

序章 答案の書き方 p1~4

1. 民事訴訟法で書くべき一般論の範囲 p1~3
2. 判例の使い方 p3~4
3. 要件事実 p4

第1章 裁判所 p5~12

- 第1節. 法律上の争訟 p5~7
- 第2節. 管轄 p8~12

第2章 当事者 p13~44

- 第1節. 当事者の確定 p13~17
- 第2節. 当事者能力 p18~22
- 第3節. 当事者適格 p23~37
 1. 法定訴訟担当 p21~34
 2. 任意的訴訟担当 p35
 3. その他の論点 p35~36
- 第4節. 訴訟能力 p37~39
- 第5節. 弁論能力 p40
- 第6節. 訴訟上の代理 p41~42
- 第7節. 選定当事者 p43

第3章 訴えの提起 p45~74

- 第1節. 訴えの概念 p45
- 第2節. 広義の請求の特定 p45
- 第3節. 訴訟物 p46
- 第4節. 訴えの種類 p47~59
 1. 現在の給付の訴え p47~49
 2. 将来の給付の訴え p49~51
 3. 確認の訴え p51~57
 4. 形成の訴え p57~58
 5. 形式的形成訴訟 p58~59
- 第5節. 訴訟要件 p60~62
- 第6節. 重複起訴の禁止 p63~72
 1. 重複起訴禁止の規律内容 p63
 2. 反訴・独立当事者参加 p64
 3. 重複起訴を看過して下された判決 p64~65
 4. 論点 p65~72
- 第7節. 時効の更新・完成猶予 p73~74

第4章 訴訟手続の進行 p75~78

- 第1節. 職権進行主義 p75

第2節. 期日・期間・送達 p76～78

第5章 口頭弁論とその準備 p79～85

第1節. 口頭弁論の必要性・基本原則 p79～80

口頭弁論中心主義／必要的口頭弁論の原則／口頭弁論の基本原則

第2節. 口頭弁論の実施 p81～82

第3節. 攻撃防御方法の提出時期 p83～85

第6章 弁論主義 p87～101

1. 総論 p87

2. 弁論主義の内容 p87～89

3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否 p89～90

4. 弁論主義第1テーゼの問題類型 p90～91

5. 弁論主義第1テーゼに関する論点 p91～98

6. 釈明権・釈明義務 p98～101

第7章 訴訟行為 p103～112

第1節. 総論 p103～105

1. 訴訟行為の意味 p103

2. 事実上の主張 p103～104

3. 訴訟行為の撤回 p104～105

第2節. 訴訟上の合意 p106

第3節. 訴訟における形成権の行使 p107～110

第4節. 訴訟上の信義則 p111～112

1. 訴訟上の権能の濫用の禁止 p111

2. 訴訟上の禁反言 p111～112

3. 訴訟上の権能の失効 p112

4. 訴訟状態の不当形成の排除 p112

第8章 証拠 p113～130

第1節. 証拠調べ p113～120

1. 証拠 p113

2. 証明の意義 p113

3. 証拠の申出 p114

4. 書証 p114～120

第2節. 自由心証主義 p121

第3節. 証明責任 p121～122

第4節. 証明を要しない事実 p123～130

1. 裁判上の自白 p123～129

2. 擬制自白 p129～130

3. 顕著な事実 p130

第9章 裁判によらない訴訟の終了 p131~135

第1節. 訴えの取下げ p131~132

第2節. 請求の放棄・認諾 p132~133

第3節. 訴訟上の和解 p133~135

第10章 処分権主義 p137~144

1. 意義 p137

2. 根拠・機能 p137

3. 処分権主義と弁論主義の関係 p137~138

4. 論点 p138~144

第11章 既判力 p145~180

第1節. 総論 p145~147

1. 既判力の本質・根拠 p145

2. 既判力による遮断を検討する際の確認事項 p145~147

第2節. 既判力の作用 p148~152

1. 消極的作用・積極的作用 p148

2. 既判力が作用する場面 p148~151

3. 既判力が作用する場面に関する補足 p151~152

第3節. 既判力の時的限界 p153~158

1. 既判力の基準時 p153

2. 後訴で遮断される主張 p153

3. 論点 p153~157

4. 請求異議の訴えに既判力が作用する理由 p157~158

第4節. 既判力の客観的範囲 p159~169

1. 原則 p159~161

2. 相殺の抗弁 p161~164

3. 争点効 p164~165

4. 既判力に準ずる効力 p165~168

5. 既判力の客観的範囲の縮小 p168

6. 信義則 p168~169

第5節. 既判力の主観的範囲 p170~180

1. 既判力の相対性の原則 p170

2. 訴訟担当における被担当者 p170~172

3. 口頭弁論終結後の承継人 p172~175

4. 請求の目的物の所持者 p175~176

5. 法人格否認の法理 p176~177

6. 反射効 p177~180

第12章 請求の客観的併合 p181~188

第1節. 訴えの客観的併合 p181~183

1. 単純併合 p181
2. 選択的併合 p181～182
3. 予備的併合 p182～183

第2節. 訴えの変更 p184～185

第3節. 反訴 p186～187

1. 意義 p186
2. 本訴請求と反訴請求の関連性 p186
3. 審理の仕方 p186
4. 控訴審での反訴提起 p186～187

第4節. 中間確認の訴え p188

第13章 多数当事者訴訟 p189～223

第1節. 共同訴訟 p189～203

1. 通常共同訴訟 p189～191
2. 同時審判申出共同訴訟 p191～194
3. 必要的共同訴訟 p194～201
4. 訴えの主観的予備的併合 p201～203

第2節. 訴訟参加 p204～223

1. 補助参加 p204～215
2. 共同訴訟的補助参加 p215～216
3. 訴訟告知 p216
4. 独立当事者参加 p216～223
5. 共同訴訟参加 p223

第14章 当事者の交替 p225～231

第1節. 任意的当事者変更 p225～226

第2節. 訴訟承継 p227～231

1. 当然承継 p227
2. 参加承継・引受承継 p227～231

第15章 上訴・再審 p233～240

第1節. 上訴 p233～238

1. 意義 p233
2. 上訴の利益 p233～235
3. 控訴審の審判の範囲 p235～238

第2節. 再審 p239～240

序章 答案の書き方

1. 民事訴訟法で書くべき一般論の範囲

A

平成 25 年司法試験の採点実感では、「設問に対する解答を超えて」一般論を論じることについて、「特に評価の対象とはしない」とあり、場合によっては「得点に繋がらない上、丸暗記した論証パターンを無反省に書き散らかした答案として、印象も極めてよくない」とまで書かれている。もっとも、ここで想定されている「設問に対する解答を超え」た一般論について、過度に狭く捉えることにならないよう、気を付ける必要がある。

① 具体的な検討（当てはめ）で使わない一般論と、② 会話文で示されている問題意識から外れる一般論が、「設問に対する解答を超え」る一般論である。

以下の 3 つの具体例から、①・②について具体的なイメージを掴むことができる。

ex 1. 平成 25 年司法試験設問 1 では、過去の法律関係を確認対象とする遺言無効確認の訴えに確認の利益が認められるかが問われている。確認の利益は、確認対象の適否、方法選択の適否及び即時確定の利益の 3 点から判断されるものであるから、確認の利益が認められるという結論を導くのであれば、全ての要件を満たすことを認定する必要がある。これが大原則である。

