執行を受けた仮処分債務者が、右決定に違反して第三者に当該不動産の占有を移転しても、仮処分債務者は、仮処分債権者に対してその占有喪失を主張することは許されないものというべく、したがって、仮処分債権者は、仮処分債務者の占有喪失につきなんら顧慮することなく、右仮処分債務者を被告としたままで、本案訴訟を進行することができる……前記確定の事実関係のもとにおいては、上告人のした本件建物の引渡は、本件仮処分決定に違反したものであるから、仮処分債務者である上告人は、仮処分債権者である被上告人に対しその占有を喪失したことを主張することは許されず、したがって、原審が上告人を本件建物の占有者として上告人に対し本件建物の明渡を命じた判断は、正当」(貸室明渡請求→認容/棄却)

第2款 当然承継

1. 当然承継の概念について具体例を挙げて説明することができる。

- ・ 意義：当事者適格の変動とともに、当然に新適格者が訴訟当事者の地位を取得する
→（手続を中断し）新当事者に受継させる
 - ・ 承継原因：明文規定がないため、訴訟手続の中断に関する規定等から推知する
（訴訟手続が中断する場合）
 - ・ 当事者の死亡(§124-1:1) → 相続人等 ※一身専属権なら当然終了
 - ・ 当事者たる法人の合併消滅(§124-1:2) → 合併設立法人・存続法人
 - ・ 当事者たる受託者等の信託に関する任務終了(§124-1:4) → 新受託者・受益者等
 - ・ 一定の資格に基づき当事者である者の資格喪失(§124-1:5) → 同一の資格を有する者
 - ・ 選定当事者全員の死亡等による資格喪失(§124-1:6) → 選定者全員／新選定当事者
 - ・ 破産手続の開始・終了(破産 44) → 破産管財人／破産者
 - （訴訟手続が中断しない場合）→このほか、代理人がいる場合：§124-2
 - ・ 訴訟係属中の選定当事者選定(§30-2)
- ※訴訟手続は中断するが、承継が生じない場合
- ・ 当事者の訴訟能力の喪失、法定代理人の死亡等(§124-1:3)

2. 当然承継と訴訟手続の中断・受継の関係を理解している。

- ・ 訴訟手続の中断・受継との関係：多少のずれがある
→中断・受継がない場合(§30-2, §124-2)、承継が生じない場合(§124-1:3)
- ・ 訴訟代理人がある場合の扱い(§124-2)：中断・受継はない

【最判昭 33.9.19 民集 12-13-2062】訴訟代理人がいる場合の当事者の死亡[S32 才 563]

控訴審で原告 A が死亡し、父 B 母 Y1 が相続後、B も死亡し、その妻 Y1 と直系卑属たる Y2 らが相続したもので「当事者が死亡するときは、死亡の事実の発生とともに、当然に訴訟関係の承継を生ずるが、A には訴訟代理人滝遅があつたのであるから、本件は、訴訟関係の承継が生じたにかかわらず、手続の中断を生じなかつた場合であつて、訴訟手続を受継すべき余地はなかつたのである。かかる場合には、被相続人の訴訟代理人であつた者は、訴訟承継の結果、新たに当事者となつた相続人らの訴訟代理人として訴訟行為をなすことができるものと解さなければならぬ。されば、原審が手続の受継のために必要な手続をとらず、また、原判決が訴訟承継人らを当事者として表示し、亡村岡覚の訴訟代理人滝遅を訴訟承継人らの訴訟代理人として表示したことは正当」

【最判昭 42.8.25 判時 496-43】本人死亡後の訴訟代理人の地位[S41 才 369]

「民訴法八五条は訴訟代理権は本人の死亡によつて消滅しないと規定しているが、これは新しい正当な当事者の代理人として任務を続行させる趣旨と解すべきである。したがつて、もとの当事者が上訴の特別授權をしているときは、その授權事項の完了するまでは、代理人ある間ということになつて、たとえ、委任した当事者につき死亡の事由が生じても、訴訟追行者なきに帰するということにならないから、手続を中断する必要はない（同法二一三条）。この場合には当事者の変動はあるが、中断受継の手続を省略しただけであるから、判決には当事者として新当事者を表示すべきであり、旧当事者を表示しているときには、判決を更正すべきである（同法一九四条）」（家屋明渡請求の原告 A が死亡し X 相続、控訴審が被控訴人として A を表示(代理人が届出を怠つたため)。被告上告棄却。「但し、原判決の当事者の表示中「被控訴人 A」とあるを「被控訴人 A 相続人 X」と更正した）

第3款 参加承継・引受承継

1. 参加承継の概念について、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 意義：(訴訟係属中にその訴訟の目的たる権利義務について特定承継があった場合において)
変動の原因たる権利関係の承継人自ら、当事者の地位取得を申し立てるもの
→自発的に訴訟に参加して、訴訟上の地位を承継する(§49,51 前段)
§49 訴訟の係属中その訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けたことを主張して、§47-1の規定により訴訟参加をしたときは、その参加は、訴訟の係属の初めにさかのぼって時効の中断又は法律上の期間の遵守の効力を生ずる
§51 前段 §47から§49までの規定は訴訟の係属中その訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継したことを主張する第三者の訴訟参加について……準用する
2. 引受承継の概念について、具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 意義：(特定承継時に)相手方が、権利関係の承継人による当事者の地位取得を申し立てるもの
→強制的に訴訟に参加させ、訴訟上の地位を承継させる(§50-1,51 後段)
§50-1 訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継したときは、裁判所は、当事者の申立てにより、決定で、その第三者に訴訟を引き受けさせることができる
§51 後段 ……前条の規定は訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けた場合について準用する
3. 参加承継・引受承継の要件としての「承継」の概念について、具体例に即して説明することができる。
 - ・ 承継原因：訴訟の目的である権利全部又は一部の譲受け、義務の全部又は一部の承継
 - * 意義：訴訟物より広く、訴訟物の基礎たる権利義務を含み、その承継によって訴訟物についての当事者適格の移転をもたらすものをいう
 - ・ 承継の原因は特定承継ならなんでもよい：法律行為、競売・転付命令等(国家行為)、法の規定
→債権的請求における占有の移転も含む(：紛争の主体たる地位の移転／権利の一部承継)
【大判昭 12.12.11 新聞 4223-10】 土地譲受人への承継(肯定)
【大決昭 5.8.6 民集 9-772】 建物譲受人への承継(肯定)
【最判昭 41.3.22 民集 20-3-484】 引渡しを受けた建物賃借人への承継(肯定)[S39 才 620]
土地賃貸借契約終了に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の係属中、Yが地上建物を第三者Zに賃貸したもので、XがZに訴訟引受けの申立てをなし、これが許された(上告棄却)
「賃貸人が、土地賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対して地上建物の収去、土地の明渡を求める訴訟が係属中に、土地賃借人からその所有の前記建物の一部を賃借し、これに基づき、当該建物部分および建物敷地の占有を承継した者は、民訴法七四条にいう「其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタル」者に該当する……」けだし、土地賃借人が契約の終了に基づいて土地賃貸人に対して負担する地上建物の収去義務は、右建物から立ち退く義務を包含するものであり、当該建物収去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、第三者が土地賃借人から係争建物の一部および建物敷地の占有を承継することによって、第三者の土地賃貸人に対する退去義務の存否に関する紛争という型態をとつて、右両者間に移行し、第三者は当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解されるからである。これを実質的に考察しても、第三者の占有の適否ないし土地賃貸人に対する退去義務の存否は、帰するところ、土地賃貸借契約が終了していないとする土地賃借人の主張とこれを支える証拠関係(訴訟資料)に依存するとともに、他面において、土地賃貸人側の反対の訴訟資料によつて否定

されうる関係にあるのが通常であるから、かかる場合、土地賃貸人が、第三者を相手どつて新たに訴訟を提起する代わりに、土地賃借人との間の既存の訴訟を第三者に承継させて、従前の訴訟資料を利用し、争いの実効的な解決を計ろうとする要請は、民訴法七四条の法意に鑑み、正当なものとしてこれを是認すべきであるし、これにより第三者の利益を損うものとは考えられないのである。そして、たとえ、土地賃貸人の第三者に対する請求が土地所有権に基づく物上請求であり、土地賃借人に対する請求が債権的請求であつて、前者と後者とが権利としての性質を異にするからといつて、叙上の理は左右されないといふべきである」

4. 49 条又は 51 条前段の参加がされた後の審理・判断のあり方について、判例・学説を踏まえて説明することができる。

・参加承継の手続

* 権利承継：独立当事者参加の特則ゆえ、権利主張参加の方式による(§49 → 47-1)

→(相手方への)請求定立が必要、義務承継人の場合は消極的確認請求をする

→時効中断・法律上の期間遵守の効力が遡及する(§49,50 前段→49)

* 義務承継：独立当事者参加を準用(§51 前段→§47~49) = 権利承継と同様

・参加承継の審判：必要的共同訴訟の規定が準用される(§49,51 前段→ 47-4 → 40-1~3)

→参加前の訴訟状態に拘束されるが、参加後の訴訟行為は必要的共同訴訟の制約内で自由

←近時有力：承継人は当然には拘束されるべきでない。：馴合訴訟でも拘束されるのは不当

←相手方が訴訟状態の拘束力を主張することが信義則違反とすれば足りる

5. 訴訟引受けがされた後の審理・判断のあり方について、判例・学説を踏まえて説明することができる。

・引受承継の手続：申立て → 当事者及び第三者の審尋(§50-2) → 引受決定(§50-1)

* 第三者への請求定立を要する(義務承継なら給付請求、権利承継なら債務不存在確認請求)

* 不服申立：申立て却下決定には即時抗告(§328)

⇔引受けを命ずる決定への不服申立て：独自の不服申立ては不可(終局判決への上訴による)

→審理の結果、義務の引受けがなかった場合、本案判決で請求を棄却する

* 原被告は脱退可能、時効中断・期間遵守の効力遡及(§50-3,51 後段→50-3→48,49)

【最判昭 52.3.18 金法 837-34】被承継人による引受申立て(肯定)[S50 才 1011]

約束手形 Y⇒(白地交付・割引依頼)A⇒(交付・割引依頼)Z⇒(白地裏書・割引)X、手形割引金は X→Z→A とわたり、A が着服、X は支払呈示したが拒絶されたため、Y・Z に対して手形訴訟を提起後、Z から手形金の支払を得て手形を Z に返還：手形判決(認容)→一審：認可→Y 控訴・X 代理人が事情を知って Z に対して引受参加申立て・引受決定(X は脱退せず)：(X 請求)取消棄却、(Z 請求)認容→Y 上告棄却

Z は X から約束手形金債権を承継取得したが「かような権利の承継人に対し民訴法七四条による訴訟引受の申立が許される【当時は民訴 50 に相当する規定がなかった】」ことは当裁判所の判例(最判昭 32.9.17)とすることであり、訴訟引受けを命ぜられた承継人は、被承継人と相手方との間の既存の訴訟状態をそのまま利用することができる地位に立つのであるから、第一審原告の本訴提起による時効中断の効力は被上告人についても生ずる」

・引受承継の審判：同時審判申出共同訴訟の規定が準用される(§50-3,51 後段→§41-1,3)

：引受申立人の被承継人・承継人いずれかに勝訴する利益を保護するため

第9章 上訴・再審

第1節 上訴

第1款 総論

1. 上訴の概念について、上訴以外の不服申立てと対比しつつ説明することができる。
2. 民事訴訟における審級制度の概要を理解している。
3. 上訴の種類を原裁判の種類と関連づけて説明することができる。
 - ・ 不服申立ての種類
 - * 上訴：未確定の原裁判の取消または変更を上級裁判所に対して求める当事者の訴訟行為
→ 裁判の形式的確定力発生前・上級審への審判申立て・確定遮断効と移審効のあるもの
 - ・ 控訴・上告：判決に対する上訴
 - 控訴(§281)：第一審終局判決に対する、第二の事実審への上訴
 - 上告：最終事実審の終局判決に対する、法律審への上訴
 - 上告(§311)
 - 上告受理申立て(§318)
 - 飛躍(飛超)上告(§281-1 但, 311-2)：第一審の終局判決に対する上告
 - 事実に争いがなく、法律問題だけに争いがある場合(当事者間の合意が必要)
 - ・ 抗告：決定・命令に対する上訴
 - 抗告(§328)、再抗告(§330)、許可抗告(§337)：
 - * 異議(§150, 202-3, 206, 329-1, 357, 378等)：同一審級内での不服申立て → 移審効なし
 - * 特別上訴：確定した裁判に対する不服申立て → 確定遮断効なし
 - 通常の上訴申立て方法がない／尽きた裁判に対して最高裁へ提起するもの
 - ・ 特別上告(§327)・特別抗告(§336)
 - * 再審の訴え(§338)：確定判決に対する不服申立て → 確定遮断効なし
 - ・ 準再審(§349)：決定または命令に対する再審
 - ・ 目的
 - * 当事者の救済：当事者の抱いた不服に理由があるかを審査する手続
 - ← 確定遅延により勝訴当事者の権利実現が妨げられるため、制限も必要
 - 例：事実審は控訴審まで、手形訴訟等の不服申立て制限、上告理由の制限、仮執行等
 - [【最判平 13.2.13 判時 1745-94】上告受理制度\(合憲\)](#)
 - [【最判平 12.3.17 判時 1708-119】少額訴訟における控訴禁止\(合憲\)](#)
 - * 法令解釈の統一 → 許可抗告の新設
- ・ 違式の上訴：当事者が誤った上訴の方法を選択すること → 通常は不適法
 - [【大決昭 15.2.21 民集 19-267】単なる誤表示なら適法な上訴と扱う\(控訴を抗告と表示\)](#)
- ・ 違式の裁判：裁判所が誤った形式で裁判をなした場合(判決を決定でしたなど)
 - * 判決を決定・命令：抗告事由(§328-2)で破棄差戻し(形式説：大判昭 10.5.7 民集 14-808)
 - ← 選択説：当事者の利益を重視し、控訴・上告をしても適法とする

- * 決定・命令を判決：控訴・上告できるが、維持される場合もある ∴不利益がないから
- ・ 審級手続を誤った判決
 - * 上告審の高裁が誤って控訴審の手続で審判 → 上告できる ∴手続の瑕疵ある判決の取消機会
【最判昭 42.7.21 民集 21-6-1663】 同旨
 - * 控訴審の高裁が誤って上告審の手続で審判 → 上告できる ∴審級の利益の保障
- 4. 上訴要件について具体例を挙げて説明することができる。
 - ・ 上訴要件
 - * 原裁判に対する不服申立てが許され、かつ不服申立てとして適合した上訴であること
 - * 上訴についての法・規則の定める方式にしたがっていること
 - * 上訴期間内であること
 - * 不服の利益があること
 - * 当事者が不上訴合意・上訴権放棄の意思表示をしていないこと
 - ・ 上訴権の濫用
 - = 上訴権者が、上訴の本来の目的たる下級審裁判の誤謬訂正による権利の防衛のためではなく、裁判の正当なことを認識し、またはしうべきであるにもかかわらず、上訴の確定遮断の効果を利用し、訴訟引延しのみを意図して上訴権を行使すること
 - * 金銭納付命令(§303,313・331→303)
 - 上訴権濫用の場合、本来の上訴手数料の10倍以下の金銭納付を裁判所が命じる
 - §303 控訴裁判所は、前条第一項の規定により控訴を棄却する場合において、控訴人が訴訟の完結を遅延させることのみを目的として控訴を提起したものと認めるときは、控訴人に対し、控訴の提起の手数料として納付すべき金額の十倍以下の金銭の納付を命ずることができる
 - * 上訴の却下：正当な上訴の利益がない場合は却下できる
 - ・ 上訴に理由がないことにつき悪意又は有過失で訴訟引延しをもくろむ場合、など
 - 【最判平 6.4.19 判時 1504-119】 自ら訴えの利益を消滅させて却下を求める上訴(上告却下)
- 5. 不服の利益（上訴の利益）について具体例に即して説明することができる。
 - ・ 抗告後に、抗告事件を終了させることを含む裁判外の和解成立 → 抗告の利益を欠く
【最決平 23.3.9 判タ 1345-1267】 同旨
- 6. 上訴提起の効果、特に移審の範囲について理解している。
 - ・ 確定遮断効(§116)：確定判決に伴う既判力等の効力発生が妨げられる
 - 仮執行宣言の執行力は、影響がない(執行停止による) ※即時抗告は執行停止効あり(§334-1)
 - ・ 移審効：原裁判所の訴訟係属が消滅し、代わりに上訴裁判所における訴訟係属が発生すること
 - * 控訴状等は原裁判所に提出されるが、不適法却下でない限り、事件は上訴審に送付される
 - ここで移審効が生じ、訴訟記録が上訴審に送付される(則 174,197,199-2)
 - 【最判昭 60.4.12 集民 144-461】 必要的共同訴訟で他当事者が上訴したあとの上訴は不適法
 - ・ 上訴不可分の原則：確定遮断効・移審効の範囲
 - * 併合訴訟(主観的・客観的とも)：一部の不服申立てでも、原則は裁判全体について生ずる
 - ←例外：主観的併合のうち通常共同訴訟 ∴共同訴訟人独立の原則(§39)