もっとも、民事訴訟法では、会話文で「何について、どういった観点から論じてほしいのかという」問題意識が示されることが多い。その場合、会話文で示された問題意識に答えることが、「設問に対する解答」をすることになる。したがって、ある論点について、この観点から論じてほしいということが会話文で示されているのであれば、会話文で示された観点からだけ論じればよいということになる。

平成 25 年司法試験設問 1 では、会話文で、「遺言無効確認の訴えは、遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、確認の利益は認められるでしょうか。判例はありますか。」とある。この会話文により、遺言無効確認の訴えの確認の利益について、「遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴え」であるという点に着目して、確認対象の適否という観点から論じてほしいということが示されていることになる。そのため、確認対象の適否以外については配点がないということになる。だからこそ、出題趣旨では、「過去の法律関係の存否の確認を求める訴えが許されないという原則の根拠に関し、設問に対する解答を超えて確認の利益の一般論（対象選択の適否、手段としての適否等）を論じても、特に評価の対象とはしない」とされているのである。他科目であれば、論点が顕在化しない要件も含めて全要件を網羅的に検討することが求められる傾向が強いが、民事訴訟法では、「会話文で示された問題意識についてだけ答えればよいから、その代わり、正面から答えてほしい」というのが司法試験委員会の要求である。

ex 2. 平成 25 年司法試験設問 3 (2) の採点実感では、弁論主義第 1 テーゼ違反だけが問われている問題について、「相変わらず、弁論主義の根拠、弁論

主義の第2テーゼ、第3テーゼ、第1テーゼが間接事実には適用がないこと及びその理由（自由心証による事実認定を窮屈にする云々）まで長々と論じるものがあるが、やはり得点につながらない上、丸暗記した論証パターンを無反省に書き散らした答案として、印象も極めてよくない。」とされている。

まず、設問3(2)では、弁論主義第1テーゼ違反だけが問われているのだから、「弁論主義の第2テーゼ、第3テーゼ」の定義等が具体的検討では使わないものとして「設問に対する解答を超え」た一般論に当たることは明らかである。

次に、設問3(2)では、設問3(1)で「GがFからの相続による特定財産たる土地乙の所有権の取得を主張する場合に主張すべき請求原因事実たる主要事実」を書いていることを前提として、裁判所が当該請求原因事実を判決の基礎にすることが弁論主義第1テーゼとの関係で許されるかが問われているのだから、「裁判所が判決の基礎にすることの可否」が問われている事実が主要事実であるということは当然の前提である。そのため、弁論主義第1テーゼが適用される事実の範囲が主要事実に限定されるかという論点は顕在化しない（この論点が顕在化するのには、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実が間接事実又は補助事実である場合である）。したがって、弁論主義第1テーゼが適用される事実の範囲については、「少なくとも主要事実を含むと解されている」とだけ書けば足りる（平成29年司法試験設問1・採点実感参照）。だからこそ、「第1テーゼが間接事実には適用がないこと及びその理由（自由心証による事実認定を窮屈にする云々）まで長々と論じる」ことも、「設問に対する解答を超え」た一般論に当たるのである。

なお、「弁論主義の根拠」については、「長々と論じる」ことがダメなのであって、書いても印象が悪くなることはない（配点があるかは不明である）。

ex 3. 平成28年司法試験設問2では、第1訴訟に対する確認訴訟たる反訴の提起について、会話文で、㊦「検討をするに当たって1点確認をしておきたいのですが、本案の前提として判断される手続的事項については、独自の訴えの利益は認められないという考え方を聞いたことはありませんか。…以上のことを踏まえた上で、…訴えの利益が認められるという理由付けを具体的にまとめてみてください。」、及び㊧「反訴として提起するということですから、民事訴訟法第146条第1項所定の要件についての検討も念のために行っておいてください。」という2つの誘導がある。

確認訴訟たる反訴の提起について、㊦の問題意識に従って確認の利益を検討することと、㊧146条1項所定の要件の充足性を検討することの2つに、論述の観点限定されているわけである。

だからこそ、採点実感では、「…以上が本設問における問題意識に答える観点から検討すべき内容であるが、実際の答案では、確認の利益についての一般論を展開し、方法選択の適切性、対象選択の適切性、即時確定の利

第2節. 管轄

C

管轄は、日本の裁判所がその事件を審判することを前提とした上で、日本のどの裁判所が審判できるかという問題である。

1. 職分管轄

これは、異質の司法作用を、機能を異にする機関に分配する管轄であり、どの種類の手続をどの種の裁判所に担当させるかという観点である。

2. 事物管轄

訴訟の第一審手続を簡易裁判所と地方裁判所のどちらに分担させるのかという問題である。これは、訴訟物の価額又は性質によって決せられる。

例えば、民事訴訟事件については、行政事件を除き、訴訟物の価額が140万円を超えない事件は簡易裁判所に、それ以外の事件は地方裁判所に管轄権がある。ただし、訴訟物の価額が140万円を超えない不動産に関する事件については、地方裁判所と簡易裁判所とが競合して管轄権を有する（裁判所法24条1号、33条1項1号）。

3. 土地管轄

所在地の異なる同種の裁判所のうちどの裁判所が事件を担当するかという問題である。これは、普通裁判籍と特別裁判籍に分類される。

普通裁判籍は、事件の内容・性質に関係なく一般的に認められる裁判籍であり、被告の本拠所在地の裁判所に認められるものである（4条）。これは、もっぱら被告の応訴の利益を考慮した定めとなっており、一方的に訴えを提起されて裁判手続に巻き込まれる被告の応訴・防御上の利益を保護する趣旨である。

特別裁判籍は、事件の内容等を考慮して普通裁判籍と競合して認められるものであり、訴えを提起する者は、競合する数個の裁判籍のうち、いずれかを選択すればよい。これには、財産権上の訴え等についての管轄（5条）・特許権等に関する訴え等の管轄（6条）・意匠権等に関する訴えの管轄（6条の2）、併合請求における関連裁判籍（7条）がある。

【論点1】管轄選択権の濫用

約束手形の所持人Xは、自己に有利な地（＝釧路）の裁判所に管轄を生じさせるために、①約束手形の振出人Y1に対する手形金請求（本来の管轄地は、支払地でありY1の住所地でもある盛岡地裁）に加え、②訴訟追行意思のない裏書人Y2に対する手形金償還請求（管轄地は、釧路地裁）を、併合管轄地として釧路地裁（7条）において、併合提起し、その後、②の請求を直ちに取下げた。

C

札幌高決 S41.9.19・百A2

本決定は、併合管轄は訴え提起時に定まる（15条）から、その後管轄原因となった訴え（本件では、②）の取下げがあっても他の請求（本件では、①）の管轄は失われないという旨を一般論（＝管轄固定の原則）として述べた上で、第1回口頭弁論期日にXが訴状陳述もしないまま②の請求を取り下げたこと、以前にもXによる同様事例があったことを総合勘案し、管轄選択権の