※同時審判申出共同訴訟：上訴不可分の原則は不適用だが、控訴後は弁論併合(§41-3)

・移審効は生ずるが不服申立ての対象でないもの

→上訴審の審判の対象ではない

→但し、上訴人の不服申立ての範囲の拡張・被上訴人の附帯上訴が可能(§293-1,313)

→上訴審への申立てによる仮執行宣言ができる(§294,323)

・必要的共同訴訟における上訴

* 固有必要的共同訴訟

・共同訴訟人の1人の上訴により、全員が上訴人となる(§40-1)

・相手方の共同訴訟人のうちの1人に対する上訴により、全員が被上訴人となる(§40-2)

・共有者の一部を被告として提訴、(認容判決により)隣地所有者の被告が上訴

→(原被告を問わず)共有者全員が被上訴人(§47-4 類推→40-2)

【最判平 11.11.9 民集 53-8-1421】境界確定の訴え[前掲 H9 才 873]

「共有者が原告と被告とに分かれることになった場合には、この共有者間には公簿上特定の地番により表示されている共有地の範囲に関する対立があるというべきであるとともに、隣地の所有者は、相隣接する土地の境界をめぐって、右共有者全員と対立関係にあるから、隣地の所有者が共有者のうちの原告となっている者のみを相手方として上訴した場合には、民訴法 47-4【独立当事者参加】を類推して、同法 40-2 の準用により、この上訴の提起は、共有者のうちの被告となっている者に対しても効力を生じ、右の者は、被上訴人としての地位に立つ」

(X1,X2,Z 共有地に関する、X1,X2→Y,Z の境界確定請求→認容(Y,Z で確定された範囲が異なる)→Y 控訴(被控訴人は X1,X2,Z)棄却・訴状の趣旨訂正に基づく改定(YZ の確定範囲が一致)→Y 上告棄却)

* 類似必要的共同訴訟 → 1.1.8.1.4-5 参照

・一部原告の上訴 → 原則は全員が上訴人となる

【最決平 23.2.17 家月 63-9-57】養子縁組無効確認訴訟(肯定)[前掲 H21 才 1022]

「数人の提起する養子縁組無効の訴えは、いわゆる類似必要的共同訴訟と解すべきであるところ(最判昭 43.12.20)、記録によれば、上告人兼申立人が本件上告を提起するとともに、本件上告受理の申立てをした時には、既に共同訴訟人である X 1 が本件養子縁組無効の訴えにつき上告を提起し、上告受理の申立てをしていたことが明らかであるから、上告人の本件上告は、二重上告であり、申立人の本件上告受理の申立ては、二重上告受理の申立てであって、いずれも不適法である」(上告却下・上告不受理)

・住民訴訟・株主代表訴訟 → 上訴人たる地位は上訴した者のみ

【最大判平 9.4.2 民集 51-4-1673】愛媛玉串料訴訟(判例変更)[前掲 H4 行ツ 156]

【最判平 12.7.7 民集 54-6-1767】野村証券損失補填株主代表訴訟[前掲 H8 才 270]

* 独立当事者参加訴訟：上訴者以外の2当事者は被上訴人(§47-4,40-2)

←ただし、合一確定の必要から不利益変更禁止原則の例外を認める

【最判昭 50.3.13 民集 29-3-233】一部当事者の上訴につき同旨[前掲 S48 才 699]

7. 附帯上訴を理解している。

・附帯控訴(§293)

* 意義：控訴人の控訴によって開始されている控訴審手続を利用して、被控訴人が控訴審での審判範囲を拡張し、自己に有利に原判決の変更を求める申立て

§293-1 被控訴人は、控訴権が消滅した後であっても、口頭弁論の終結に至るまで、附帯控訴をすることができる

- * 効果：控訴審の審判範囲が附帯控訴の限度で拡張される
- * 法的性質：不服申立て(控訴)の法的性質を持つか
 - ・ 否定説(判例・多数)：控訴審での請求の拡張・反訴提起を目的に附帯控訴ができる
 - ・ 肯定説(近時有力)：全部勝訴した当事者の請求拡張や反訴提起は附帯控訴ではなく、請求の変更(§297,143)・反訴の提起(§300)の規律による

∴§293-1,2の文言上は附帯控訴も控訴、請求の変更等に附帯控訴はいらない(別の制度)

【最判昭 32.12.13 民集 11-13-2143】 附帯控訴の性質[S31 オ 910]

「第一審において、全部勝訴の判決を得た当事者(原告)も、相手方が該判決に対し控訴した場合、附帯控訴の方式により、その請求の拡張をなし得る……本件原審において、被上告人がした所論請求の拡張も、これを実質的に観れば、附帯控訴に外ならないものと解すべきであり、その方式においても、民訴三七四条、三六七条に反するところのないことは、記録上明らか」

- * 要件：控訴審係属中、控訴権消滅後(控訴権放棄・期間徒過)でも可
 - * 手続：控訴の方式に準ずるが、附帯控訴条は控訴裁判所に提出してもよい(§293-1,3)
- #3 附帯控訴については、控訴に関する規定による。ただし、附帯控訴の提起は、附帯控訴状を控訴裁判所に提出してすることができる
- * 失効：控訴の取下げ・控訴却下により失効する(#2)
 - ←独立附帯控訴：控訴の要件を備える(控訴期間中の提起)場合は独立した控訴の扱い
- #2 附帯控訴は、控訴の取下げがあったとき、又は不適法として控訴の却下があったときは、その効力を失う。ただし、控訴の要件を備えるものは、独立した控訴とみなす

【最判昭 34.9.17 民集 13-11-1372】 附帯控訴の取下げに相手方の同意は不要

8. 利益変更禁止と不利益変更禁止について、具体例に即して説明することができる。
- ・ 利益変更禁止：控訴人が控訴で求めている限度を超えて、控訴人に有利な判決をできない
 - ・ 不利益変更禁止：控訴人は控訴によって控訴審において第一審判決より不利な判決を受けない
- いずれも§304(第一審判決の取消及び変更の範囲)に基づく

第2款 控訴

1. 控訴の意義を理解している。

- ・ 意義：第一審終局判決に対する、第二の事実審への上訴
- ・ 要件

①原裁判に対する控訴が許されること

= 対象：地裁・簡裁の第一審終局判決(§281) ※中間判決は独立控訴不可

← 訴訟費用の裁判のみの独立した控訴は禁止(§282)

← 仮執行宣言への独立の控訴：不可 ∴ 派生的紛争にすぎない ← 肯定説あり

← 控訴禁止：手形訴訟・小切手訴訟(§356)、少額訴訟(§377)

※付随的審査対象：終局判決前の裁判 ← 不服申立て不可・抗告可能な裁判は除外(§283)

§281 控訴は、地方裁判所が第一審としてした終局判決又は簡易裁判所の終局判決に対してすることができる。ただし、終局判決後、当事者双方が共に上告をする権利を留保して控訴をしない旨の合意をしたときは、この限りでない

§282 訴訟費用の負担の裁判に対しては、独立して控訴をすることができない

§283 終局判決前の裁判は、控訴裁判所の判断を受ける。ただし、不服を申し立てることができない裁判及び抗告により不服を申し立てることができる裁判は、この限りでない

②控訴提起が適式かつ有効であること：控訴状(§286)・代理人による場合は授權(§55-2:3)

③控訴期間の遵守：控訴期間内(§285)または追完(§97)

④控訴の利益があること

⑤控訴の障害事由のないこと一不控訴合意等・重複控訴・控訴権濫用

・ 控訴の利益

* 不服の対象：原判決の判断中、訴訟法上の効力が生じる部分に限る(主文+相殺の抗弁)

∴ 上訴は原判決のもつ拘束力を排除する手段

【最判昭 31.4.3 民集 10-4-297】 判決理由中の判断への不服(否定)[S29 才 431]

「本件上告理由を見るに、すべてYが勝訴したXの(イ)の請求につき、原審がなした判決理由中の判断を攻撃するにとどまり、Yが敗訴した(ロ)及び(ハ)の請求に対する不服でない……所有権に基く登記請求の訴についてなされた判決の既判力は、その事件で訴訟物とされた登記請求権の有無を確定するにとどまり、判決の理由となつた所有権の帰属についての判断をも確定するものではないから(最判昭 30.12.1 参照)、Yは本件において(イ)の請求につき敗訴しても、なお、自ら訴を提起し又は相手方の請求に応訴することによつて、(一)の不動産の所有権が自己に存することを主張して争うことができるのであるから、所論は結局上告の前提たる利益を欠くものと云わなければならない」(所有権移転登記手続請求・損賠請求等→登記認容・他棄却→棄却)

* 不服の基準：形式的不服説=原則として、当事者の申立てとそれに対する判決主文の内容を比較し、後者が前者に及ばないなら控訴の利益が認められる

・ 全部認容→被告のみ/全部棄却→原告のみ/一部認容・一部棄却→原被告とも可能

・ (主)認容→被告のみ/(主)棄却(予)認容→原被告とも可能

・ 却下判決：原告及び(請求棄却判決を求めていた)被告の双方が控訴できる

⇔被告が却下判決を求めていた場合の棄却判決：原告のみ ← 法律上の争訟性は例外[伊藤]

∴ 訴訟要件は職権調査事項ゆえ、却下申立ては職権発動を促す意味しかない

【最判昭 40.3.19 民集 19-2-484】却下判決への被告控訴[S39 才 352]

X→Y 抹消登記請求→棄却(実質は却下)→控訴却下→破棄差戻し

「本件において、被上告人らは上告人に対し、本件不動産につき上告人のためになされた所有権移転登記および抵当権設定登記の抹消登記手続を求め、上告人において請求棄却の判決を求めたところ、第一審判決は、「原告らは仮処分後の登記である被告会社の登記の各抹消登記を本訴で求める必要は何等ないわけであるから、原告らの被告会社に対する請求は失当として棄却を免れない。」旨判示して、被上告人らの上告人に対する右請求を棄却した……右第一審判決は、結局訴の利益がないとして被上告人らの請求を棄却したものであるから、形式的には上告人が全部勝訴の判決を得たかの如き観を呈するが、上告人は更に被上告人ら主張の前記登記抹消登記請求権の存在しないことの確定を求めるため、第一審判決に対し控訴の利益を有する……上告人は第一審判決において勝訴しているから控訴の利益がないという理由で上告人の本件控訴を却下した原判決は、違法」

・例外

→全部認容判決への原告控訴：一部請求の場合の残部請求

→明示的一部請求なら、別訴で訴求できるから控訴の利益なし

→黙示的一部請求でも、申立ては全部認められており控訴の利益なし[伊藤]

←請求拡張のための控訴の利益を認めた高裁判例あり

【金沢高支判平 1.1.30 判時 1308-125】黙示的一部請求の全部認容判決への控訴[S63 ネ 111]

借主死亡によりその相続人(子)に 1/12 を訴求し、全部認容されたが、相続放棄で被告の相続分が 1/4 に増えており、原審係属中それを知っていたのに請求の拡張をしなかったため、請求の拡張のため控訴したもの

「全部勝訴の判決を受けた当事者は、原則として控訴の利益がなく、訴えの変更又は反訴の提起をなすためのものであっても同様であるが、人事訴訟手続法九条二項（別訴の禁止）、民事執行法三四条二項（異議事由の同時主張）等の如く、特別の政策的理由から別訴の提起が禁止されている場合には、別訴で主張できるものも、同一訴訟手続内で主張しておかないと、訴訟上主張する機会を奪われてしまうという不利益を受けるので、それらの請求については、同一訴訟手続内での主張の機会をできるだけ多く与える必要があり、また、この不利益は、全部勝訴の第一審判決後は控訴という形で判決の確定を妨げることによってしか排除し得ないので、例外として、これらの場合には、訴えの変更又は反訴の提起をなすために控訴をする利益を認めるべき……その理を進めて行くと、いわゆる一部請求の場合につき、一個の債権の一部についてのみ判決を求める趣旨が明示されていないときは、請求額を訴訟物たる債権の全部として訴求したものと解すべく、ある金額の支払を請求権の全部として訴求し勝訴の確定判決を得た後、別訴において、右請求を請求権の一部である旨主張しその残額を訴求することは、許されない……ので（最判昭 32.6.7 参照）、この場合には、一部請求についての確定判決は残額の請求を遮断し、債権者はもはや残額を訴求する機会を失ってしまうことになり、前述の別訴禁止が法律上規定されている場合と同一となる。したがって、黙示の一部請求につき全部勝訴の判決を受けた当事者についても、例外として請求拡張のための控訴の利益を認めるのが相当ということになる」→控訴を認め、変更(拡張分も認容)

→全部棄却判決への原告の控訴

→弁済等が認められず、予備的抗弁たる相殺の抗弁が認められた場合(争いなし)

→離婚訴訟で請求棄却判決後に、被告が離婚反訴を提起するための控訴：可能(通説)

∵人訴 25 による後訴遮断 → これを一般化すると新実体不服説となる

←そもそも原審で反訴を提起すべきだし、提起できた

・異説

→実質的不服説(支持なし)：全面勝訴でも、請求の拡張等で上訴審の有利な判決を求めうる

→対話的手続の続行を求めることが正当化されるかどうか[井上] ← 民訴の目的に反する

→新実体不服説：判決の効力により判断、判決を取り消しておかないと判決効が不利に作用する場合にのみ上訴の利益を肯定する

【最判平 24.1.31 裁時 1548-2】不都合な賃借料の認定への控訴[前掲 H21 受 1766]

(本)建物取去土地明渡請求(参)賃借権確認請求→(本)棄却(参)XZ 間賃借権確認(地代も主文に明記)→Z 控訴・請求の変更(賃料を低額に変更)：却下(∵全部認容判決への勝訴者の控訴は利益なし)→上告：破棄差戻し

「上告人は、第1審において、本件土地の賃借権そのものを有することの確認を求めたのであって、地代額の確認まで求めたものとはいえず……第1審判決の「事実及び理由」中の「参加人の請求」及び「参加人の主張（請求原因）」には、上告人が本件土地につき地代を年額で固定資産評価額の1000分の60に相当する金額とする賃借権の確認を求める旨の記載がされているのであって、第1審は、上告人が上記地代額の確認をも求めているものとして、上告人の請求を認容する判決をしたと認められ、第1審判決の主文に記載された地代額に係る部分が、係争法律関係に関してされた判断ではないということではできない……第1審判決には、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法があり、この違法を看過し、控訴の利益がないとして第1審判決に対する控訴を却下した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」

・控訴権の不発生・放棄

* 不控訴合意(訴訟契約の一種)：有効

・ 特殊な不控訴合意：上告権を留保する不控訴合意(§288-1 但書)→飛躍上告

・ 要件

→訴訟能力等訴訟行為一般の要件 ∵訴訟契約

→合意の時期：原則は判決前でもよい、飛躍上告の合意は一審判決言渡し後に限る

→合意の内容：双方の不控訴。一方のみの不控訴の合意は公平を欠くので無効

←合意対象不特定・法律関係が当事者の処分権に属しないものは不可

→合意の様式：書面(§281-2→11-2,3)、期日に合意をして調書に記載された場合も含む

・ 効果

→判決言渡し前の場合：判決が言渡しと同時に確定する(控訴権不発生)

→判決言渡し後の場合：合意成立時に判決が確定する(控訴権消滅)

※解約後の控訴：控訴期間内なら適法、却下後なら手遅れ、追完の余地はある(詐欺等)

* 控訴権の放棄(§284)：裁判所(訴訟記録のある裁判所：則 173-1)に対する単独の意思表示

・ 単純な放棄のみ可能 = 条件は付与できず、上告権も留保できない

・ 控訴後なら控訴取下げも必要(則 173-2)