濫用であるとして、管轄違いの違法（16条1項）を認めて盛岡地裁へ移送した。¹⁾

4. 指定管轄

法定の管轄権のある裁判所が、法律上（例えば、裁判官の除斥・忌避による執務の不能）又は事実上（例えば、裁判官の病気、天災地変による裁判所の執務不能）裁判権を行うことができない場合、又は裁判所の管轄区域が明確でないため管轄裁判所の定まらない場合に、当事者の申立てにより、関係裁判所に共通の直近上級裁判所が管轄裁判所を定めることによって定まる管轄をいう（10条）。指定された裁判所は、その事件についてのみ管轄権を有する。

5. 合意管轄

法定管轄は、公益的要請の強い専属管轄を除けば、主として当事者の公平と便宜を考慮して定められているものであるから、その範囲で、当事者の合意によって法定管轄を変更することが許される。これを、合意管轄という（11条）。

合意管轄の要件は、①第一審の管轄に関する事、②一定の法律関係に基づく事件に関する事、③書面による事、④専属管轄の定めがない事、⑤管轄裁判所が特定されている事、である。なお、合意の時期には制限がないが、訴訟が管轄裁判所に係属した場合は、合意によってその管轄権を失わせることはできないため（15条）、その後の合意は移送（17条、19条）を申し立てる前提としての意味を有するにとどまる。

管轄の合意には、専属的管轄合意（他の法定管轄を排除して、特定の裁判所に専属的に管轄権を生じさせるもの）と付加的管轄合意（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もの）とがある。

〔論点2〕管轄の合意の解釈

管轄の合意が専属的管轄合意と付加的管轄合意のいずれに属するのかは、合意の意思表示の問題である。

①合意の中で、特定の裁判所のみを管轄裁判所とする旨の意思が明示されている場合には、専属的管轄合意と解釈される。

②「当事者」間の「一定の法律関係に基づく訴えに関し」複数の法定管轄裁判所が存在する場合に、その中の1つについて合意がなされているときも、専属的管轄合意と解釈されるのが通常である。法定管轄裁判所が複数あるにも関わらず、その中から合意により敢えて一つに絞って明示しているのだから、専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致すると考えられるのである。

もっとも、②の場合でも、企業側が用意した契約書や普通契約約款による当該企業の本店（本社）所在地を管轄する裁判所をもって合意による管轄裁判所とする旨の合意については、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観

C

伊藤 86 頁

令和元年採点実感

和田 78 頁、中野 78 頁

¹⁾ 学説上は、「遅滞を避け又は当事者間の衡平を図るための」裁量移送（17条）によるべきであるとする有力説もある。この見解によれば、管轄の利益と共同訴訟の利益といった当事者間の利害を比較検討して柔軟に対応することができるため、当事者間の利害調整手段として有用である。

点から、専属的管轄合意ではなく付加的管轄合意と解されることがある。²⁾

③法定管轄裁判所以外の裁判所を管轄裁判所とする合意がなされている場合については、伝統的には、付加的管轄合意と解釈されていた。もっとも、合意によって特定の裁判所が管轄裁判所とされている以上、当事者の意思の合理的解釈としては専属的管轄合意と解するのが妥当である（有力説）。

伊藤 86 頁

〔論点 3〕 管轄違いによる合意管轄裁判所への移送の制限

C

専属的管轄合意に基づく管轄裁判所に訴えが提起された場合であっても、裁判所は、訴訟を他の裁判所（法定管轄裁判所）に移送することが可能である（17条、20条1項括弧書）。

伊藤 87 頁、リークエ 72 頁

これに対し、専属的管轄合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所に訴えが提起された場合には、裁判所により、管轄違いを理由として、訴訟が合意管轄裁判所に移送される（16条1項）。もっとも、16条1項に基づく管轄違いを理由とする合意管轄裁判所への移送を制限することができないか。

合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「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」に必要である場合、管轄違いを理由として合意管轄裁判所に移送がされた後に、さらに上記法定管轄裁判所に移送されることになるが、これは迂遠である。

令和元年司法試験採点実感

また、地方裁判所が簡易裁判所の管轄に属する訴訟を自庁処理することが認められている（16条2項）ことに照らせば、土地管轄における管轄違いの場面でも自庁処理を認める理論的余地がある。

令和元年司法試験採点実感

そこで、合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「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」に必要である場合には、17条の類推適用により、16条1項に基づく移送が制限されると解すべきである。

6. 応訴管轄

原告が土地管轄又は事物管轄違いの第一審裁判所に訴えを提起した場合であっても、被告が管轄違いの抗弁を提出しないで本案について弁論をし、又は弁論準備手続において申述をしたときは、その裁判所は他に専属管轄権を有する裁判所がない限り自らが管轄裁判所になる（3条の8、12条）。

7. 専属管轄

法定管轄の中で、特に訴訟事件処理の適正迅速という公益的要請に基づいて、ある事件を特定の裁判所の管轄にのみ属するものとし、同一事件について他の裁判所が管轄権を持つことを排除するという性質を管轄の定めをいう。

²⁾ 札幌高判 S45.4.20 は、『保険契約に関する訴訟については当会社の本店所在地を管轄する裁判所をもって合意による管轄裁判所とする』という普通保険約款中の管轄の合意について、(i)「専属的管轄を定める意図であったろうことは推認され得なくもない」としつつ、(ii)これを専属的合意と解釈することは「一般の保険契約者にとって…甚だ不便なことであり、場合により（殊に遠隔地居住者の如き）、紛争解決を始めから断念せざるを得ないに等しい結果を招来することにもなるのであって、…疑わしい場合は、むしろ一般契約者の利益に解釈すべく、本件管轄約款は、相手方の本店所在地の裁判所が法定管轄権を有しない場合にも、これに管轄権を認めた、いわゆる付加的合意管轄の定めと解するのが相当である。」として、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観点から付加的管轄合意であると解釈している。

専属管轄の定めのある事件については、他の一般規定による管轄は生じないし（13条）、裁判所も訴訟を移送できない（16条2項但書、20条1項／但し、20条の2第1項）。また、専属管轄に違反した判決は常に上訴により争うことができるが（299条1項但書、312条2項3号）、専属管轄違反は再審事由ではないから判決が確定すればその瑕疵が治癒されることになる。

8. 移送

訴訟の係属している裁判所が、裁判をもって、その訴訟を他の裁判所に移転・送致することをいう。

これには、①管轄違いに基づく移送（16条）、②遅滞回避・衡平確保のための裁量移送（17条）、③当事者の合意に基づく必要的移送（19条1項）、④簡易裁判所から地方裁判所への裁量移送（18条、19条2項、274条）、⑤特許権等に関する訴えについての裁量移送（20条の2）がある。

〔論点4〕裁量移送の相当性判断

「地方裁判所は、訴訟がその管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、前項の規定にかかわらず、申立てにより又は職権で、訴訟の全部又は一部について自ら審理及び裁判をすることができる。ただし、訴訟がその簡易裁判所の専属管轄（専属的合意管轄）に属する場合は、この限りでない。」（16条2項）。