【最判昭 27.7.29 民集 6-7-684】控訴を取下げないと控訴却下となる

* 裁判外の控訴取下げ合意：控訴を取下げないと、控訴の利益を欠くとして却下される

2. 控訴提起の手續について条文を参照して説明することができる。

・ 控訴の提起

* 控訴期間(§285)：判決書の送達を受けた日から2週間の不変期間

←言渡後送達前の控訴はOK、徒過しても追完の可能性はある(§97)

* 控訴状(§286)：第一審裁判所に提出する(#1)、印紙必要

・ 必要的記載事項(#2)

→当事者及び法定代理人、第一審判決の表示及びその判決に対して控訴をする旨

- ・ 任意的記載事項
 - 控訴理由の具体的記載(則 182、50 日以内に理由書を出してもよい)
 - ※ 裁判長は非控訴人に反論書の提出を命じうる(則 183)
 - 攻撃防禦方法の記載(則 175、記載すれば準備書面扱い)
 - ・ 第一審裁判所の手続(§287)
 - * 不適法かつ不備補正不能な場合：決定で控訴却下(#1) ← 即時抗告可能(#2)
 - * それ以外の場合：控訴状を含む訴訟記録を控訴審裁判所に送付(則 174) = 移審効発生
 - ・ 控訴審裁判所の手続
 - * 裁判長の控訴状審査(§288)：必要的記載事項や手数料納付の不備は補正命令・控訴状却下
 - * 被控訴人への送達(§289)
 - * 控訴が不適法で補正不能：口頭弁論を経ない判決による控訴の却下(§290)
 - * 呼出費用の予納がない場合：決定で控訴却下可能(§291-1) ← 即時抗告可能(#2)
 - ・ 控訴の取下げ(§292)
 - * 意義：控訴人の裁判所に対する、控訴申立ての撤回の一方的意思表示
 - 訴えの取下げかどうか不分明なら釈明権を行使する
 - §292-1 控訴は、控訴審の終局判決があるまで、取り下げることができる
 - 【#2→訴えの取下げの準用：§261-3(原則書面),262-1(係属の遡及的消滅),263(取下げの擬制)】
 - * 要件
 - ・ 時期：控訴審の終局判決があるまで(#1) ※ 訴えの取下げと異なる
 - ∴ 判決を比較して控訴の取下げをする可能性があるから、相手方と不公平
 - ・ 内容：控訴の全部について取り下げること(一部取下げはできない)
 - ∴ 控訴は請求ごとではなく、まとめて1個の訴訟行為(不服申立ての対象を減縮すればよい)
 - ・ 相手方の同意：不要 ∴ 控訴取下げで相手方は有利な一審判決が確定し、不利益がない
 - 取下書等の被控訴人への送達はなく、書記官が通知するだけ(則 177-2)
 - 【最判昭 34.9.17 民集 13-11-1372】控訴の取下げに相手方の同意は不要
 - * 手続：書面が原則だが、期日なら口頭でよい(#2→§261-3)
 - ・ 相手方：訴訟記録のある裁判所(則 177) → 原則は控訴審裁判所だが、送付前は一審裁判所
 - * 効果
 - ・ 控訴審の訴訟係属が遡及的に消滅(#2→§262-1) → 一審判決確定
 - ※ 控訴期間内なら再控訴可能なので、その場合は確定しない
 - ・ 控訴取下げの効力の争い → 口頭弁論を再開し、訴訟終了宣言判決(有効)／審理続行(無効)
 - ※ 控訴取下げ無効は中間判決で宣言するか、終局判決の理由中で判示する
3. 控訴審の続審としての性格について、控訴審における攻撃防禦方法の提出の扱いと関連づけて説明することができる。
- ・ 審理の原則
 - * 続審主義(§296-2,298-1) = 一審裁判資料 + 控訴審新資料に基づき一審判決の当否を判断

⇨覆審主義(旧刑訴)：一審と別個独立に裁判資料を収集し、控訴の当否・請求の当否を判断

⇨事後審主義(現行刑訴)：新たな裁判資料の提出を認めないで一審の当否を判断

- ・ 手続の原則：第一審の手続を原則として準用(§297) → 請求の変更・当事者参加等も可能

【最判昭 25.10.31 民集 4-10-516】控訴審最初の期日の欠席で陳述擬制(§158)を肯定

【大判昭 8.4.18 民集 12-703】控訴審で争うと擬制自白(§159)は否定される

【最判昭 32.12.17 民集 11-13-2195】控訴審での新主張と擬制自白[S30 才 782]

手形金請求→認容→Y 控訴・相殺の抗弁提出：認容→Y 上告：破棄差戻し

「X は数回に亘る原審口頭弁論期日に一回も出頭しないだけでなく、Y の新たな右主張に対する答弁書その他の準備書面をも提出せず、他に Y の右主張事実を争った形跡の窺うに足るものがない……当事者が口頭弁論において相手方の主張した事実を明らかに争わないときは、その事実を自白したものとみなされ、裁判所もその事実拘束されることは、民訴一四〇条の規定に徴し明白であるから、X が右の如く原審口頭弁論期日に出頭もせずまた Y の新たな主張事実に対する答弁書その他の準備書面をも提出しない以上、弁論の全趣旨から X が右の事実を争ったものと認むべき事情のないかぎり、原審としてはその事実を認めこれに基いて裁判をすべかりしもの……X が本訴請求を維持している事実は未だもつて上告人の反対債権存在の事実を争っているものということとはできない。然るに原審は何ら特段の事情を示すことなく、Y の新たな右主張事実につき証拠調をした上、Y 主張の不法行為の事実のみを認め、ただこれによる損害の額を確定しえないとする趣旨の下にその主張を排斥したのであつて」擬制自白違反または理由不備ゆえ破棄差戻し

【最判昭 43.3.28 民集 22-3-707】控訴審での新主張と弁論の全趣旨[S42 才 1357]

(本)立木残代金請求(反)代金返還請求→(本)認容(反)棄却→Y 控訴・詐欺取消し又は錯誤無効を主張:(本)変更(減額)(反)棄却→棄却

Y は原審で詐欺取消し・錯誤無効を主張したが、「Y の意思表示に所論の錯誤があれば、X の本訴請求にかかる売渡代金債権はほんらい発生せず、またこれが詐欺による意思表示であれば、取消権の行使が本訴提起後であるにせよ、右権利の発生につき原始的な瑕疵が存することとなる筋合であるが、これに対し、X の本訴請求は右売買契約が有効に成立したことを前提とするものであるから、X が本訴を提起維持している等弁論の全趣旨に徴すれば、Y の原審における右の新たな主張を被上告人において争っているものと認め、民訴法一四〇条三項の適用を否定した原審の判断は相当」

- ・ 審判対象：当事者の不服申立ての限度(§296-1)

* 不服申立ての範囲の拡張・附帯控訴によって拡大可能

* 控訴審における請求の追加

- ・ 訴えの変更：可能(§297→143)

※一審が却下判決の場合、控訴審において訴えを変更できるか：肯定

←但し、相手方の審級の利益を害する場合は制限されうる(判例)

【最判平 5.12.2 判時 1486-69】却下判決への控訴後の訴えの変更[H3 才 1249]

AY の養子 X の養親子関係存在確認→却下(離縁無効確認をすべき)→控訴・(予)離縁無効確認追加(被控訴人は異議を述べず、棄却判決を求める)：棄却(追加は信義則違反)→(本)棄却(予)破棄差戻し

「本件訴訟の経過に照らし、上告人の第一審の最終口頭弁論期日における「本訴を協議離縁無効の訴えに変更しない。」との陳述は、本件訴訟手続上将来にわたって養親子関係存在確認の訴えを離縁無効の訴え又は離縁無効確認の訴えに変更する意思がないことを表明したのではなく、第一審においては訴えの変更をする意思がないことを表明したにとどまるものと解するのが相当であるから、原審における本件訴え変更の申立てが訴訟手続上の信義則に反するものということとはできない」「上告人は本件訴訟の提起以来一貫して上告人には離縁の意思も

届出の意思もなかったと主張してその立証に努め、第一審裁判所は約一年五か月間に一〇回にわたって口頭弁論期日を開き、当事者双方の申請に係る証拠のすべてを取り調べるなどして本件の事実関係についての審理を遂げており、被上告人は原審における本件訴え変更の申立てについて特に異議を述べていないなどの事情の認められる本件においては、本件訴え変更の申立てを許すことによって、被上告人の有する審級の利益を害することはなく、また、訴訟手続を遅滞させるおそれもないから、原審としては、本件訴え変更の申立てを許し、これによって併合された離縁無効確認の訴えについても審理判断しなければならない]

・反訴の提起：可能(§297→146)、但し相手方の同意が必要(§300-1,2)

←審級の利益保護を考慮する必要のない場合は同意不要

【最判昭 38.2.21 民集 17-1-198】相手方の同意を要しない反訴[S34 才 975]

建物収去土地明渡→棄却→原告控訴・被告(反)賃借権確認：(本)棄却(反)認容→原告上告：棄却

原告の土地明渡請求に対し、被告が第1審において右土地について賃借権を有する旨主張し、同審が右賃借権の存在を肯認した場合に、控訴審において被告が更に反訴として右賃借権存在確認の訴を提起したものの。

「このような訴訟経過を辿っている本件にあつては、たとえ右反訴と右訂正後の本訴とが同一訴訟にあたるとしても、前述のように反訴が右訂正後の本訴より以前に提起されている以上、右反訴は適法に原審に係属しているものであることはいうをまたない。そして右反訴の提起について控訴代理人が同意しなかつたことは前述のとおりであるが、一番において原告の本件土地明渡しの請求に対し、被告は同土地について賃借権を有する旨主張し、原告はこれを争つたところ、一番はこれを容認して原告の請求を排斥したものであること、被控訴人は原審において反訴として右賃借権の存在を主張し、その確認の訴を提起するに至つたものであることは記録上明らかであるから、このような本件における反訴提起については、控訴人をして一番を失う不利益を与えるものとは解されず、従つて、右反訴提起については同人の同意を要しない」

【最判平 16.6.3 判時 1869-33】人訴 18 による同意を要しない反訴[H14 受 505]

(本)離婚請求→認容→Y 控訴・(予反)損害賠償請求・財産分与申立て、X 不同意→(本)棄却(予反)却下→破棄差戻し

「離婚の訴えの原因である事実によって生じた損害賠償請求の反訴の提起及び離婚の訴えに附帯してする財産分与の申立てについては、人事訴訟手続法 8 条【=人訴 18】の規定の趣旨により、控訴審においても、その提起及び申立てについて相手方の同意を要しない（最判昭 41.12.23, 最判昭 58.3.10 参照）」

「人事訴訟法 3 2 条 1 項（同法附則 3 条本文、8 条参照）は、家庭裁判所が審判を行うべき事項とされている財産分与の申立て（家事審判法 9 条 1 項乙類 5 号）につき、手続の経済と当事者の便宜とを考慮して、訴訟事件である離婚の訴えに附帯して申し立てることを認め、両者を同一の訴訟手続内で審理判断し、同時に解決することができるようにしたものである。したがって、原審の口頭弁論の終結に至るまでに離婚請求に附帯して財産分与の申立てがされた場合において、上訴審が、原審の判断のうち財産分与の申立てに係る部分について違法があることを理由に原判決を破棄し、又は取消して当該事件を原審に差し戻すとの判断に至つたときには、離婚請求を認容した原審の判断に違法がない場合であっても、財産分与の申立てに係る部分のみならず、離婚請求に係る部分をも破棄し、又は取り消して、共に原審に差し戻すこととするのが相当……上記予備的反訴請求及び予備的申立てに係る部分はもとより、本訴請求部分も含めて原判決を全部破棄して、慰謝料及び財産分与の点について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」

・選定者に係る請求の追加：可能(§297→144)、但し相手方の同意が必要(§300-3→#1,2)

・請求の変更・反訴・選定者に係る請求の追加は、提出できる期間の制限がされうる(§301)

・控訴審の口頭弁論

* 弁論の更新(§296-2)：当事者の第一審の口頭弁論の結果の陳述を要する

∴ 形成行為説(通・判)：直接主義等の原則遵守のため(第一審と控訴審は別の裁判体だから)

∴ 報告行為説：当事者の一番資料の要点報告義務(一番の資料は当然に控訴審の資料となる)

【最判昭 35.2.9 民集 14-1-84】 形成行為説を採用(受託裁判官による証拠調べの結果)

【最判昭 61.12.11 判時 1225-60】 形成行為説(主張しなかった事実の陳述)[S60 才 1454]

(本)求償金請求(XYは連帯保証人で、Xが支払ってYに求償)→認容/破棄差戻し

「Yは、第一審における口頭弁論期日においては、なんら抗弁を主張しなかったが、第一審判決の事実摘示には、Yの主張として、「YがAの依頼で本件連帯保証契約を締結するに当たりAの妻であるXはYに求償権を行使しない旨を約束した」との主張があった旨記載され、かつ、原審の第一回口頭弁論期日において、当事者双方は、第一審の口頭弁論の結果を陳述するに際し「第一審判決事実摘示のとおり陳述する」旨弁論したことが明らか…
…第一審で主張されなかった事実であっても、第一審判決事実摘示に右の事実が主張された旨記載され、控訴審での口頭弁論期日において第一審の口頭弁論の結果を陳述するに際し「第一審判決事実摘示のとおり陳述する」旨弁論したときは、右の事実は控訴審の口頭弁論で陳述されたことになるものと解すべきである（最判昭 41.11.10 参照）から、原審は、上告人の前記主張につき判断すべきであった……原審は、Xの本訴請求を認容するに当たり、上告人の右主張につきなんら判断していないことが明らか」→判断遺脱で破棄差戻し

【最判昭 33.7.22 民集 12-12-1817】 全部の陳述を要するが、一方がすれば足りる

- ・当事者双方が陳述しなかった場合 → 第一審の裁判資料は控訴審の資料にならない
→陳述懈怠 = 当事者の出席不弁論ゆえ控訴取下げ擬制の原因となる(§292-2→263)
→控訴審が裁判資料に用いると絶対的上告理由(§312-2:1)

【最判昭 33.11.4 民集 12-15-3247】 絶対的上告理由(陳述なく一審資料を用いたもの)

* 弁論の更新権：控訴審における新たな攻撃防御方法の提出の権能 = 原則は無制限

- ・第一審の管轄違いの主張の制限(§299)：専属管轄以外は禁止
- ・攻撃防御方法の提出等の期間を制限しうる(§301)：遅れると理由説明を要する
- ・争点整理手続に基づく説明義務は存続(§298-2)
- ・時機に遅れた攻撃防御方法は却下されうる(§157)：一審から通して見て遅れたか

【最判昭 30.4.5 民集 9-4-439】 時機に遅れるかの判断(一審から通観)[S28 才 759]

「所論引用の大判昭 8.2.7 が、控訴審における民訴一三九条の適用について、第一審における訴訟手続の経過をも通観して時機に後れたるや否やを考うべきものであり、そして時機に後れた攻撃防禦の方法であつても、当事者に故意又は重大な過失が存すること及びこれがため訴訟の完結を延滞せしめる結果を招来するものでなければ、右の攻撃防禦の方法を同条により却下し得ない趣旨を判示していることは所論のとおりであつて、この解釈は現在もなお維持せらるべき」

4. 控訴審の終局判決の種類について説明することができる。

- ・控訴却下判決：控訴自体が不適法である場合

【最判昭 34.6.16 民集 13-6-718】 一審却下判決を維持する場合(控訴棄却)[S32 才 672]

「訴を不適法として却下する一審判決に対する控訴においては、一審が訴を却下したことの当否が本案になるわけであり、控訴審が一審の判断を是認する場合には、控訴棄却の判決をなすべき」

- ・控訴棄却判決(§302)

* 第一審判決を相当とするとき(#1)

* 第一審判決がその理由によれば不当である場合が、他の理由により正当であるとき(#2)

- ・既判力の対象が異なる場合は取消自判

→例：一審は確認の利益欠缺で却下、控訴審は当事者能力欠缺と判断すると取消却下判決

- ・控訴審で新請求が係属した場合(訴えの変更)

→審理の結果、主文が原判決と同じであっても自判する

【最判昭 32.2.28 民集 11-2-374】控訴審での訴えの交換的変更[前掲 S29 才 444]

貸金請求→認容(XはYに¥713,626支払え)→被告控訴・原告(交換的変更)求償債権請求：棄却→破棄自判：認容(XはYに¥713,626支払え)