16条2項の裁量移送の要件（自庁処理の相当性）については、どのように判断されるべきか。

16条2項の規定は、簡易裁判所が少額軽微な民事訴訟について簡易な手続により迅速に紛争を解決することを特色とする裁判所であり（裁判所法33条、民訴法270条参照）、簡易裁判所判事の任命資格が判事のそれよりも緩やかである（裁判所法42条、44条、45条）ことなどを考慮して、地方裁判所において審理及び裁判を受けるとする当事者の利益を重視し、地方裁判所に提起された訴訟がその管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属するものであっても、地方裁判所が当該事件の事案の内容に照らして地方裁判所における審理及び裁判が相当と判断したときはその判断を尊重する趣旨に基づくもので、自庁処理の相当性の判断は地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられているものと解される。

そうすると、地方裁判所にその管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属する訴訟が提起され、被告から同簡易裁判所への移送の申立てがあつた場合においても、当該訴訟を簡易裁判所に移送すべきか否かは、①訴訟の著しい遅滞を避けるためや、②当事者間の衡平を図るとする観点（17条参照）からのみではなく、③16条2項の規定の趣旨にかんがみ、広く当該事件の事案の内容に照らして地方裁判所における審理及び裁判が相当であるかどうかという観点から判断されるべきものであり、簡易裁判所への移送の申立てを却下する旨の判断は、自庁処理をする旨の判断と同じく、地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられており、裁量の逸脱、濫用と認められる特段の事情がある場合を除き、違法ということはできないというべきである。

C

最決 H20.7.18・百3

このことは、簡易裁判所の管轄が専属的管轄の合意によって生じた場合であつても異なるところはない（16条2項但書）。

第8章 証拠

第1節 証拠調べ

講義案 178 頁

当事者の主張した事実でその存否に争いのあるものについては、これを判決の基礎とするためには、裁判所による事実認定が必要である。

裁判が適正であるためには、事実認定過程が公正である必要がある。

この事実認定の公正を担保するために、事実認定の資料として証拠が必要とされ（証拠裁判主義）、また、適正な証拠調べ手続が要請される。

証拠調べ手続の公正を担保するためには、当事者について証拠調べに立ち会い、かつ、証拠調べの結果について意見を述べる機会が保障されなければならない。

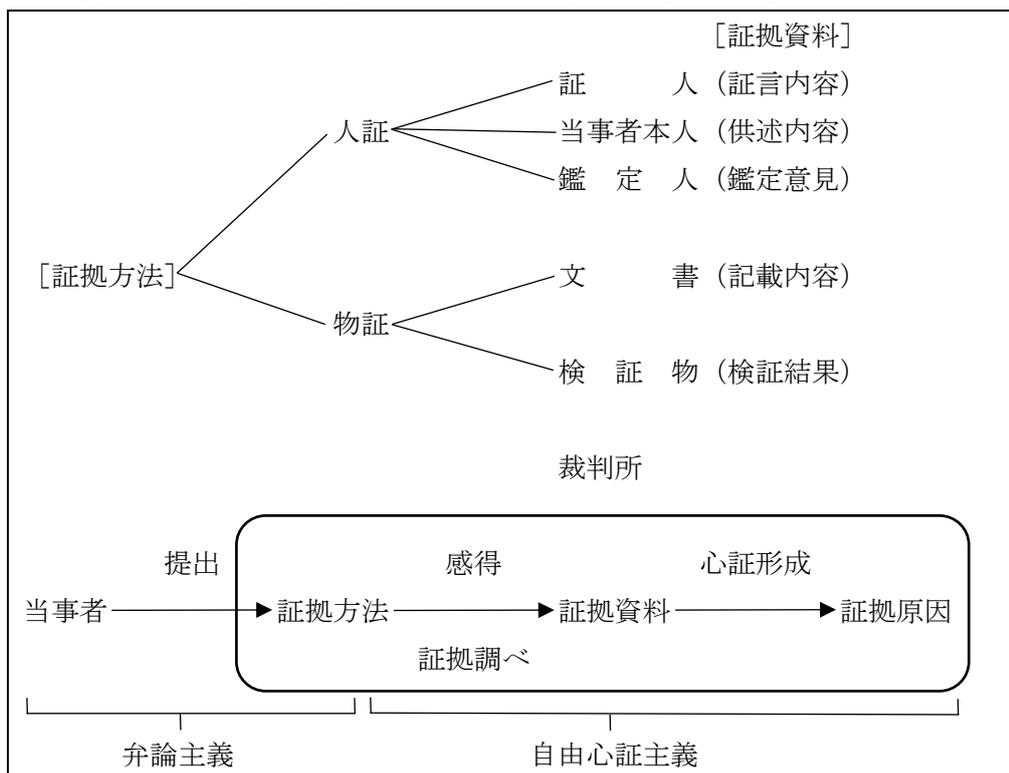
1. 証拠

B

証拠とは、一般的には、事実認定の基礎となる資料を意味する。

証拠調べにおいて、取調べの対象となる有形物を証拠方法といい、取調べ対象が人である場合を人証、物体である場合を物証という。

証拠資料とは、証拠方法の取調べから感得される証言、鑑定意見、当事者の供述、文書の記載内容、検証の結果などの資料を意味する。



2. 証明の意義

B

証明は、一般的には、ある事項を証拠によって明らかにすることを意味するが、訴訟法上は、要求される裁判官の心証の程度によって証明と疎明に分類される。

証明は、裁判官が要証事実の存在につき確信を抱いた状態、又は確信を得させるために証拠を提出する当事者の行為をいう。

疎明は、事実の存在が一応確からしいという確信よりも低い心証で足りる場合、又はそのような心証を得させるために証拠を提出する当事者の行為をいう。

3. 証拠の申出

証拠の申出とは、裁判所に対し、特定の証拠方法の取調べを要求する申立てを意味する。

弁論主義第3テーゼ（職権証拠調べの禁止）ゆえ、証拠調べは、原則として当事者の証拠の申出に基づいて開始される。職権による証拠調べは例外的に許容されているにすぎない（14条：管轄に関する証拠調べ、186条：調査嘱託、207条：当事者尋問、218条：鑑定嘱託、233条：検証の際の鑑定、237条：訴訟係属中の証拠保全、228条3項：公文書の成立の真正の問い合わせなど）。

[論点1] 唯一の証拠方法の申出の採否

証拠の申出の採否は原則として裁判官の合理的な裁量的判断に委ねられている。

もっとも、当事者間の公平ひいては双方審尋主義の要請に照らし、ある要証事実についてなされた証拠の申出がその申出当事者にとって唯一のものである場合（唯一の証拠方法）には、正当な理由がない限り、これを排斥することは許されないと解すべきである。

B

C

大判 M33.6.30

4. 書証

(1) 文書の証拠力

文書の証拠力は、文書の記載内容が要証事実の証明に役立つことを意味し、形式的証拠力と実質的証拠力に分類される。

ア. 形式的証拠力

その文書が挙証者が作成者であると主張する特定人の意思・判断等を表現したものであることをいう。

これが認められるためには、①文書がその特定人の意思に基づいて作成されたものであること（＝文書の成立の真正）及び②文書の記載内容がその特定人の意思・判断等の表現であることが必要である。