「第一審判決が訴訟物として判断の対象としたものは前説示のとおり貸金債権であり、原審の認容した求償債権ではない。この両側の債権はその権利関係の当事者と金額とが同一であるというだけでその発生原因を異にし全然別異の存在たることは多言を要しない。そして本件控訴はいうまでもなく第一審判決に対してなされたものであり、原審の認容した求償債権は控訴審ではじめて主張されたものであつて第一審判決には何等の係りもない。原審が本件訴の変更を許すべきものとし、また求償債権に基く新訴請求を認容すべしとの見解に到達したからとて、それは実質上初審としてなす裁判に外ならないのであるから第一審判決の当否、従つて本件控訴の理由の有無を解決するものではない。それ故原審は本件控訴を理由なきものとなすべきいわれはなく、単に新請求たる求償債権の存在を確定し「控訴人は被控訴人に対し金七三、六二六円を支払わなければならない」旨の判決をなすべかりしものなのである。それは一見第一審判決と同旨の主文を徒らに繰返えすが如き感を与えるかも知れないけれども、実は、法律上重大な意義を有する。けだし控訴を棄却する旨の判決は、民訴三八四条一項の法文上明らかなように第一審判決を相当とし維持さるべきことを宣告するものであり、この判決が確定することによつて第一審判決も確定し、その裁判の内容に従いそれに相応する既判力、執行力、形成力等を生ずるのである。同条二項にいわれる「判決力其ノ理由ニ依レハ不当ナル場合ニ於テモ他ノ理由ニ依リテ正当ナルトキ」とは、第一審判決でなされた判断そのものの正当性が判決の理由とするところによつては維持せられないが他の理由によつて肯定される場合をいうのである。例えば第一審判決が原告主張の貸金債権が弁済により消滅したものであるとして原告の請求を排斥したものであるとき、控訴審においては弁済の事実は認められないけれど、免除の事実が認められ、結局当該貸金債権の消滅を確定した第一審判決の判断が維持し得るような場合をいうのであつて、本件のように第一審判決と第二審判決とがその判断の対象を異にし偶々その主文の文言が同一に帰するというが如き場合をも包含するものでないことは同条一項の法意に照らし疑なきところである。それ故原審が求償債権に基く請求(新訴)を認容すべき旨を判示しながら主文で控訴棄却の判示をしたのは、前掲法条の適用を誤り理由齟齬の違法を来たしたものであり、原判決はこの点において破棄を免れず論旨は結局理由がある

【最判昭 31.12.20 民集 10-12-1573】控訴審での訴えの交換的変更[S25 才 128]

売買契約履行請求(建物引渡請求)→棄却→X 控訴・(交換的変更)建物所有権確認：棄却(建物焼失により即時確定の利益を欠く)→X 上告：破棄自判・確認請求棄却

「右新訴は原審に至りにはじめて提起されたものであつて、第一審においてはなんな判決されていないのであるから、原審は新訴につき実質上第一審としての裁判をなすことを要する……たとえ新訴に対する原審の結論が請求の棄却であつて第一審判決の主文の文言と合致する場合であつても控訴棄却の判決をなすべきものではなく、単に新訴について請求の棄却をなすべきものである。けだし、控訴棄却の判決は、第一審の判決を維持する旨の裁判であり、該裁判の確定によつて第一審の旧訴に対する請求棄却の判決が当然に確定するに至るからである。しかるに原判決は新訴について、「控訴人(上告人)の請求を棄却した第一審の判決は相当である」との理由で控訴棄却の判決をしているのであつて、ひつきよう原判決は新訴に対する裁判として、全然これと訴訟物を異にする旧訴に対する第一審判決を確定せしめる効果を生ずるに至る判決をしたことになるのであり、この点は違法であつて、原判決は破棄を免れないのである。ところで上告人の新訴は原判示のとおり過去の法律関係の確認を求めるものであるから、確認の利益を欠くものとして該請求は棄却さるべきである」なお、旧訴については訴えの取下げであるが、旧訴の撤回に異議を述べているから、旧訴は依然原審に係属している。

【最判昭 43.3.7 民集 22-3-529】予備的請求を認容した場合[S42 才 829]

(本)貸金請求→認容→Y 控訴・訴外 A 社が借主と主張したため Y は X が保証したとして(予)保証債務請求を追加：控訴棄却(但し、保証債務として)→Y:破棄自判・取消(本)棄却(予)認容

「原審は審理の結果、貸金債権の存在を認めず、YがX主張のとおり保証債務を負担することを認めたとえ、第一審判決は理由において異なるけれども結局において相当であるとして、控訴棄却の判決をしている」「第一審判決が訴訟物として審理判断の対象としたのは、前記のとおり貸金債権であつて、原審の認容した予備的請求の訴訟物たる保証債務の請求権ではなく、右両者はその発生原因を異にする全く別異のものであり、しかも、原審の認容した保証債務の請求権は、原審においてはじめて主張されたものであつて、第一審判決とはなんらかかわりのないところ……原審としては、本件控訴を理由なしとすべきではなく、第一次請求たる貸金請求を認容した第一審判決を取消し、右第一次請求を棄却したうえ、新たに予備的請求たる保証債務の請求を認容し、Yに対して金679,300円および【遅延利息】の支払を命ずべきものであつた」

・ 原判決取消し → 裁判所の訴えに対する応答義務が復活する → 自判・差戻し・移送

* 取消原因

- ・ 第一審判決が不当な場合の取消し(§305)
= 訴訟物たる権利関係の判断の前提たる事実認定や法規範(実体・手続法)の適用の誤り
- ・ 第一審の判決の手続が違法な場合の取消し(§306)
= 法律上関与できない裁判官の関与、判決の言渡し期日の指定がない、など

* 取消後の処理

- ・ 自判：控訴審みずから請求について判断する場合 = 控訴審は事実審ゆえ、自判が原則
※控訴審での仮執行宣言(§310)：原則として無担保とする

∴すでに二審を経たため迅速な権利実現、上告審での破棄可能性は低い

- ・ 差戻し

→ 必要的差戻し(§307 本文)：一審が却下判決で本案審理をしていない場合

∴当事者の審級の利益の尊重

← 第一審で実質的審理がされている場合は自判してもよい(§307 但書)

【最判昭 37.12.25 民集 16-12-2465】差戻すべき場合(本案審理のない場合)[S35 才 123]

農地強制譲渡無効確認等請求→却下(確認の利益を欠く)→棄却(一部土地につき確認の利益があるとつづ、本案審理の上請求棄却で、一審却下判決も本案判決として控訴棄却)→一部破棄自判・取消差戻し、残棄却

「原判決のごとく、訴の利益なしとする判断を本案判断の一種であると解するにしても、訴の利益がないことを理由とする第一審判決が本案そのものの当否について何等の審理判断をも加わえていないことは否定できないところである。されば、原判決は、右の点において民訴三八八条に違反するものというのほかなく、論旨は理由があり、原判決中別紙第一目録記載(一)の土地に関する控訴を棄却した部分を破棄し、且つ、第一審判決中同土地に関する訴を却下した部分を取り消すべきものとする」

【最判昭 46.2.18 判時 626-51】差戻すべき場合(本案審理のない場合)[S43 才 988]

委託金返還請求→却下(当事者適格を欠く)→控訴棄却(却下は違法としつつ、本案審理して理由なしと判断、不利益変更禁止ゆえ棄却)→破棄自判・取消差戻し

「上告人らに当事者適格がないことを理由とする第一審判決は、本案そのものの当否についてはなんらの審理判断も加えていないのであるから、原判決は右の点において民訴法三八八条に違反するものというべきで(最判昭 37.12.25 参照)、論旨は理由があるから、原判決を破棄し、かつ、第一審判決を取り消すべきものである」

→ 任意的差戻し(§308)

→ 一部に実質審理がない場合(#1) ∴当事者の審級の利益の尊重

例：損害請求を因果関係なしとして棄却、損害額を審理していない場合など

→ 重大な手続違背がある場合(#2)

※差戻し後の第一審の審理：上級審の裁判の拘束力(裁4)がある

→範囲：上訴審が取消しの理由とした事実上・法律上の判断

※差戻判決への上告

【最判昭 26.10.16 民集 5-11-583】取消差戻判決への上告(肯定)[S25 才 231]

農地買収関係の処分・裁決取消請求→一部棄却・残却下→X:取消差戻→Y:破棄自判・控訴棄却

「X は本件上告を不適法であると主張し、上告却下の判決を求めるとしてまず本件上告の適否について按ずるに、原判決は Y の控訴により第一審判決を取り消し、本件を第一審裁判所に差戻したのである。大審院の判決が、原判決のように第一審判決を取り消し差戻した第二審判決を中間判決と解し、これに対し直ちに上告することはできないものとしていたことは X 所論のとおりであるけれども、本件の場合、原判決によつて本件は原審級を離脱するのであるから、原判決はこれを終局判決と解するを相当とし、従つて、これに対し民事訴訟法第三九三条によつて当裁判所に直ちに上告することができる」

・移送(§309)：管轄違いとして取消す場合(→実際は専属管轄違背のみ：§299)

・不利益変更禁止原則・利益変更禁止原則(§304)

§304 第一審判決の取消し及び変更は、不服申立ての限度においてのみ、これを行うことができる

* 訴え却下判決への原告控訴で、請求棄却すべきと判断した場合

・控訴棄却とすべき(通説・判例) ← 取消棄却とすべき[伊藤] ∴本案判決を得る意味で利益

【最判昭 60.12.17 民集 39-8-1821】却下判決への取消棄却判決(不利益ゆえ不許)

* 相殺の抗弁：§114-2 より既判力が生じるため、不利益変更禁止原則が適用される

・例：貸金請求に(主)公序良俗違反無効(予)相殺とし、一審は(予)で請求棄却

→原告のみ控訴：控訴審は(主)に理由ありと認めても、単に控訴棄却とする

∴原告は相殺に用いられた債権の消滅効を失う

・既判力が生じる部分

【最判昭 61.9.4 判時 1215-47】相殺の抗弁を認めた原判決への控訴審判決[S60 才 1563]

貸金請求→棄却(有効だが相殺)→X 控訴：認容(有効、自働債権なし)→Y：破棄自判・控訴棄却

「本件のように、請求債権が有効に成立したことを認めながら、被告の主張する相殺の抗弁を採用して原告の請求を棄却した第一審判決に対し、原告のみが控訴し被告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が請求債権の有効な成立を否定したときに、第一審判決を取消して改めて請求棄却の判決をすることは、民訴法一九九条二項に徴すると、控訴した原告に不利益であることが明らかであるから、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきであり、控訴審としては被告の主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、原告の控訴を棄却することとどめなければならない……本件では、第一審判決を右の趣旨において維持することとし、被告の本人控訴を棄却し、また被告の原審における請求の拡張部分を棄却すべきことになる」

・既判力が生じない部分について(相殺をもって対抗した額以外)

【最判平 6.11.22 民集 48-7-1355】明示的一部請求を超える部分での相殺[平 2 才 1146]

損賠請求(一部明示)→一審：一部認容(総額¥4,010,100 から未収代金¥965,000 相殺)→被告控訴棄却(総額¥4,850,100 から未収代金¥965,000 相殺、さらに¥610,000 の相殺も認めるが、それでも一審認容額より多いので、不利益変更禁止により棄却)→上告棄却

「一部請求において、確定判決の既判力は、当該債権の訴訟上請求されなかった残部の存否には及ばないとする

こと判例であり(最判昭 37.8.10)、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

困に対して「相殺ヲ以テ對抗シタル額」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残存額が一部請求の額を超えるときは、一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否については既判力を生じない。したがって、一部請求を認容した第一審判決に対し、被告のみが控訴し、控訴審において新たに主張された相殺の抗弁が理由がある場合に、控訴審において、まず当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額が第一審で認容された一部請求の額を超えるとして控訴を棄却しても、不利益変更禁止の原則に反するものではない」

* 不利益変更禁止の原則の例外 = 合一確定の必要性

・ 独立当事者参加訴訟：1.1.8.2.3-2 参照

【最判昭 48.7.20 民集 27-7-863】一部当事者の上訴と変更対象[前掲 S44 才 316]

【最判昭 50.3.13 民集 29-3-233】一部当事者の上訴[前掲 S48 才 699]

・ 固有必要的共同訴訟：1.1.8.1.4-5 参照

【最判平 22.3.16 民集 64-2-498】相続人の地位不存在確認請求[H20 才 999]

* 不利益変更禁止原則が適用されない場合

・ 訴訟要件

【最判平 15.11.11 判時 1842-31】原告控訴後の認容部分についての取消却下判決(肯定)

・ 処分権主義が適用されない訴訟類型

【最判昭 38.10.15 民集 17-9-1220】土地境界確定訴訟(不適用)[昭 37 才 938]

控訴審が境界確定訴訟で控訴側に不利な変更を不利益変更禁止の原則によりしなかったもの。

「境界確定訴訟にあつては、裁判所は当事者の主張に羈束されることなく、自らその正当と認めるところに従つて境界線を定むべきものであつて、すなわち、客観的な境界を知り得た場合にはこれにより、客観的な境界を知り得ない場合には常識に訴え最も妥当な線を見出してこれを境界と定むべく、かくして定められた境界が当事者の主張以上に実際上有利であるか不利であるかは問うべきではないのであり、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴一八六条の規定に違反するものではないのである（大連判大 12.6.2 参照）。されば、第一審判決が一定の線を境界と定めたのに対し、これに不服のある当事者が控訴の申立をした場合においても、控訴裁判所が第一審判決の定めた境界線を正当でないと認めるときは、第一審判決を変更して、自己の正当とする線を境界と定むべきものであり、その結果が控訴人にとり実際上不利であり、附帯控訴をしない被控訴人に有利であつても問うところではなく、この場合には、いわゆる不利益変更禁止の原則の適用はない」

【最判平 2.7.20 民集 44-5-975】離婚に伴う財産分与(不適用)[H2 才 695]

「人事訴訟手続法 15-1 の規定により離婚の訴えにおいてする財産分与の申立については、裁判所は申立人の主張に拘束されることなく自らその正当と認めるところに従つて分与の有無、その額及び方法を定めるべきものであつて、裁判所が申立人の主張を超えて有利に分与の額等を認定しても民訴法 186 の規定に違反するものではない……第一審判決が一定の分与の額等を定めたのに対し、申立人の相手方のみが控訴の申立をした場合においても、控訴裁判所が第一審の定めた分与の額等が正当でないと認めるときは、第一審判決を変更して、控訴裁判所の正当とする額等を定めるべきものであり、この場合には、いわゆる不利益変更禁止の原則の適用はない」

第3款 上告

1. 上告制度の意義及び目的について理解している。
 - ・ 意義：最終事実審の終局判決に対する、法律審への上訴
 - * 簡裁一審事件の上告：高裁にする（→最高裁への特別上告：§327-1）
 - * 地裁・家裁・高裁一審事件の上告：最高裁にする
 - ・ 主たる目的：誤った原判決についての当事者の救済
 - ・ 副次的目的(特に最高裁)：法令解釈の統一
2. 権利上告と上告受理申立て(裁量上告)の相違点を理解している。
 - ・ 権利上告：§312 列挙事由による上告 → 最高裁は必ず応答する義務を負う
 - ・ 上告受理申立て：最高裁に上告すべき場合に、原判決に法令の解釈に関する重要な事項が含まれることを理由として、当事者が最高裁に対し上告審として事件を受理するよう求める申立て → 上告理由の制限と合わせ、最高裁が法令解釈の統一のため審理できるようにするもの
 - * 受理されると、上告があったものとみなされる(§318-4)
 - * 上告理由は上告受理申立ての理由とならず(#2)、最高裁は重要でない理由は排除可(#3)
 - §318-1 上告をすべき裁判所が最高裁判所である場合には、最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは控訴裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる
 - ・ 上告と上告受理申立て：別個の手続であり、流用できない
 - 【最決平 12.7.14 判時 1720-147】期間後の上告から上告受理申立てへの変更訂正[H12 才 376]
 - 「上告人は、上告期間内に上告状を提出し、同期間経過後、上告理由書提出期間内に上告受理申立理由書を提出し、その後、先に提出した上告状を上告受理申立書に訂正する旨の上申書を提出した」「上告人が提出した上告状に上告受理の申立ての趣旨が含まれていると認めることはできず、上告と上告受理の申立てとは異なる申立てであるから、上告受理申立期間経過後に、先にした上告を上告受理の申立てに変更又は訂正することはできない」
3. 上告と上告受理申立ての提起の手続について条文を参照して説明することができる。
 - ・ 上告の提起(§314-1)：上告状を原裁判所に提出してする
 - * 必要的記載事項(§313→286-2)
 - * 上告状審査：原裁判所裁判長が必要的記載事項・印紙を審査する(控訴審では控訴審の裁判長) → 上告状却下命令(§314-2,313→288,289-2)
 - * 上告理由書提出(§315)：上告状に不記載なら原裁判所へ提出(#1)、方式(#2,則 190~195)
 - ∴ 上告審は事後審であって法律審ゆえ、上告理由は上告申立ての当否判断に不可欠
 - 口頭弁論を開く機会が限定されるため、予め上告理由を主張させる必要がある
 - * 原裁判所による上告却下決定(§316)
 - ・ 事由：上告が不適法で不備補正不可、上告理由書不提出、内容記載が§315-2 違反 → 上告理由にあたるものがなければ却下してよいが、上告受理申立てでは却下できない
 - 【最決平 12.7.14 判時 1723-49】原裁判所の上告却下決定[H12 才 547]
 - 「民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは、民訴法 312-1 又は 2 項所定の場合に限られるところ、本件上告状及び民訴規則一九四条所定の上告理由書提出期間内に提出された「上告理由書」と題する

書面には民訴法 312-1 及び 2 項に規定する事由の記載がないから、本件上告は不適法である。なお、記録によれば、原裁判所は、上告理由書提出期間経過後の平 12.3.14 付けで、上告人に対し、「この命令到達の日から一〇日以内に、先に提出した上告理由書につき、民事訴訟規則一九〇条規定の記載方法に補正することを命ずる。」旨の命令を発し、右命令は同月一六日に上告人に送達され、上告人は、同月二七日に「上告理由補正書」と題する書面を提出している。しかしながら、上告状及び民訴規則一九〇条規定の上告理由書提出期間内に上告人から提出された書面のいずれにも民訴法 312-1 及び 2 項に規定する事由の記載がないときは、その不備を補正する余地はないから、原裁判所は、民訴規則一九〇条一項規定の補正命令を発すべきではなく、直ちに決定で上告を却下すべきであり、原裁判所が右命令を発し上告人が右命令により定めた期間内に右事由を記載した書面を提出したとしても、これによって上告が適法となるものではない（上告却下）

【最決平 11.3.9 判時 1673-87】原裁判所の上告却下決定[H10 ク 646]

「民事事件について特別抗告をすることが許されるのは、民訴法 336-1 所定の場合に限られるところ、本件抗告理由は、違憲をいうが、その実質は原決定の単なる法令違反を主張するものであって、同項に規定する事由に該当しない。なお、本件本案事件についての上告の理由は、理由の不備をいうが、その実質は事実誤認を主張するものであって、明らかに民訴法 312-1 及び 2 項に規定する事由に該当しない。しかし、このような上告も、上告裁判所である最高裁判所が決定で棄却することができるにとどまり（民訴法 317-2）、原裁判所又は上告裁判所が民訴法三一六条一項又は三一七条一項によって却下することはできない」（上告却下決定→特別抗告棄却）

【最決平 11.3.9 判時 1673-67】原裁判所の上告却下決定[H11 許 8]

高裁が上告受理申立てに対して、§318-1 不該当を理由に上告受理申立て却下決定をしたが、「上告受理の申立てに係る事件が同項の事件に当たるか否かは、上告裁判所である最高裁判所のみが判断し得る事項であり、原裁判所は、当該事件が同項の事件に当たらないことを理由として、同条五項、同法三一六条一項により、決定で当該上告受理の申立てを却下することはできない」（上告受理申立て却下決定→許可抗告：破棄）

- * 事件の送付(則 197) → 上告提起通知書・上告状の当事者への送達(則 189)
- ・ 上告受理申立て(§318-5、則 199)：期間、方式、手続、理由書提出等は上告に同じ
- ・ 附帯上告(§313→293)、附帯上告受理申立て(§318-4→313→293)
 - * 上告に対する附帯上告受理申立て、上告受理申立てに対する附帯上告：許されない

【最決平 11.4.23 判時 1675-91】同旨(上告受理申立てに対する附帯上告の事案だが両方否定)

- * 時期：上告理由と別個の理由に基づく場合は、上告についての上告理由書の提出期間内に附帯上告状及び附帯上告理由書を提出することを要する(則 194)

【最判昭 38.7.30 民集 17-6-819】附帯上告の提起できる時期[S37 才 963]

「附帯上告を提起しうる時期については、民訴法 396 により、同法 372 が準用されているので、附帯上告は、それが上告理由と同一の理由に基づくか否かを問わず、上告審の判決があるまで（上告審で口頭弁論が開かれたときは、その終結に至るまで）提起することが許されるものと解しうるように見えるが、上告理由書の提出の期間が上告受理通知書の送達を受けた日から五〇日とされている（民訴規則第五〇条）こととの権衡上、附帯上告が上告理由と独立した別個の理由に基づくものであるときは、当該上告についての上告理由書の提出期限内に原裁判所に附帯上告状を提出し、かつ、それまでに附帯上告理由書を提出することを要する」（附帯上告却下）

【最判平 3.6.18 金判 878-36】同旨(撤回された上告理由同旨でも撤回後なら附帯上告却下)

- * 附帯上告受理申立て：独立附帯上告受理申立てでない限り、不受理で失効する

【最決平 11.4.8 判時 1675-93】同旨[H10 受 475,476]

「上告受理の申立てに対して附帯上告受理の申立てがされた場合において、上告受理の申立てにつき事件を上告審として受理しない旨の決定がされたときは、同法三一八条五項、三一三条、二九三条二項により、附帯上告受

理の申立ては、それが上告受理の申立ての要件を備えるものでない限り、その効力を失う」

・ 上告の要件

①原裁判が上告を許すものであること(§311)

【最判平 7.2.23 判時 1524-134】ネスレ日本・日高乳業（第一）事件[H4 行ツ 119]

不当労働行為救済命令取消請求への補助参加申立→終局判決中で却下→控訴棄却→上告却下(本来、決定で却下すべきで、不服申立ては即時抗告となる)

「原審は、本来決定で裁判すべき事項につき判決で裁判したものであるが、本来の手続きである決定よりも慎重な手続である判決により判断を示したことによって当事者に不利益を与えるような事情は認められないのであるから、この点だけをとりえて原判決を破棄すべきものとはいえない。また、右控訴棄却の判決に対して法定の上告期間内にされた上告は、原審の採った判決という裁判の形式に応じてされたものであるから、不服申立ての形式や不服申立期間の遵守に関しては適法というべきである。しかし、原審が判決という形式を採って判断したからといって、本来当審の審理の対象とならない事項についてまで当審が審理判断すべきこととなると解すべき理由はない。そうすると、結局、右上告についての当審の審理の対象は、補助参加の申立てを却下すべきであるとした原審の判断について本来当審として審理判断し得る事項である民訴法四一九条ノ二所定の抗告理由の有無の範囲にとどまる」→理由はすべて法令違反の主張ゆえ、不適法で上告却下

②上告提起が適式かつ有効であること(§314,313)

③上告機関の遵守(§313→285)：2週間

④上告の利益があること

【最判昭 45.1.22 民集 24-1-1】取消差戻し判決への控訴人の上告の利益[前掲 S42 才 867]

「上告人の被上告会社に対する本件主位的請求および予備的請求のうち、清算人関口愛子を解任し、関口昌三を清算人に選任する旨の決議に関する部分については、原審において第一審判決を取消し、これを大阪地方裁判所に差し戻す旨の判決をしている。控訴審において、第一審判決を取り消し、事件を第一審に差し戻す旨の判決があつた場合に、差戻を受けた第一審は、裁判所法四条の定めるところにより、右判決の取消の理由となつた法律上および事実上の判断に拘束されるのであるから（最判昭 30.9.2 参照）、同条所定の拘束力が生ずる取消の理由となつた控訴審判決の判断に不服のある控訴人は、右判決に対して上告をする利益を有し右判断の違法をいうことができるのであるが、控訴人において右判決の理由に不服があつても、これが取消の理由に対するものでない場合には、右控訴人は右判決に対し上告の利益を有しない……論旨は、原判決の違法をいうが、いずれも、原審が第一審判決を取り消す理由とした同条所定の拘束力のある判断の違法をいうものではないから、上告人の被上告会社に対する請求中清算人関口愛子を解任し、関口昌三を清算人に選任する旨の決議に関する部分については、上告適法の理由とすることができない」（上告理由の一部を排斥）

⑤上告理由書の提出(§315)：不提出だと、原裁判所が上告却下決定(§316-1:2)

⑥上告理由の主張があること → 4 参照

⑦上告の障害事由のないこと

- ・ 不上告合意・上告権放棄のないこと
- ・ 重複上告のないこと

【最判昭 60.4.12 金判 729-38】固有必要的共同訴訟で共同訴訟人上告提起後の上告(却下)

【最判平 1.3.7 判時 1315-63】上告補助参加人の上告提起後の上告(却下)

【最決平 23.2.17 家月 63-9-57】類似必要的共同訴訟で共同訴訟人上告提起後の上告(却下)

- ・ 上告権の濫用にあたらぬこと

【最判平 6.4.19 訟月 41-6-1401】 上告権の濫用[前掲平 5 行ツ 180]

審決(特許出願拒絶査定に対する審判請求の審判不成立審決)取消請求→一審(高裁)：棄却→上告：却下一審敗訴後、自ら特許出願を取り下げて訴えの利益がなくなったとして却下を求めて上告した。

「特許出願の拒絶査定を是認する審決に対し取消訴訟が提起され、その係属中に特許出願の取下げがされると、その審決で審判の対象となった特許出願自体が初めから存在しなかったことになるのであるから、特許出願人は、右審決の取消しを求めるにつき法律上の利益を失うに至るものである。上告人は、前示のとおり、原判決の言渡し後に特許出願を取り下げることにより、自らこのような状態を現出させた上で、訴えの利益を失ったことを理由として、原判決を破棄して訴えを却下することを求めて本件上告をしたものであるが、このような上告は上訴制度の本来予定しないところであって、本件上告は、上訴権の濫用に当たるものとして不適法であり、その欠缺を補正することができないものというべきである」

- ・ 上告提起の効果：確定遮断効(§116-1)、移審効
- ・ 上告裁が高裁の場合の最高裁への移送決定(§324、則 203)
 - * 憲法その他の法令の解釈につき、高裁の意見が最高裁判例(なければ大審院・高裁判例)と相反するとき → 決定で最高裁に移送しなければならない
- 4. 上告理由の種類について条文を参照して説明することができる。
 - ・ 上告理由(§312)
 - * 憲法の解釈の誤りその他の憲法違反(#1)
 - ・ 判決の結論への影響は必要か：不要(通説) ∴ 文理上要求されていない ← 必要(有力)
 - §312-1 上告は、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、することができる
 - * 絶対的上告理由(#2)：一定の重大な手続違背 → 判決の結論への影響の有無によらない
 - ・ 1号：裁判官の資格・任命手続を欠く、合議体裁判所に欠員、直接主義違反など
 - ・ 2号：除斥原因・忌避の裁判がされた裁判官の関与(評議・判決原本の作成への関与)
 - ・ 4号：氏名冒用訴訟で被亡容赦が上訴する場合に類推適用
 - #2 上告は、次に掲げる事由があることを理由とするときも、することができる。ただし、第四号に掲げる事由については、§34-2(§59において準用する場合を含む。)の規定による追認があったときは、この限りでない
 - 一 法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと
 - 二 法律により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したこと
 - 二の二 日本の裁判所の管轄権の専属に関する規定に違反したこと
 - 三 専属管轄に関する規定に違反したこと(第六条第一項各号に定める裁判所が第一審の終局判決をした場合において当該訴訟が同項の規定により他の裁判所の専属管轄に属するときを除く。)
 - 四 法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いたこと
 - 五 口頭弁論の公開の規定に違反したこと
 - 六 判決に理由を付せず、又は理由に食違があること
 - * 判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反(#3)：高裁に限るが、職権破棄ができる
 - ・ 法令=法律、条約、政令、裁判所規則、条例、慣習法等ゆえ、経験則違反もここに含む
 - ・ 違反=無効法令の適用、適用すべきでない法令の適用、法令解釈の誤り、法令適用の誤り
 - ・ 判決に影響を及ぼすことが明らかな=法令違反がなければ判決の結論が異なったという蓋然性
 - #3 高等裁判所にする上告は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とするときも、

することができる

【最判平 13.2.13 判時 1745-94】 上告理由の制限(#3)は合憲

* #2 に列挙されない再審事由(§338-1) : 上告受理申立ての理由にとどまる(有力)

【最判昭 38.4.12 民集 17-3-468】 書証偽造の有罪判決確定と上告理由[S37 才 15]

「民訴四二〇条一項六号二項によれば、文書その他の物件が偽造または変造せられたことの有罪判決が確定したときは、その文書または物件を証拠とした民事判決が既に確定した後でも、当該判決を為した裁判所に対し再審の訴により新に審理を求めることができる。ただし、当事者が上訴によりその事由を主張したときまたはこれを知つて主張しなかつたときはこの限りでない旨を規定するが、右規定の趣旨に徴すれば、当該判決が控訴判決であつて、これに対し上告がなされたときは、上告人は前記の理由によつて控訴判決を破棄し、控訴裁判所において新に審理すべきことを求めうるものと解すべきである（大判昭 9.9.1 参照）。本件において、原判決の証拠となつた文書が偽造せられたものとして偽造者につき有罪の判決が確定したこと前示のとおりであるから、原判決を破棄し、右事実を斟酌してさらに審理判断せしめるため、本件を原審に差し戻すことを要するものというべきであり、論旨はこの点において理由がある」（約束手形金請求→認容／棄却／破棄差戻し、約束手形偽造）

【最判平 15.10.31 判時 1841-143】 行政処分の変更と職権破棄[H14 行ヒ 200]

「本件のように、特許を取り消すべき旨の決定の取消請求を棄却した原判決に対して上告又は上告受理の申立てがされ、上告審係属中に当該特許について特許出願の願書に添付された明細書を訂正すべき旨の審決が確定し、特許請求の範囲が減縮された場合には、原判決の基礎となつた行政処分が後の行政処分により変更されたものとして、原判決には民訴法 338-1:8 に規定する再審の事由がある。そして、この場合には、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があつたものというべきである（最判昭 60.5.28 参照）。」（破棄差戻し）

・ 上告受理申立て理由(§318)

* 先例がなく、新たに法令解釈について最高裁の判例を示すべき場合

* 最高裁の従前の判例を変更すべき場合

* 高裁の誤った法令解釈を是正すべき場合

* 経験則違反

【最判昭 36.8.8 民集 15-7-2005】 経験則違反(審理不尽・理由不備の違法)[S35 才 686]

「時価一五一万九千余円のものがか金一〇万円で売買されたこととなる。このように時価と代金が著しく懸絶している売買は、一般取引通念上首肯できる特段の事情のない限りは経験則上是認できない事柄である。そして、原判決判示の事情および原判決の引用する一審判決判示の事情だけでは、被告人は原告人から本件家屋を金一〇万円で買受けた旨の原判決を、一般取引通念上たやすく首肯することはできない。原判決は、よろしく、右鑑定の結果ならびに右回答書の記載を措信できるか否か、および買戻の特約があるために特に代金を低廉に定めたものであるか否かなど一般取引通念上是認できる特段の事情について審理判断を加うべきであるにかかわらず、原判決は上記事情を認定しただけで、たやすく、本件家屋の売買は代金が低廉に過ぎ仮装のものであるとの原告人の主張を排斥したのは、審理不尽、理由不備の違法があるといわなければならない」（破棄差戻し）

【最判平 16.2.26 判時 1853-90】 経験則違反の例(公正証書遺言無効確認請求)

5. 上告審の法律審としての性格を理解している。

・ 上告審の審理：法律審かつ事後審 → 原判決の当否を、原則として原審における裁判資料のみに基づいて、法令の解釈適用について審査する

* 調査の範囲は不服申立ての範囲(§320)

・ 原判決の確定した事実の拘束(§321-1)、跳躍上告の場合の破棄理由制限 (#2)

←§320,321につき、職権調査事項は例外(§322)

※手続上の過誤：職権調査事項以外は主張のあったもののみ審査

※判断上の過誤：法の解釈・適用は裁判所の職責ゆえ、当事者の上告理由に拘束されない
(上告理由不拘束の原則)