イ. 実質的証拠力

文書の記載内容が要証事実の証明に役立つ程度をいう。

実質的証拠力の程度ないし判定方法との関係で、文書が処分証書と報告文書に分類される。

(2) 処分証書・報告文書

ア. 処分証書

(ア) 定義

処分証書とは、それによって証明しようとする法律行為が記載されている文書を意味する。¹⁾

A

A

A

¹⁾ 処分証書の定義については、①それによって証明しようとする法律上の行為（＝意思表示その他の法律行為）が記載されている文書であるとする見解（司法試験委員会）と、②それによって証明しようとする法律上の行為が直接にその文書によって行われている文書であるとする見解（司法研修所・事例で考える民事事実認定 21 頁）がある。①と②の違いは、文書の成立の真正が認められて初めて、処分証書という文書の性質決定をすることができるかという点にある。

①では、証明しようとする法律上の行為が当該文書に記載されているだけで足りるため、XY間の売買契約の締結を要証事実とする場合、XY間の売買契約が本件売買契約書に記載されているだけで同契約書が処分証書に該当する。これに対し、②では、XY間の売買契約が本件売買契約書に記載されているだけでは足りず、実際にXとYが本件売買契約書によって売買契約を締結する旨の意思表示をしたことまで認められ

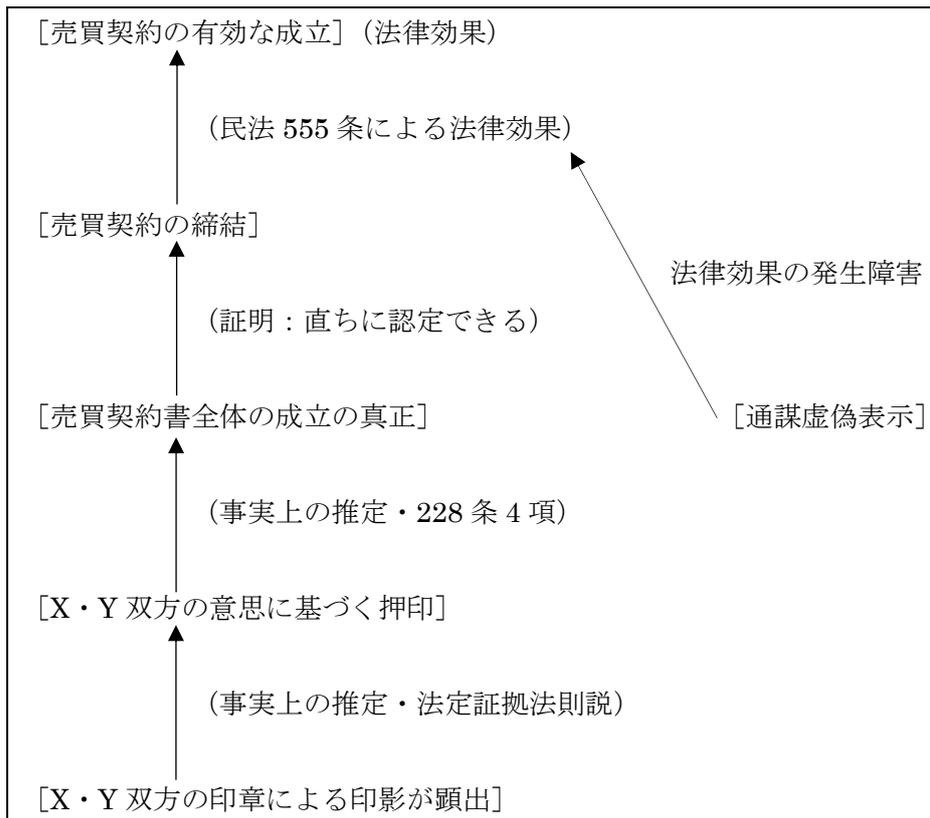
(イ) 実質的証拠力

処分証書は、その成立の真正が認められた場合、要証事実たる法律上の行為の具現物ないし化身となるから、裁判所は、成立の真正が認められた処分証書によって、挙証者が作成者であると主張する特定人が記載内容通りの法律上の行為を行ったと直ちに認定することができる。²⁾

なお、処分証書から認められる法律行為の意思表示に瑕疵があることやその効果が消滅したことは、形式的証拠力（例えば、二段の推定を覆すための反証）や実質的証拠力の問題ではなく、要証事実に基づく法律効果の発生障害事実又は消滅原因事実レベルの問題である。

【図解】 通謀虚偽表示の主張の位置付け

X が Y に対する売買代金支払請求訴訟において、XY 間の売買契約締結の事実を証明するための証拠として、XY の印章による印影がある売買契約書を提出し、Y が通謀虚偽表示を主張した事案では、Y の主張は、①売買契約書の成立の真正の否認でもなければ、②売買契約締結の事実に対する否認でもない。これは、③売買契約書により証明される売買契約締結の事実に対して民法 555 条が与えている売買契約の有効な成立という法律効果の発生を障害するための抗弁に位置づけられる。



て初めて、処分証書に該当する。したがって、本件売買契約書の成立の真正が認められて初めて、処分証書であるということができるのである。

²⁾ 処分証書は常に直接証拠に該当するわけではない。例えば、X の Y に対する売買代金支払請求訴訟において、XY 間の売買契約書は、それによって証明しようとする XY 間の売買契約の締結という法律行為が記載された文書として処分証書に当たるとともに、XY 間の売買契約締結という主要事実（請求原因事実）を直接に証明する証拠として直接証拠に当たる。これに対し、同訴訟において Y が、請求原因事実である XY 間の売買契約の締結を否認するための間接事実として同一目的物についての XZ 間の売買契約締結の事実を主張し、同事実を証明するための証拠として XZ 間の売買契約書を提出した場合、当該売買契約書は、これによって証明しようとする XZ 間の売買契約の締結という法律行為が記載された文書として処分証書に当たるが、これによって直接に証明される事実は間接事実にとどまるから間接証拠である。

イ. 報告文書

報告文書とは、処分証書以外の作成者の見聞・意見等を記載した文書をいう。

報告者の観察及び表現の正確度、観察時と報告時の近接度、記載事項と要証事実との密着度などによって、その実質的証拠力が定まるから、相手方は常にその内容の真否を争うことができる。

(3) 文書の成立の真正を証明する必要性

文書の証拠力は文書の記載内容が要証事実の証明に役立つこと（ないし役立つ程度）を意味する。

文書の成立の真正が否定されると、文書にその特定人の意思・判断等が表現されていることも否定されるから、文書の記載内容は要証事実の証明に役立たないこととなる。

したがって、挙証者は、まず文書の成立の真正（＝文書が、挙証者が作成者であると主張する特定人の意思に基づいて作成されたものであること）を証明する必要がある（228条1項）。

(4) 二段の推定

私文書については228条4項の推定規定がある。

[論点2] 一段目の推定

「本人…の押印」とは本人の意思に基づき真正に成立した押印を意味する。そして、我が国では印章は厳密に保管・管理されみだりに他人に預託されることはないから、文書中に本人の印章の印影が顕出された場合には、特段の事情のない限り、その押印が本人の意思に基づくものであることが事実上推定され、その結果、「本人…の押印がある」という要件を満たし、228条4項の適用により、文書全体が本人の意思に基づき作成されたことが推認される。

ここでいう本人の印章は、本人が所有し、自己を表すものとして使用している印章を意味する。

(反証)