* 訴えの変更、反訴、独立当事者参加申出、中間確認の訴え等はやできない

* 書面審理の原則：法律審

→口頭弁論を経ない上告棄却判決も許される(§319)

・ 原判決破棄は口頭弁論が必要(§87)、但し、訴え却下等で口頭弁論を経ない判決がある

【最判平 14.12.17 判時 1812-76】口頭弁論を経ない破棄判決[H13 行ツ 205 等]

控訴審で追加された予備的請求が主位的請求と重複するため不適法であったもの(原審棄却→破棄自判・却下)
「上告人の予備的請求に係る訴えは、上記のとおり不適法でその不備を補正することができないものである。このような訴えについては、民訴法140条が第1審において口頭弁論を経ないで判決で訴えを却下することができるものと規定しており、この規定は上告審にも準用されている(民訴法313,297)。したがって、当裁判所は、口頭弁論を経ないで上告人の予備的請求に係る訴えを却下する判決をすることができる。そして、これらの規定の趣旨に照らせば、このような場合には、訴えを却下する前提として原判決を破棄する判決も、口頭弁論を経ないですることができる」

【最判平 19.5.29 判時 1978-7】同旨(横田基地事件、将来の損賠請求)

「被上告人らの本件訴えのうち将来生ずべき損害の賠償請求に係る部分は、上記のとおり不適法でその不備を補正することができないものであるから、口頭弁論を経ないで判決をすることとする(最判平14.12.17参照)。」

【最判平 18.9.4 判時 1948-81】同旨(一身専属権の原告死亡による訴訟終了宣言)

【最判平 19.1.16 判時 1959-29】同旨(絶対的上告事由該当による破棄差戻し)

「民訴法319及び140(同法313及び297により上告審に準用)の規定の趣旨に照らせば、上告裁判所は、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決をした裁判官として署名押印していることを理由として原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す旨の判決をする場合には、必ずしも口頭弁論を経ることを要しない」

【最判平 19.3.27 民集 61-2-711】同旨(光華寮事件、中断事由の看過による破棄差戻し)

「訴訟手続の中断は、中断事由の存在によって法律上当然に生ずるものであり、代表権の有無のような職権探知事項については、裁判所が職権探知によって中断事由の存否を確認することができるのであるから、民訴法319条及び140条(同法313条及び297条により上告審に準用)の規定の趣旨に照らし、上告審において職権探知事項に当たる中断事由が存在することを確認して原判決を破棄するについては、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当である(最判平18.9.4参照)」

6. 上告審の終局判決の種類について説明することができる。

・ 上告却下決定(§317-1)：§316-1の事由がある場合

・ 上告棄却決定(§317-2)：最高裁のみ、明らかに上告理由がないとき

§317-2 上告裁判所である最高裁判所は、上告の理由が明らかに第三百十二条第一項及び第二項に規定する事由に該当しない場合には、決定で、上告を棄却することができる

・ 上告棄却判決(§319)：原判決正当 = 上告に理由がない / 他の理由で維持(§313→302-2)

・ 原判決破棄

* 破棄事由

・ 必要的破棄(§325-1)：§312の上告理由がある場合

§325-1 §312-1 又は#2 に規定する事由があるときは、上告裁判所は、原判決を破棄し、次条の場合を除き、事件を原裁判所に差し戻し、又はこれと同等の他の裁判所に移送しなければならない。高等裁判所が上告裁判所である場合において、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときも、同様とする

・裁量的破棄(§325-2)：判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反のあるとき

→上告理由(§312)がなくても、職権調査で判明すれば破棄できる

※「できる」は上告理由がなくても破棄できるの意で、要件が認められれば破棄する必要あり

#2 上告裁判所である最高裁判所は、第三百十二条第一項又は第二項に規定する事由がない場合であっても、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときは、原判決を破棄し、次条の場合を除き、事件を原裁判所に差し戻し、又はこれと同等の他の裁判所に移送することができる

* 破棄判決の内容

・破棄差戻し・破棄移送(§325)：原則 法律審(新たな事実審理はできない)

※移送：原判決に関与した裁判官の排除(#4)により、原裁判所差戻しが不適當な場合のため

→高裁支部の事件を本庁に移すのは、差戻しであって移送ではない

・破棄自判(§326)

→原判決が法の解釈適用を誤っており、確定事実に法を正しく適用すれば足りる場合

→破棄自判+控訴却下・控訴棄却・控訴認容=取消差戻/取消移送/取消自判となる

→却下する場合(司法権の埒外等)：当事者適格等の訴訟要件欠缺に類推適用

7. 差戻し(又は移送)後の手続について説明することができる。

・破棄判決後の審理(→口頭弁論の続行となる)、破棄判決の拘束力(§325-3)

§325-3 前二項の規定により差戻し又は移送を受けた裁判所は、新たな口頭弁論に基づき裁判をしなければならない。この場合において、上告裁判所が破棄の理由とした事実上及び法律上の判断は、差戻し又は移送を受けた裁判所を拘束する

* 法律上の判断の拘束力：認定事実が変わったら妥当しない場合もある

【最判昭 43.3.19 民集 22-3-648】法律上の判断の拘束力[S40 才 856]

上告審が民 94-2 類推の適用を認めて差し戻したが、控訴審が事実認定を改め、94-2 類推の判断をせずに判決したもの(所有権確認等請求→棄却→棄却→破棄差戻し→取消認容→破棄差戻し→棄却→棄却)

「右上告審判決の判断が差戻を受けた原裁判所を拘束する効力は、右の破棄の理由となつた範囲でのみ、すなわち、同一の確定事実を前提とするかぎり、被告人野々村および同米坂が善意であることが認められるならば、民法九四条二項の類推適用を否定することは許されないという限度でのみ、生ずる……したがつて、差戻後の原裁判所は、差戻前の審理に引続いてなお事件全般にわたつて事実の審理をなしうることは当然であるが、上告審判決が破棄理由の基礎として用いた確定事実関係についても、その事実の確定自体の当否は上告審の判断を経ているものではなく、また、訴の本案たる事実に関する判断が民訴法四〇七条二項但書にいう「事実上の判断」に含まれるものともいえない(最判昭 36.11.28)ため、何ら拘束力は生じていないと解されるのであるから、原審が再度の審理によつて差戻前と異なる事実を認定することを妨げられるものではなく、その場合には、上告審の破棄理由たる判断と異なる法規の適用を行なう結果となつても、違法とされるものではない。さらに、右のとおり、上告審の破棄理由たる判断は、同一確定事実については民法九四条二項の類推適用を否定しえないという限度でのみ拘束力を有するのであるから、差戻前の原判決と同一の認定事実を前提としても、右法条の適用のほかに、別個の法律の見解が成り立ちうる場合には、差戻後の原審が、右法条の適用を主張する前示被告人らの抗弁について判断を示すことなく、他の法律上の見解に立つて、上告人の請求を棄却することも許される……右抗弁について判断せず、前記のような判断によつて結局上告人の請求を棄却した原判決の措置が、上告審判決の

右拘束力に違反したものとはいえない」

【最判昭 46.10.19 民集 25-7-952】 差戻上告審への拘束力(→自縛力)[S44 才 1182]

「上告審裁判所は、下級審裁判所が上告審裁判所の破棄理由とした法律上の判断に従つてした判決に対する再度の上告事件につき審判する場合には、その差戻判決に示された右判断に拘束され、その下級審裁判所の判決を違法視することは許されない（最大判昭 25.10.25、最判昭 28.5.7 参照）から、当裁判所は、第二小法廷の右見解に従つてした原判決の右判断を違法視することはできない……上告理由第二点は、第二小法廷が破棄理由とした右法律上の判断の違法をいうに帰するから、その論旨は、採用することができない」

* 事実上の判断の拘束力：職権調査事項につき上告審がした判断のみ

【最判昭 36.11.28 民集 15-10-2593】 事実上の判断の範囲[S35 才 571]

「上告審は原審の適法に確定した事実を羈束されることは民訴四〇三条の明定するところであるから、同法四〇七条二項にいわゆる「事実上の判断」とは、職権調査事項につき上告審のなした事実上の判断だけを指すもので、訴の本案たる事実に関する判断を含まない……もし同条同項の「事実上の判断」を所論のように解するならば、差戻前の控訴審において確定した事実は差戻後の控訴審を羈束することとなり、民訴法の精神に反すること明白である。されば、原判決において、挙示の証拠により、上告人ら三名が被上告人に対し各その相続分に応じ原判示二八一、五〇〇円の六分の一の金員の支払義務がある旨認定判断したことは、差戻前の本件判決に対する所論当審判決と何ら抵触するものでない」

第4款 抗告

1. 抗告の意義と種類を理解している。

- ・ 意義：決定又は命令に対する上訴
- ・ 種類
 - * 通常抗告
 - * 即時抗告
 - * 再抗告(§330)：抗告裁判所の決定に対する抗告
 - ・ 最高裁にはできない ∴ 裁 7:2 の「特に定める抗告」は特別抗告・許可抗告だから
 - 実際は簡裁の決定・命令 → 地裁へ抗告 → 高裁へ再抗告のパターンしかない
 - * 特別抗告(§336)：特別上訴の一種(上訴ではない)

§336-1 地方裁判所及び簡易裁判所の決定及び命令で不服を申し立てることができないもの並びに高等裁判所の決定及び命令に対しては、その裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、最高裁判所に特に抗告をすることができる

* 許可抗告(§337)：法令違反を理由とした最高裁への抗告を認めるもの ∴ 法令解釈の統一

2. 通常抗告と即時抗告の異同を理解している。

- ・ 通常抗告：抗告期間の限定のない抗告(取消の利益がある間はいつでも提起可能)
- ・ 即時抗告：一定の期間内にのみ提起できる抗告
 - * 期間：民訴法上は1週間(§332)、家事事件手続法 86-1・破産法 9 などは2週間
- ・ 執行停止の効力(§334)：即時抗告のみ(#1)、通常抗告は抗告裁等の裁量で停止できる(#2)
§334-1 抗告は、即時抗告に限り、執行停止の効力を有する
#2 抗告裁判所又は原裁判をした裁判所若しくは裁判官は、抗告について決定があるまで、原裁判の執行の停止その他必要な処分を命ずることができる

3. 抗告の対象となる裁判の範囲の概要を説明することができる。

- ・ 抗告の対象(§328)
 - * 口頭弁論を経ないで訴訟手続に関する申立てを却下した決定・命令(#1)
 - ・ 必要的口頭弁論は除く(§143-3：訴えの変更不許決定等は終局判決への控訴等による)
 - ・ 不服申立てが禁止されていないこと(§10-3,25-4 等禁止されているものがある)
 - * 違式の裁判(#2)：決定又は命令で裁判できないのに、決定又は命令で裁判をしたもの
 - * 抗告を許す旨の個別の規定がある場合
- ※受命裁判官等の裁判(§329)：受訴裁に異議申立てをし、その裁判に抗告する
- ・ 抗告の手續：抗告権者 = 原裁判によって法律上の利益を害される者
 - * 抗告状を原裁判所に提出する(§331→286-1) ※附帯抗告や抗告取下げも可能
 - * 再度の考案(§333)：原裁判をした裁判所／長は抗告理由ありと思えば裁判を更正する
 - * 抗告裁判所への事件送付(則 206)
- ・ 抗告審の審理：任意的口頭弁論、抗告人その他利害関係人の審尋ができる(§335)
- ・ 抗告審の裁判：抗告却下、抗告棄却、取消自判・取消差戻し
- ・ 再抗告(§330)

* 理由：憲法違反、決定に影響を及ぼすことが明らかな法令違反に限る

§330 抗告裁判所の決定に対しては、その決定に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること、又は決定に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とするときに限り、更に抗告をすることができる

* 申立て期間：再抗告の対象たる決定の内容が通常・即時抗告のいずれによるべきかで決定

【最決平 16.9.17 判時 1880-70】再抗告の申立期間[H16 ク 545]

再審請求：却下→抗告：取消棄却→再抗告：取消→特別抗告：破棄自判・再抗告却下

「再抗告の申立て期間については、再抗告の対象となる決定の内容が即時抗告又は通常抗告のいずれの抗告によるべき性質のものであるかにより、即時抗告期間内に申し立てなければならないか否かが定まる……本件再抗告の対象たる原々決定は、再審請求を棄却した決定であり、仮にこの決定が再審裁判所でされたものであるとすれば、それに対する不服申立ては、民訴法345条2項、347条により即時抗告によるべきであり、したがって、原々決定の内容は即時抗告によるべき性質のものであるから、本件再抗告は、同法332条所定の即時抗告期間内に申し立てなければならない……相手方の本件再抗告の申立ては、前記のとおり、相手方が原々決定の決定正本の送達を受けた日から1週間経過後、すなわち、上記即時抗告期間経過後にされたものであることが明らか……追完を認めるべき事情も記録上何らうかがわれない本件においては、相手方の本件再抗告は不合法」

4. 最高裁判所に対する許可抗告について説明することができる。

・許可抗告(§337)

* 対象(#1)：高裁の決定・命令 ← 再抗告審の裁判、許可抗告申立てに対する裁判、

§337-1 高等裁判所の決定及び命令（§330の抗告及び次項の申立てについての決定及び命令を除く。）に対しては、前条第一項の規定による場合のほか、その高等裁判所が次項の規定により許可したときに限り、最高裁判所に特に抗告をすることができる。ただし、その裁判が地方裁判所の裁判であった場合に抗告をすることができるものであるときに限る

・地裁の裁判とした場合に抗告の対象とならない裁判を除く

【最決平 22.8.4 家月 63-1-99】人身保護請求棄却決定への許可抗告(却下)[H22 許 7]

人身保護請求棄却決定→許可抗告：却下（特別抗告もあったが、こちらは棄却された）

「人身保護法による釈放の請求を却下又は棄却した地方裁判所の決定については、これに対する不服申立てについて人身保護法及び人身保護規則に特段の規定が置かれておらず、人身保護法による釈放の請求を却下又は棄却した高等裁判所の決定は、許可抗告の対象とはならないというべきである（民訴法337条1項ただし書）」

* 申立期間：告知から5日の不変期間内(§337-6→336-2)

* 許可抗告事由(#2)：最高裁判例等と相反する判断その他法令解釈に関する重要な事項

§337-2 前項の高等裁判所は、同項の裁判について、最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは抗告裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある場合その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合には、申立てにより、決定で、抗告を許可しなければならない

* 手続：原裁判所へ許可抗告申立書の提出(§337-6→313→286)

→原裁判所の許可(§337-2)、理由の排除(§337-6→318-3)、みなし抗告(§337-4)

→最高裁の裁判(§337-5)：裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反が必要

第5款 特別上訴

1. 特別上告と特別抗告の意義を理解している。

- ・ 意義：通常の不服申立て方法がないか、尽きた裁判について、憲法違反を理由として、最高裁に提起する非常の不服申立て方法

∴ 憲法違反がある場合、憲 81 より最高裁による憲法判断を受ける機会の保障

* 非常手続なので、確定遮断効がない(§116)

- ・ 特別上告(§327)：理由(#1)、準用(#2→上告・上告審の規定)

§327-1 高等裁判所が上告審としてした終局判決に対しては、その判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに限り、最高裁判所に更に上告をすることができる

- ・ 特別抗告(§336)：理由(#1)、5日以内(#2)、準用(#3→§327-1,上告審の規定,334-2)

§336-1 地方裁判所及び簡易裁判所の決定及び命令で不服を申し立てることができないもの並びに高等裁判所の決定及び命令に対しては、その裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、最高裁判所に特に抗告をすることができる

* 理由が形式的に憲法違反だが、実質は法令違反の主張にすぎない場合の処理

【最決平 21.6.30 判時 2052-48】特別抗告の原裁判所による却下[H21 許 9]

特別抗告→原裁判所による却下 = 「上記特別抗告の理由は、実質的には法令違反をいうものにすぎず、民訴法 336 条 1 項に規定する事由に該当しない」としたもの→許可抗告：破棄

「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、それが実質的には法令違反の主張にすぎない場合であっても、最高裁判所が当該特別抗告を棄却することができるにとどまり(民訴法 336-3, 327-2, 317-2), 原裁判所が同法 336-3, 327-2, 316-1 によりこれを却下することはできない」

* 職権破棄もできる(§327-2→325-2)

【最判平 18.3.17 判時 1937-87】特別上告での職権破棄の例[H17 テ 21]