事実上の推定を覆すための反証事実には、①印章の支配が本人の意思に基づかずに他人に移転したこと（盗用型）と、②目的外使用の可能性（冒用型：預託の事実＋預託の趣旨・目的から判断される）がある。

[論点3] 二段目の推定

「本人…の押印がある」という要件が認められる場合、228条4項の適用により、文書全体が本人の意思に基づき作成されたことが推定される。

二段目の推定は、文書の作成過程として、当事者が文書の内容（本文）の確定後にその内容を確認した上で押印するのが通常であるという経験則に基づく。

そして、同条項の「推定」は法定証拠法則に基づく事実上の推定であると解するから、この推定を覆すための反対証明活動は反証で足りる。

B

A

A

最判 S39.5.12・百70

A

(反証)

- ・ 228 条 4 項の「推定」(二段の推定における 2 段目の推定) について、法定証拠法則説(通説) に立つと、推定を覆すための反対証明活動は反証で足りる。これに対し、真の法律上の事実推定説では、文書全体の成立の真正が証明度に達していない場合であっても、証明責任が転換されていることから、反対証明活動としては本証が必要となる。処分証書が強い実質的証拠力を有していることに鑑みると、法定証拠法則説が妥当である。
- ・ 二段目の推定を覆すための反証事実には、①本人の白紙押印後、他人がこれを悪用して文書を完成させた可能性と、②文書作成後の変造・改ざんの可能性がある。

高橋 [下] 136 頁

(5) 文書提出命令

C

相手方当事者又は第三者が所持する文書について、挙証者は、文書提出命令を求める申立てをなすことによって、書証の申出をすることができる。

220 条が規定する文書提出義務のうち、1 号から 3 号までは当事者と文書との特殊な関係等がある場合に個別的な義務としての提出義務を認めるものであって、積極的に提出義務を肯定する規定であるのに対し、4 号はそのような特別な関係等を問題にせず、むしろ文書一般について提出義務を認めた上で、一定の場合にこれを解除するという消極的な規定であり、両者は別個の提出義務を定めたものである。

ア. 個別義務

証拠収集の必要性和文書所持者の利益保護とを調整する趣旨で、条文上個別的な義務として規定されている。前記の通り、特殊な関係等がある場合という限定列挙をしながらこれに該当するときは、無条件に提出義務を肯定するものである。

(ア) 引用文書

「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」(1 号) を意味する。

これは、①当事者が自己の主張を基礎づけるために積極的に文書の存在又はその内容を引用した以上、少なくとも相手方当事者との関係では、文書を秘匿しようとする意思はないと考えられること、また、②その主張は弁論の全趣旨として裁判所の心証に影響を与えるから、相手方当事者に文書の内容についての立証の機会を与えることが公平に合致するというものである。

(イ) 引渡し又は閲覧請求の対象となる文書

「挙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」(2 号) を意味する。

(ウ) 利益文書

「文書が挙証者の利益のために作成され…たとき」(3 号前段) を意味する。

[論点 4] 利益文書の意義

利益文書の提出義務が定められている趣旨は、挙証者の利益を目的

B

伊藤 437 頁、高橋 [下] 154 頁

第11章 既判力

第1節 総論

1. 既判力の本質・根拠

既判力とは、確定判決の判断に与えられる通用性ないし拘束力をいう。

確定判決の既判力が作用する後訴においては、前訴基準時における訴訟物の存否の判断（114条2項の既判力が作用する後訴においては、反対債権の不存在についての判断）と矛盾抵触する当事者の主張は排斥され（消極的作用）、後訴裁判所も前訴基準時における判断を前提として判決しなければならない（積極的作用）。

[論点1] 既判力の本質

既判力は実体関係に作用し、確定判決は実体法状態をその判決内容に応じたものに変えると考えた実体法説からは、既判力は先ず当事者に対し作用していくと捉える。

これに対し、既判力について、前訴の確定判決と矛盾する主張を取り上げてはならないと後訴裁判所に命ずるという訴訟法上の効果を有すると考える訴訟法説からは、既判力は専ら前訴裁判所と後訴裁判所の間で作用すると捉える。当事者に対する作用については、前訴裁判所・後訴裁判所間での既判力の作用が反射的に当事者にも作用すると説明する。

既判力の性質については、実体法説的な面と訴訟法説的な面との両面がある、あるいは、当事者に作用していく面と裁判所に作用していく面と両面がある、と緩やかに捉えておくことで足りる。

[論点2] 既判力の根拠

当事者は訴訟手続上の自律的・主体的な地位を有するから、当事者がこのような地位に基づき攻撃防御を尽くして争う機会が与えられた権利又は法律関係に対する裁判所の判断内容については、①蒸し返しを許さないために終局性を与える必要があるとともに、②当事者に手続保障が与えられているため自己責任を問うことができる（二元説）。

2. 既判力による遮断を検討する際の確認事項

事案により、①～⑤について、どの順序で問題とするのかが変わり得る。

後訴での再度の審理判断の制限が問題となっている場合、①②③⑤で考える

①既判力の客観的範囲

→前訴確定判決の既判力が、前訴確定判決の判断内容のどの部分に生じているのかを確認する（114条）。

②既判力が後訴に作用するか

→既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張が排斥されるのは、既判力が作用する後訴に限られる。逆にいうと、既判力が作用しない後訴では、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張であっても、既判力によっては遮断されない。

B

B

高橋 [上] 587～588 頁

A

高橋 [上] 589～593 頁

A

③既判力が作用する後訴において遮断される主張

→既判力が作用する後訴において、既判力により遮断される主張は、既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触するものに限られる。

例えば、既判力が生じていない判決理由中の判断と矛盾抵触するとどまる主張であれば、遮断されない。

→既判力により確定されるのは、前訴基準時における訴訟物たる権利関係の存否にとどまる。

そのため、後訴において、前訴基準時よりも前の時点における訴訟物たる権利関係の存否を争う主張であれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張に当たらないから、遮断されない。¹⁾

114 条 1 項に基づく既判力を念頭に置いた説明

④既判力の時的限界

→既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時前の事由を主張するものは、既判力により遮断されるのが原則である。

例外的に、既判力の正当化根拠が前訴における手続保障を前提とする自己責任にあることから、基準時前の事由のうち、前訴で提出することに期待可能性がなかったものの主張については、既判力により遮断されないと解されているのである（期待可能性による調整）

→既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時後の事由を主張するものは、既判力により遮断されない。

114 条 1 項に基づく既判力を念頭に置いた説明

これは、前訴基準時後における訴訟物たる権利関係の存否という、既判力が生じていない権利関係を争うための主張であるという意味で、遮断が否定されるものであるから、③の亜型に位置づけることができる。

⑤既判力の主観的範囲（115 条 1 項各号）

→仮に、既判力が後訴に作用する場合であっても、前訴確定判決の既判力が後訴の当事者間に及ばないのであれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張は、遮断されない。

平成 28 年司法試験設問 3 改題（課題②）

[③の具体例]

(事案)

甲土地の土地所有権確認請求 (○)

X → Y
基準時：H30.3/1

土地所有権侵害を理由とする損害賠償請求

X → Y
請求原因：H28.3/1～H29.3/1 における X の甲土地所有及び Y の不法占拠

¹⁾ 前訴判決の既判力が生じている権利関係の基準時と、後訴で前提問題とされている権利関係の基準時のずれは、既判力の「作用」場面では考慮しない。両者にずれがあっても、先決関係が認められ、既判力が後訴に作用する。両者のずれは、②ではなく、③で問題にする。

(解説)

前訴判決により、前訴基準時（平成30年3月1日）におけるXの甲土地の所有権の存在について既判力が生じている（114条1項）。

後訴は、「他人の権利…侵害」を基礎づけるものとしてXの甲土地の所有権の存在を請求原因の1つとするものだから、前訴の訴訟物であるXの甲土地の所有権を前提問題にするものである。したがって、前訴訴訟物と後訴訴訟物とが先決関係にあるといえるから、前訴判決の既判力が後訴に作用する。

もともと、前訴判決の既判力は、前訴基準時である平成30年3月1日におけるXの甲土地の所有権の存在を確定するにとどまり、それよりも前の時点である平成28年3月1日から平成29年3月1日の間におけるXの甲土地の所有権の存在まで確定するものではない。

したがって、Yが、後訴において平成28年3月1日から平成29年3月1日までの間におけるXの甲土地の所有権の存在を否認することは、前訴判決の既判力が生じている判断と矛盾するものではないから、既判力によって遮断されない。

第2節 既判力の作用

A

1. 消極的作用・積極的作用

(1) 消極的作用

既判力が作用する後訴においては、当事者は既判力の生じた判断を争うことはできない（遮断効：既判力の生じた判断に反する主張・証拠申出は排斥される）。

(2) 積極的作用

既判力が作用する後訴においては、裁判所は、既判力の生じた判断を前提として判決をしなければならない。

2. 既判力が作用する場面

114条1項に基づく既判力が作用するのは、「前訴と後訴の訴訟物どうし」の関係が「同一・先決・矛盾関係」のいずれかに該当する場合である。

読解 140～148 頁

(1) 同一関係

訴訟物どうしを比較して、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一である場合をいう。¹⁾

(2) 先決関係

訴訟物どうしを比較して、前訴における訴訟物が後訴における訴訟物の前提問題（先決問題）になっている場合をいう。

2015 法セミ 62 頁・65 頁

(3) 矛盾関係

前訴における訴訟物と後訴における訴訟物が、実体法上論理的に正反対の関係に立っていると評価される場合をいう。

矛盾関係については、①訴訟物どうしを比較して判断する見解と、②前訴確定判決の主文中の判断内容と後訴の訴訟物を比較して判断する見解がある。

論文試験では、事案によって、①・②を使い分ければよい（説明しやすい方を選択する。）。

(4) 具体的事例

[例 1] 所有権確認請求

X の Y に対する甲土地の所有権確認請求 ○

Y の X に対する甲土地の所有権確認請求

一物一権主義の下、実体法上、同一不動産について X・Y 双方の単独所有権を認めることはできない。

そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、一物一権主義を媒介として、矛盾関係に立つ。

①による説明である。②からも、一物一権主義を媒介として矛盾関係が認められる。

[例 2] 不当利得返還請求

X の Y に対する貸金返還請求 ○

Y の X に対する不当利得返還請求（敗訴判決に従い支払った金銭の返還）

不当利得返還請求権の内容は原物返還を原則とするから、後訴で返還が求められている金銭は、前訴の請求客体である貸金と同一物であると評価され

¹⁾ 前訴で全部勝訴した原告が再び同一訴訟物につき訴えを提起した場合には、本案審理レベルの問題である既判力の作用を考える前に、本案前のレベルの問題である訴えの利益の有無を検討する必要がある。

る。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の間には、同一物に関する行ったり来たりの正反対の請求という意味で、矛盾関係が認められる。

また、後訴の訴訟物は、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在を「法律上の原因」の不存在という請求原因とするという意味で、前訴の訴訟物を前提問題にしているといえるから、先決関係にあるともいえる。

[例 3] 判決の騙取としての不法行為に基づく損害賠償請求権

X の Y に対する貸金返還請求 ○

Y の X に対する支払った貸金相当額の損害の賠償請求（不法行為責任）

損害賠償請求における給付客体は、金銭賠償の原則に基づき、金銭に転化することになる。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、いずれも金銭を給付客体とするものであっても、金銭賠償の原則により後者の給付客体は金銭に転化していることから、給付客体の同一性が切断されることになる。したがって、両者は、同一客体に関する行ったり来たりの正反対の請求という関係にないから、矛盾関係を認めることができない。

では、先決関係はどうか。確かに、後訴原告が、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因（権利侵害・損害）として構成しているのであれば、先決関係を肯定し得る。しかし、これと異なり、前訴の手続過程全体が不法行為に当たるといって請求原因を構成している場合には、前訴の訴訟物である給付請求権が後訴の訴訟物の前提問題にされているとはいえないから、先決関係を認めることができない。

（補足）

前訴で敗訴した前诉被告が前訴確定判決の不正取得を理由として不法行為に基づく損害賠償を求めて後訴を提起する場合において後訴を制限する構成としては、①前訴確定判決の既判力が後訴に作用するとした上で後訴における前诉被告の主張のうち前訴確定判決の主文中の内容と矛盾するものを排斥することで請求を棄却するものと、②前訴確定判決の既判力が後訴に作用することを否定しつつ、請求認容のために必要とされる請求原因として、本来的要件（故意過失、権利利益侵害、損害、因果関係）に加え「特別の事情」も要求する（請求原因を加重する）というものがある。

読解 143 頁・166～68 頁では、「確定判決…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」とした最高裁平成 10 年判決の立場について、②で理解している。

したがって、前诉被告が前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因として構成しているため先決関係を認めることができるかどうか、会話文で既判力の作用を認める方向で論じるように指示があるなどの事情がない限り、①を否定した上で、②を論じることになる。

判例は先決関係も認めていない（最判 H22.4.13・H22 重判 3）。

このように、先決関係の成否は後訴原告による請求原因の構成の仕方によって変わり得ると考えられる。

最判 H10.9.10・百 39・総まくり 76
頁 [判例 1]

③共同訴訟人の1人について中断又は中止の原因が生じたときは、共同訴訟人全員に対する関係で中断又は中止の効力が生じる(3項)。

[論点5] 取締役解任の訴えにおける例外

取締役解任の訴えは会社と解任対象取締役を共同被告とする固有必要的共同訴訟である(会社法855条)から、会社・取締役に不利な「訴訟行為」である会社による裁判上の自白は、会社・取締役双方に対する関係で効力を生じないのが原則である(40条1項)。しかし、例外として、裁判上の自白の効力を認めることができないか。

40条1項は、判決の合一確定を実現するために共同訴訟人間で訴訟資料を統一することを目的として共同訴訟人独立の原則(39条)を修正するものである。

そして、同条1項が訴訟資料を統一するために共同訴訟人全員に有利な訴訟行為についてのみその効力が生じることを認めている趣旨は、他の共同訴訟人の手続保障を図ることにあると考えられる。

そこで、ある共同訴訟人による訴訟行為が共同訴訟人全員にとって有利なものであるといえなくとも、当該訴訟行為について他の共同訴訟人の手続保障が及んでいるといえる場合には、例外的に訴訟行為の効果を認めることができると解すべきである。