貸金等請求→(簡裁)棄却?→(地裁)認容→上告棄却→特別上告：(原審)破棄自判、(原々審)破棄差戻し
→上告理由を法令違反で不該当としつつ、職権による検討で破棄したもの

第2節 再審

第1款 再審

1. 再審の意義を理解している。
 - ・ 意義：確定した終局判決に対して、法定の事由を理由として、その判決を取り消し、事件についての再度の審判を行うことを求める、非常の不服申立て方法(確定効消滅及び再審判の請求)
 - * 再審事由の有無の審理(形成訴訟) ⇒ 事件についての再度の審判、の二段階
2. 再審事由の種類を上告理由と比較しながら条文を参照して説明することができる。
 - ・ 再審事由(§338-1)
 - * 性質 = 限定列挙 → 類推適用はできない

【最判昭 29.4.30 集民 13-723】再審事由の性質(限定列挙)[S27 才 393]

建物除去土地明渡請求→認容→棄却：再審請求→棄却→棄却→棄却

「再審は民訴 420-1 に列挙された事由に限って許されると解すべきである。蓋し一旦判決が確定した以上これによる解決を尊重し、紛争の蒸し返しを認めないことを原則とするのであるが、飽くまでもこの原則を貫くときは具体的正義の要求に背馳する場合もあり得るので、特に特定の事由ある場合に限って例外としてその判決の取消と事案の再審判を求め得ることとしたのが、再審制度の認められている所以であり、民訴はその例外たる事由として 420-1 一号乃至一〇号を列挙したのであつて右事由は単なる例示的なものと解し得ないからである」

* 1,2 号：裁判所の構成の違法

- 一 法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと
- 二 法律により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したこと

* 3 号：当事者の訴訟追行の障害

→確定判決の効力を及ぼすことが手続保障の観点から看過できない場合にまで拡張

三 法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いたこと

【最判平 4.9.10 民集 46-6-553】後掲（7 歳児童への送達：無効）

【最決平 19.3.20 民集 61-2-586】補充送達で事実上の利害関係がある者の受領[H18 許 39]

貸金請求訴訟（同居義父が受取。義父宛貸金を本訴原告が連帯保証だが、原告主張によれば義父が勝手に押印していた、判決に代わる調書は付郵便送達で返戻。）→再審請求：棄却→抗告棄却→許可抗告：破棄差戻し

○補充送達の有効性：その訴訟に関して受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には、当該同居者等に対して上記書類を交付することによって、受送達者に対する送達の効力が生ずる」から肯定

○再審事由の有無「本件訴状等の送達が補充送達として有効であるからといって、直ちに民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由の存在が否定されることにはならない。同事由の存否は、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか否かの観点から改めて判断されなければならない。すなわち、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合において、実際にもその交付がされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に関与する機会を与えられたことにならない……当該同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が実際に交付されず、そのため、受送達者が訴訟が提起されていることを知らないまま判決がされたときには、当事者の代理人として訴訟行為をした者が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由がある」

【最判平 5.9.9 民集 47-7-4939】心裡留保類推による代表権欠缺の主張[H3 才 1765]

立替金等請求：認容確定→前訴被告再審請求：却下→取消差戻し→破棄自判・控訴棄却（前訴当時の再審原告代表者が、再審被告と通謀して、真実に反して請求原因事実を自白したもので、第三者図利を相手方が知っていたか

ら、授權欠缺であるとして原審は再審を認めた)

「訴訟の当事者である株式会社の代表者として訴訟行為をした者に代表権があった場合には、右代表者が自己又は第三者の利益を図る意思で訴訟行為をしたときであっても、民法四二〇条一項三号の事由があるものと解することはできず、この理は、相手方において右代表者の意思を知り又は知り得べきであったとしても同様……けれど、株式会社の代表者は、法に特別の規定がある場合を除き、当該会社の営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する（商法 261-3,78-1）のであり、その代表権限は、右代表者の裁判上の行為をする際の意味又は当該行為の相手方における右代表者の意思の知不知によって消長を来すものではないからである」

【最判平 7.11.9 判時 1557-74】無権代理人の後見人就職後の再審請求[H4 才 735]

損害請求(禁治産者の後見人が就職前に無権代理で訴訟提起したが敗訴、後見人に就職して再審請求)→再審請求：棄却→棄却→破棄自判・取消自判・原事件確定判決取消・却下（原審は信義則違反とした）

「前訴の訴え提起及び弁護士への訴訟委任は、何らの権限のないセツ子が上告人のために行った無権代理行為であり、上告人本人は、セツ子がこのような行為をするについて何ら関与するところがなかったのであるから、前訴の提起及び弁護士への訴訟委任は本来その効力を生じ得ないものといわなければならない、たとえ原判決挙示のような事情があったとしても、その説示するように、前訴におけるセツ子の訴訟行為がその後見人就職とともに有効となるとすることはできない。ただし、訴訟行為は、私人である当事者の行為であっても、裁判所が公権的に法律関係を確定するために行う審理裁判の基礎を構成するものであり、民事訴訟法が、無権代理人の訴訟行為が効力を生じる場合として、追認がされた場合のみを明文で規定している趣旨に照らせば（同法五四条参照）、訴訟行為をした無権代理人が本人の後見人に就職したからといって、もともと私的権利義務関係の調整に係る法理である信義則をそのまま用いて、追認がされた場合と同じく有効となるとすることは相当でないからである。また、家庭裁判所の審判によって選任された後見人は、禁治産者の正当な利益を図るべき公的な責務を有しているのであり、家庭裁判所の審判により上告人の後見人に就職したセツ子において前訴の訴訟行為の無効を主張してした本件再審の訴えの提起は、後見人としてのこのような責務に基づく所為であることも看過されてはならない事柄である」

【最決平 25.11.21 民集 67-8-1686】第三者効のある場合の再審請求[H24 許 43]

新株発行無効(認容)→第三者 X による再審請求：棄却→抗告棄却→許可抗告：破棄差戻し

会社 Y1 の代取 X が新株予約権を行使後解任され、株主 Y2 のした Y1 宛(主)新株発行不存在確認(予)新株発行無効で、Y1 が自白するなどしたため(予)認容→X が独立当事者参加して再審請求したもの

「新株発行の無効の訴えは、株式の発行をした株式会社のみが被告適格を有するとされているのであるから（会社法 8 3 4 条 2 号）、上記株式会社によって上記訴えに係る訴訟が追行されている以上、上記訴訟の確定判決の効力を受ける第三者が、上記訴訟の係属を知らず、上記訴訟の審理に関与する機会を与えられなかったとしても、直ちに上記確定判決に民法 3 3 8 条 1 項 3 号の再審事由があるということとはできない。しかし、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を追行しなければならないのであり（民法 2 条）、とりわけ、新株発行の無効の訴えの被告適格が与えられた株式会社は、事実上、上記確定判決の効力を受ける第三者に代わって手続に関与するという立場にもあることから、上記株式会社には、上記第三者の利益に配慮し、より一層、信義に従った訴訟活動をすることが求められるところである。そうすると、上記株式会社による訴訟活動がおよそいかなるものであったとしても、上記第三者が後に上記確定判決の効力を一切争うことができないと解することは、手続保障の観点から是認することはできないのであって、上記株式会社の訴訟活動が著しく信義に反しており、上記第三者に上記確定判決の効力を及ぼすことが手続保障の観点から看過することができない場合には、上記確定判決には、民法 3 3 8 条 1 項 3 号の再審事由があるというべき」X は前訴係属前から新株発行の有効を主張しており、前訴継続を知れば参加したことが明らかでそれを Y1 はそれを認識していたのに、Y2 の請求を争わず、それを助けているし、X に知らせてもいない。「その結果、抗告人は、前訴に参加するなどして本件株式発行の無効を求める請求を争う機会を逸したものである。このような一連の経緯に鑑みると、前訴における相手方 Y 1 の訴訟活動

は会社法により被告適格を与えられた者によるものとして著しく信義に反しており、抗告人に前訴判決の効力を及ぼすことは手続保障の観点から看過することができないものとして、前訴判決には民訴法338条1項3号の再審事由が存在するとみる余地があるというべきである」

*4~7号：判決の基礎資料等の重大な瑕疵 ← 有罪判決等が必要(#2)

四 判決に関与した裁判官が事件について職務に関する罪を犯したこと

五 刑事上罰すべき他人の行為により、自白をするに至ったこと又は判決に影響を及ぼすべき攻撃若しくは防御の方法を提出することを妨げられたこと

六 判決の証拠となった文書その他の物件が偽造又は変造されたものであったこと

七 証人、鑑定人、通訳人又は宣誓した当事者若しくは法定代理人の虚偽の陳述が判決の証拠となったこと

#2 前項第四号から第七号までに掲げる事由がある場合においては、罰すべき行為について、有罪の判決若しくは過料の裁判が確定したとき、又は証拠がないという理由以外の理由により有罪の確定判決若しくは過料の確定裁判を得ることができないときに限り、再審の訴えを提起することができる。

【最判昭47.4.28判時667-29】5号該当の例(訴状等の毀棄)[S46才1105]

所有権移転登記手続請求(再審原告欠席のまま認容、Aが訴状等を毀棄していた)→再審請求→認容/棄却

※XがAを訴状・呼出状・判決正本の公文書毀棄で告訴・起訴猶予となった

「起訴猶予処分は、民訴法四二〇条二項後段にいう有罪の確定判決を得られない場合に当たる」「これらの起訴猶予処分はいずれも犯罪の嫌疑あるも情状により起訴を猶予するを相当とする意味での起訴猶予処分であったこと、Yは、Aの右公文書毀棄ないし隠匿行為のためXとY間の前記訴訟についてその係属およびその進行についてなんらこれを知るところなく欠席のまま判決を受けるに至ったことなどの事実関係のもとにおいては、Xの本件再審の訴には、民訴法四二〇条一項五号および同条二項後段に該当する事由があるものというべきであるから、これと同趣旨の原判決の判断は正当である。同居の妻であつても、同条一項五号にいう「他人」にあると解した原判決になんらの違法は認められない」

・有罪判決等：被疑者・被告人の死亡、公訴権の時効消滅、起訴猶予処分等でもよい

【最判昭41.9.6民集20-7-1305】起訴猶予処分でもよい[S40才423]

起訴猶予処分のあったことを知ってから再審提起期間は進行するとの「原判決の民訴法四二〇条二項後段に関する解釈は正当である。なるほど、起訴猶予処分は一事不再理の効力を生じないから、事後起訴することは法律上妨げないとはいえるが、一旦起訴猶予処分がされると、よほど特別の事情のないかぎり、その後改めて起訴することはないのが通例であるからである。論旨のいうとおり、公訴権が時効消滅するまでは、有罪の確定判決をうる可能性が絶無とはいえないが、万一有罪の確定判決があつたならば、そのときにまた民訴法四二〇条二項前段の要件をみたしたとし再審を許容すべきである」(再審請求→却下/棄却)

【最判昭42.6.20判時494-39】有罪等の要件の立証責任[S39才1374]

「前審判決の証拠となつた書証が偽造であることを理由に再審を申し立てる当事者は、偽造者が有罪の判決を受けその判決が確定したことを証明するか、または有罪の確定判決をうる可能性があるのに、被疑者が死亡したり、公訴権が時効消滅したり、あるいは起訴猶予処分を受けたりして有罪の確定判決をえられなかつたことを証明することを要する」(再審請求→却下/棄却、告訴までしか立証せず)

【最判昭45.10.9民集24-11-1492】起訴猶予処分の判断の拘束性[S44才793]

「検察官の起訴猶予処分が、民訴法四二〇条二項後段にいう有罪の確定判決をえられない場合に含まれる…(最判昭41.9.6参照)。しかして、同条二項が、同条一項四号ないし七号所定の事由をもつてする再審の訴について、有罪の確定判決等同項所定の事実の存在することを要する旨規定しているゆえんは、そのような再審の訴を、再審事由の存在する蓋然性が顕著な場合に限定することによつて、濫訴の弊を防止しようとするにあると解せられるから、右の場合に、同条二項所定の要件を欠くときは、再審の訴自体が不適法となり、同条一項四号ないし

七号所定の再審事由自体については、その有無の判断に立ち入るまでもなく、右訴は却下を免れない……同条項の趣旨を右のように解するならば、いやしくも、そのような事実の存在する以上、再審裁判所は、その判決または処分の内容については、その当否を問うことなく、再審の訴は右適法要件を具備したものととして、さらに、一項四号ないし七号所定の再審事由について審理判断をすべき……しかしながら、再審の訴が、一たん右適法要件を具備した以上は、再審裁判所は、主張された再審事由の存否を判断するについては、右有罪判決または起訴猶予処分等の判断に拘束されるものではないから、その存否については、独自の審理判断を妨げられるものではない」「原審の確定するところによれば、本件再審の対象とされた確定判決の基礎となつた所論証言について、起訴猶予処分があつたというのであるから、上告人の本件再審の訴は、同条二項の適法要件を具備しているものというべきであるが、さらに進んで、右証言が虚偽であるか否かについては、原審は、右起訴猶予処分に拘束されることなく、独自の判断によつてこれを認定しうる」(再審請求(起訴猶予処分)→棄却(偽証ではない)/棄却)

*** 8号：判決の基礎となつた裁判・行政処分の変更**

八 判決の基礎となつた民事若しくは刑事の判決その他の裁判又は行政処分が後の裁判又は行政処分により変更されたこと

【最判平 15.10.31 判時 1841-143】原行政処分の変更[H14 行ヒ 200]

特許取消決定取消請求→棄却/破棄差戻し(上告審係属中に特許請求の範囲を減縮し、認める審決があつたもの)

「本件のように、特許を取り消すべき旨の決定の取消請求を棄却した原判決に対して上告又は上告受理の申立てがされ、上告審係属中に当該特許について特許出願の願書に添付された明細書を訂正すべき旨の審決が確定し、特許請求の範囲が減縮された場合には、原判決の基礎となつた行政処分が後の行政処分により変更されたものとして、原判決には民法 338-1:8 に規定する再審の事由がある。そして、この場合には、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があつたものというべきである(最判昭 60.5.28 参照)」

【最判平 20.4.24 民集 62-5-1262】特許訂正審決が訴訟遅延目的とされた例(上告棄却)

*** 9,10号：判断遺脱・既判力抵触**

九 判決に影響を及ぼすべき重要な事項について判断の遺脱があつたこと

十 不服の申立てに係る判決が前に確定した判決と抵触すること

3. 再審の補充性について理解している。

・再審の補充性(§338-1 但書)

§338-1 次に掲げる事由がある場合には、確定した終局判決に対し、再審の訴えをもって、不服を申し立てることができる。ただし、当事者が控訴若しくは上告によりその事由を主張したとき、又はこれを知りながら主張しなかつたときは、この限りでない

【最判昭 39.6.26 民集 18-5-901】再審事由の主張可能性がなければ再審可能[S36 才 918]

所有権移転登記請求等(代理人の控訴手数料不納付等により×敗訴、上告棄却)、再審請求棄却→破棄差戻し

「民訴四二〇条一項但書後段に「知リテ主張セザリトキ」とは、その法意にかんがみ、前訴訟において上訴審による判断を受け得る時期に再審事由を知つたにもかかわらず、これを主張しなかつた場合をいう」「原審は、前訴訟の上告審において×からその訴訟代理を受任した中島弁護士は、昭 27.8.11 頃には、本件再審事由【=訴訟代理人が躁状態だった】を知つていた旨の認定をしているが、その時にはすでに同年八月六日までの上告期間を経過していたのであり、しかも、上告は、上告期間経過後の申立にかかり、追完の申立も理由がないとして却下されたのであるから、原判示認定の時期に本件再審事由を知つたというだけでは、同弁護士としては、上告審に対し、本件再審事由を上告理由として主張し、その判断を受け得る余地のなかつた……もし、上告人ないしその訴訟代理人が上告期間内に再審事由を知つていたにもかかわらず、上告期間を徒過して上告を却下されたのだとすれば、右再審事由につき、上告審の判断を受け得る余地がなかつたとはいえないから、民訴四二〇条一項但書後段の規定の適用を妨げないわけである。従つて、原審としては、右但書後段の規定を適用するからには、

上告人ないしその訴訟代理人が上告期間内に本件再審事由を知っていたかどうかの点について審理認定をすべきであつた。しかるに、原審においては右の点について何ら判示することがない」→理由不備等で破棄差戻し

【最判平 4.9.10 民集 46-6-553】訴状を受領せず控訴しなかった場合も再審可能[H3 才 589]
立替金請求(X 敗訴確定、X の妻 A の買い物代金、訴状・呼出状の送達は 7 歳の四女 B、第二回呼出状と判決正本の送達は A が受領しいずれも渡していなかった)→再審請求:前審取消・請求棄却→取消却下(B への送達無効、A への送達有効)→破棄差戻し

「民訴法 171-1 に規定する「事理ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能ヲ具フル者」とは、送達の趣旨を理解して交付を受けた書類を受送達者に交付することを期待することができる程度の能力を有する者をいうものと解されるから……当時七歳九月の女子であつた上告人の四女は右能力を備える者とは認められない」「有効に訴状の送達がされず、その故に被告とされた者が訴訟に関与する機会が与えられないまま判決がされた場合には、当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があつた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法四二〇条一項三号の事由がある」「民訴法四二〇条一項ただし書は、再審事由を知つて上訴をしなかった場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実には了知することができなかつた場合は同項ただし書に当たらない……」けだし、同項ただし書の趣旨は、再審の訴えが上訴をすることができなくなった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であつたにもかかわらずそれをしなかつた者について再審の訴えによる不服申立てを否定するものであるからである」「前訴の判決は、その正本が有効に送達されて確定したものであるが、上告人は、前訴の訴状が有効に送達されず、その故に前訴に関与する機会を与えられなかつたとの前記再審事由を現実には了知することができなかつたのであるから、右判決に対して控訴しなかつたことをもつて、同項ただし書に規定する場合に当たるとすることはできない」→前訴請求の当否審理のため破棄差戻し

【最判平 6.10.25 判時 1516-74】有罪要件の証拠が判決確定後に得られた場合[H6 才 1095]

「民訴法四二〇条一項六号に該当する事由を再審事由とする再審の訴えが同条一項但書により許されないのは、再審原告が、再審の訴えの対象となつた判決に対する上訴により、右再審事由のほか、同条二項の要件を主張したか又は右要件の存在を知りながらこれを主張しなかつた場合に限られるものである(最判昭 47.5.30)。また、同条二項の「証拠欠缺外ノ理由ニ因リ有罪ノ確定判決……ヲ得ルコト能ハサルトキ」とは、再審の訴えの対象となつた判決の証拠とされた文書の偽造等につき、本来ならばその実体において有罪の確定判決を得ることが可能であつたのに、被疑者の死亡、公訴権の時効消滅、不起訴処分等実体に関係のない事由のためこれを得られなくなつたことをいうものであるから、文書の偽造等につき有罪の確定判決がない場合に同条一項六号に基づいて再審を申し立てる当事者は、被疑者の死亡等同項所掲の事実だけではなく、それらの事実がなければ有罪の確定判決を得ることが可能であつたことについてもこれを立証しなければならない…(最判昭 42.6.20、同 52.5.27) …右のように、民訴法四二〇条一項六号に該当する事由を再審事由とし、かつ、同条二項の適法要件を主張する再審の訴えにおいては、被疑者の死亡等の事実が再審の訴えの対象となつた判決の確定前に生じた場合であつても、文書の偽造等につき有罪の確定判決を得ることを可能とする証拠が再審の訴えの対象となつた判決の確定後に収集されたものであるときは、同条一項但書には該当せず、再審の訴えが排斥されることはない」(株券偽造の証拠が判決確定後に得られており、その頃すでに公訴時効となつていた。再審請求→認容/棄却)

4. 再審訴訟における当事者適格を説明することができる。

- ・再審の訴訟要件 = 対象・出訴期間・当事者適格・裁判管轄
- ・再審の対象となる裁判：確定した終局判決(§338-1) = 原則は一審・控訴審・上告審すべて
←控訴審の本案判決(控訴棄却も含む)があると控訴審にする(#3)
←終局判決に先立つ決定・命令・中間判決に再審事由あり：終局判決に再審請求可(§339)
§338-3 控訴審において事件につき本案判決をしたときは、第一審の判決に対し再審の訴えを提起することができない

§339 判決の基本となる裁判について前条第一項に規定する事由がある場合（同項第四号から第七号までに掲げる事由がある場合にあっては、同条第二項に規定する場合に限る。）には、その裁判に対し独立した不服申立ての方法を定めているときにおいても、その事由を判決に対する再審の理由とすることができる

- * 準再審：即時抗告できる決定・命令で確定したもの(訴状却下等)への再審の申立て(§349-1)
- ・要件・手続等：再審の訴えを準用(#2→338～348)

§349-1 即時抗告をもって不服を申し立てることができる決定又は命令で確定したものに対しては、再審の申立てをすることができる

・ 出訴期間(§342)

- * 主観的出訴期間(#1)：再審事由を知った日から 30 日の不変期間

§342-1 再審の訴えは、当事者が判決の確定した後再審の事由を知った日から三十日の不変期間内に提起しなければならない

- * 客観的出訴期間(#2)：判決確定日/再審事由発生の遅い方から 5 年(除斥期間)

#2 判決が確定した日(再審の事由が判決の確定した後に生じた場合にあっては、その事由が発生した日)から五年を経過したときは、再審の訴えを提起することができない

- * 例外 = 制限なし(#3)：§338-1:3 のうち代理権欠缺・§338-1:10(既判力抵触)の場合

#3 前二項の規定は、§338-1 第三号に掲げる事由のうち代理権を欠いたこと及び同項第十号に掲げる事由を理由とする再審の訴えには、適用しない

- * 再審期間の始期(起算点)

- ・ 再審事由を知った日

【最判昭 43.8.29 民集 22-8-1740】再審一審後の有罪確定①[S42 才 215]

【最判昭 45.10.1 民集 24-11-1483】再審一審後の有罪確定②[S45 才 152]

損賠請求(前審原告 X 敗訴確定)→再審請求：却下(証人偽証に付き有罪相当の証明なし)→①事件：棄却→①事件言渡しから 30 日以内に再審請求：却下(30 日経過後)→②事件：破棄差戻し

【①事件】

「当審において、かりに所論若宮清二に対する起訴事実について原審口頭弁論終結後である昭和四二年三月二日有罪判決が確定した旨主張されたとしても、右有罪判決確定の事実、原判決に対する再審の訴の再審事由となるものではないから、右主張を本件上告の理由として採用する余地は存しない」

(松田反対) 最判昭 43.5.2(通常の上告審)で、有罪確定があったため上告理由書提出期間を伸長したから、同様に扱って上告理由を追加させ、破棄差戻さなければ X 保護に著しく欠ける。

【②事件】

「控訴裁判所の確定判決に対し、その証拠となつた証言が偽証であるとして、再審の訴が提起されたが、民訴法四二〇条二項の要件について主張および立証がないため、右訴を却下する判決がされた場合には、その後右偽証について有罪の判決が確定し、上告裁判所においてその旨が主張されたとしても、右訴却下の判決に対する上告の理由として採用することのできないことは、当裁判所の判例とするところである(最判昭 43.8.29)。しかし、上告理由書提出期間経過後有罪判決確定の事実を知り、その事実を右期間経過後に上告理由補充書等をもって主張したところ、右確定の事実を知った日から三〇日以上経ってから上告判決がされ、しかも、その上告判決において右上告理由補充書等をもって主張した事実をとりあげてもらえなかつたときは、上告人が右上告理由補充書等で主張する方法によつては裁判所の判断を受けられないことを知つたことが民訴法四二四条一項にいう「再審ノ事由ヲ知りタル」ことにあたる」

【最判昭 36.9.22 民集 15-8-2203】再審事由の変更[S33 才 10]

再審請求(請求の 11 カ月後に再審訴状補正所で判断遺脱を主張)：却下→棄却

「所論の再審事由の存在は特段の事由のない限り判決正本を一読することによりこれを知ることを得べく、これを知り得なかつたとする特段の事由の主張立証はないのであるから、上告人は前示判決正本の送達により右再審事由の存在を知つたものと認定した原審判断は相当であつて、所論のように再審事由の主張を右日時までなさなかつたからといつて、右日時までこれを知らなかつたものとするはできない。そして本件におけるがごとく、再審の訴提起の後に、民訴四二七条二項によつて不服の理由を変更した場合においても、新たな再審事由についてその出訴期間の遵守は、変更の時を標準とすべきものと解すべきであるから、再審事由を知り、かつ旧訴判決確定の日から三〇日を経過した後に申立てた所論の再審事由は不適法として却下すべき」

・ 判決の確定・再審事由発生の日

【最判昭 52.5.27 民集 31-3-404】被疑者死亡の場合の起算点[S48 才 1189]

「民訴法四二〇条一項六号に基づく再審の訴が、同条二項後段の要件を具備するためには、前審判決の証拠となつた文書等の偽造又は変造につき有罪の確定判決を得る可能性があるのに、被疑者の死亡、公訴権の時効消滅、不起訴処分等のためこれを得られなかつたことを必要とするから、文書偽造等につき有罪の確定判決がない場合に同条一項六号に基づいて再審を申し立てる当事者は、被疑者の死亡等の事実だけではなく、有罪の確定判決を得る可能性があることについてもこれを立証しなければならない(最判昭 42.6.20)。しかし、有罪の確定判決を得る可能性そのものは被疑者の死亡等の時に既に存在すべきものであるから、右再審の訴の除斥期間は、被疑者の死亡等の事実が前審判決確定前に生じたときは、同法四二四条三項により右判決確定の時から起算すべきであり、また、右事実が前審判決確定後に生じたときは、同条四項により右事実の生じた時から起算すべきである」(再審請求→却下(除斥期間徒過)→棄却)

【最判昭 29.2.11 民集 8-2-440】再審事由の知不知は問わない[S26 才 908]

再審の期間制限は「当事者間の争訟に対して確定力を有すべき裁判によつてこれが解決を与え、以てその法的生活の安定をはかろうとする訴訟目的の要請に応じて、確定判決の効力を動かそうとする再審の訴につきその適法要件として認められた時間的制限に外ならない。従つて判決確定前既に生じていた事由に基づく再審の訴がその確定後五年を経過して提起された場合にあつてはその事情の如何を問わず不適法として却下されることを免れない」本件の再審事由は判決確定前であり、確定から5年経過後の提起ゆえ「たとえ所論のような事情【=変造は知っていたが、犯人不明で5年を徒過した】があつたとしても本件再審の訴を不適法として却下した第一審判決を是認した原判決には所論のような違法はなく、論旨は採るを得ない」(再審請求→却下→棄却→棄却)

・ 当事者適格：既判力の対象者・独立当事者参加できる者はOK、補助参加は独自の資格はない

【最判昭 46.6.3 判時 634-37】判決確定後の特定承継人の原告適格[S42 ヤ 20]

事実審口頭弁論後の特定承継人による再審請求(判断遺脱)：判断遺脱がないので却下

「再審の訴は、判決が確定したのちにその判決の効力を是認することができない欠缺がある場合に、具体的正義のため法的安定を犠牲にしても、これが取消を許容しようとする非常手段であるから、右判決の既判力を受ける者に対し、その不利益を免れしめるために、その訴の提起を許すものと解するのが相当であり、したがつて、民訴法二〇一条に規定する承継人は一般承継人たると特定承継人たるとを問わず、再審原告たり得る」

【最判平 1.11.10 民集 43-10-1085】判決効の拡張を受ける者(人訴)[S59 才 1122]

「検察官を相手方とする認知の訴えにおいて認知を求められた父の子は、右訴えの確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有するものではない」「ただし……再審の訴えは、確定判決の取消し及び右確定判決に係る請求の再審理を目的とする一連の手續であつて(民訴 427,428)、再審の訴えの原告は確定判決の本案についても訴訟行為をなしうることが前提となるところ、認知を求められた父の子は認知の訴えの当事者適格を有せず(人訴 32-2,2-3)、右訴えに補助参加をすることができるにすぎず、独立して訴訟行為をすることができないからである。なるほど、認知の訴えに関する判決の効力は認知を求められた父の子にも及ぶが……父を相手方とする認知

の訴えにおいて、その子が自己の責に帰することができない事由により訴訟に参加する機会を与えられなかったとしても、その故に認知請求を認容する判決が違法となり、又はその子が当然に再審の訴えの原告適格を有するものと解すべき理由はなく、この理は、父が死亡したために検察官が右訴えの相手方となる場合においても変わるものではない……検察官が被告となる人事訴訟手続においては、真実の発見のために利害関係を有する者に補助参加の機会を与えることが望ましいことはいうまでもないが、右訴訟参加の機会を与えることなしにされた検察官の訴訟行為に瑕疵があることにはならず、前示当審判例は、第三者が再審の訴えの原告適格を有する余地のあることを判示したものと解すべきものではなく、更に、行政事件訴訟とは対象とする法律関係を異にし、再審の訴えをもって不服申立てをすることが許される第三者には共同訴訟参加に準じた訴訟参加を許す旨の行政事件訴訟法二二条のような特別の規定のない人事訴訟手続に、行政事件訴訟法三四条の第三者の再審の訴えに関する規定を類推適用することはできない」(認知再審請求→棄却/取消差戻/破棄自判・取消却下)

【最決平 25.11.21 民集 67-8-1686】第三者効のある場合の再審請求(会社法)[H24 許 43]

新株発行無効(認容)→第三者 X による再審請求：棄却→抗告棄却→許可抗告：破棄差戻し

会社 Y1 の代取 X が新株予約権を行使後解任され、株主 Y2 のした Y1 宛(主)新株発行不存在確認(予)新株発行無効で、Y1 が自白するなどしたため(予)認容→X が独立当事者参加して再審請求したもの

「新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、再審原告として上記確定判決に対する再審の訴えを提起したとしても、上記確定判決に係る訴訟の当事者ではない以上、上記訴訟の本案についての訴訟行為をすることはできず、上記確定判決の判断を左右できる地位にはない。そのため、上記第三者は、上記確定判決に対する再審の訴えを提起してもその目的を達することができず、当然には上記再審の訴えの原告適格を有するということができない。しかし、上記第三者が上記再審の訴えを提起するとともに独立当事者参加の申出をした場合には、上記第三者は、再審開始の決定が確定した後、当該独立当事者参加に係る訴訟行為をすることによって、合一確定の要請を介し、上記確定判決の判断を左右することができるようになる。なお、上記の場合には、再審開始の決定がされれば確定判決に係る訴訟の審理がされることになるから、独立当事者参加の申出をするために必要とされる訴訟係属がある……そうであれば、新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、上記確定判決に係る訴訟について独立当事者参加の申出をすることによって、上記確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有することになる……最判平 1.11.10 は、旧民訴法の下、確定判決の効力を受ける第三者が適法な独立当事者参加の申出をすることができなかった事案において、当該第三者の再審の訴えの原告適格を否定したものであり、本件との抵触が問題になる判例ではない」

- ・ 裁判管轄(§340)：再審を申し立てる判決をした裁判所の専属管轄(#1)、複数の場合(#2)

5. 再審手続の概要について、条文を参照して説明することができる。

- ・ 訴えの提起(§343,則 211-1) ※執行停止効は当然には生じない
- ・ 適法要件の審理 → 不適法の場合、却下決定(§345-1)、即時抗告可(§347)
- ・ 再審事由の審理
 - * 再審事由なし → 棄却決定(§345-2)、再訴禁止効(#3)、即時抗告可(§347)
 - * 再審事由あり → 再審開始決定(§346-1)、相手方の審尋を要する(#2)
- ・ 本案審理(§348-1)：不服申立ての限度、原判決手続の再開・続行となる
- ・ 本案判決(§348-2,3)
 - * 判決正当(#2) → 再審請求棄却
 - * 判決不当(#3) → 取り消してそれに代わる裁判をする、上訴は審級に応じた上訴となる

第10章 略式訴訟手続

第1節 略式訴訟手続

第1款 簡易裁判所の特則

1. 簡易裁判所における通常訴訟の手続の特則について、条文を参照して説明することができる。
2. 起訴前の和解の概要を説明することができる。

第2款 手形訴訟・小切手訴訟

1. 手形訴訟（と小切手訴訟）の意義と目的を理解している。
2. 手形訴訟における手続の概要について、条文を参照して説明することができる。

第3款 少額訴訟

1. 少額訴訟の意義と目的を理解している。
2. 少額訴訟における手続の概要について、条文を参照して説明することができる。

第4款 支払督促

1. 督促手続の意義と目的を理解している。
2. 督促手続における手続の概要について、条文を参照して説明することができる。