そして、取締役解任の訴えにおいて、会社を代表している代表取締役は、共同被告である取締役と共に会社経営をしている者であるから、裁判上の自白という会社の代表取締役としての決定に共同被告である取締役も関与している可能性がある。

そのため、仮にそのような事情が認められるのであれば、裁判上の自白について共同被告である取締役の手続保障が及んでいるといえるから、裁判上の自白の効力が認められることになる。

B

司法試験平成20年設問4

4. 訴えの主観的追加的併合

(1) 概要

訴えの主観的追加的併合は、広義では共同訴訟参加等を含むものであるが、狭義では明文のない訴えの主観的追加的併合を意味する。

類型としては、第三者が原告又は被告を新たな被告とする場合・原告又は被告が第三者を新たな被告とする場合がある。

第三者がその意思で入ってくる場合にはその相手方の手続保障が、原告又は被告が第三者を引き込む場合には第三者の手続保障が問題となる。

別訴提起をした上で裁判所に対して弁論の併合(152条1項)を促すという方法もあるが、弁論の併合が裁判所の専権事項であることから、当事者が権利として上記のような併合形態での審理を求めうるものとして、明文なき主観的追加的併合が認められるかが問題となる。

(2) 原告による訴えの主観的追加的併合

現法民訴法では、訴えの主観的追加的併合が後発的に発生する事態を予定

A

和田 528~529 頁

した手続としては、共同訴訟参加（52条）及び訴訟承継（50条、51条）についての規定が整備されている。

そのため、問題となるのは、先行して提起された個別訴訟の係属中に、原告が第三者を共同訴訟人としてその訴訟に引き込んで追加併合することにより共同訴訟関係が生じさせることの可否である。

〔論点1〕原告による訴えの主観的追加的併合

判例は、否定説に立っており、その理由として、①訴訟経済に適うとは限らない（新訴について旧訴訟の訴訟状態を当然に利用できるとは限らないから、必ずしも訴訟経済に適うものではない）、②訴訟の複雑化のおそれ（旧訴訟の訴訟状態の利用ができないと、かえって訴訟を複雑化させかねない）、③軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれ、④訴訟遅延のおそれ（新訴提起の時期いかんによっては訴訟遅延を招きやすい）などを挙げている。⁷⁾

学説では、⑤意思に反して係属中の訴訟に引き込まれる第三者の手続保障も、否定説の根拠として挙げられている。

（補足）

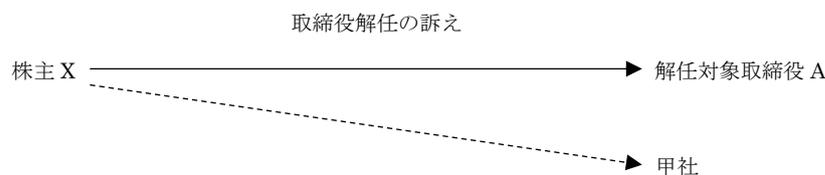
訴えの主観的追加的併合の可否を論じる際には、上記の否定説の根拠を挙げた上で、本事例に①～⑤が妥当するかを検討する。

例えば、審理の最初の段階で可否が問題となっているのなら、第三者は審理の最初から手続に関与することができるから、意思に反して係属中の訴訟に引き込まれる第三者の手続保障が害されるとはいえない（⑤）。

〔過去問〕過去問で出題された事案

（平成20年司法試験設問3）

甲社の株主Xは、弁護士を訴訟代理人に選任することなく、訴状を自ら作成し、甲社の代表取締役Aを甲社の取締役から解任することを求める取締役解任の訴え（会社法854条）を、Aだけを被告として提起したところ、会社法855条により取締役解任の訴えが解任対象取締役と会社とを共同被告とするべき固有の共同訴訟であることに気が付いたため、訴状の副本がAに送達されてから4日後に、受訴裁判所に対して、被告として甲社も追加する旨の申立書を提出した。なお、Xが取締役解任の訴えが固有の共同訴訟であることに気が付いて時点では、出訴期間（会社法854条1項柱書）が経過していた。



（平成28年司法試験設問1改題）

権利能力なき社団Xの構成員らは、Xの総有財産である甲不動産についてY名義の抵当権設定登記があったことから、Xにおける総会の議決による授權手続を経た上で、Yを被告として、甲不動産

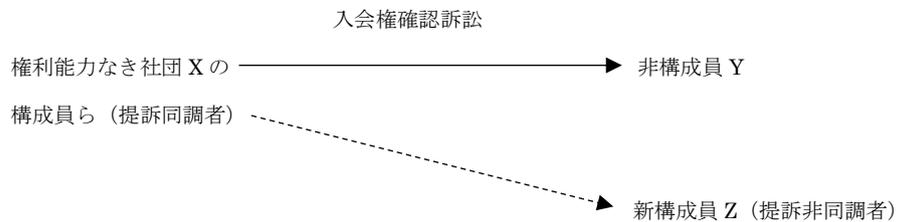
A

最判 S62.7.17・百 96

伊藤 670 頁

⁷⁾ 厳密には、判例は、否定説の理由付けとして、別訴を提起した上で裁判所に弁論の併合（152条）を申立てるべきことも挙げていると考えられるが、出訴期間との関係で別訴提起の可否が問題となる事案でない限り、この理由付けまで引用する必要はないと思われる。

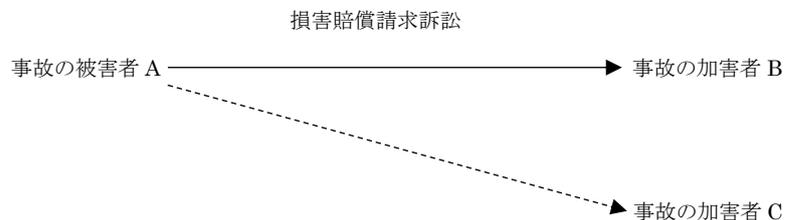
産が X の総有に属することの確認を求める総有権確認訴訟（構成員全員を共同原告とするべき固有必要的共同訴訟）を提起した後、新た現れた X の構成員 Z が提訴に同調しないため、「入会集団の構成員の中に提訴に同調しない者がいる場合には、その者を被告に加えることにより入会権確認訴訟の当事者適格を充足することができる」とした最高裁平成 20 年判決を前提として、提訴に同調しない新構成員 Z を総有権確認訴訟の被告に加える旨の申し立てを行った。



(平成 30 年司法試験設問 1 改題)

A は、B と C が運転していた 2 台の自動車が発生した事故により負傷したとして、Y に対して損害賠償請求訴訟（民法 709 条、通常共同訴訟）を提起した後で、同訴訟の第 1 回口頭弁論期日前に、Z に対する損害賠償請求訴訟を Y に対する損害賠償請求訴訟に併合する形で提起しようとした。

この事案では、訴訟が固有必要的共同訴訟である（平成 20 年司法試験設問 3）（平成 28 年司法試験設問 1）と異なり、訴訟が通常共同訴訟であるため、A は、当事者適格を欠くという瑕疵を治癒するために訴えの主観的追加的併合を用いようとしているのではない。A は、共通性の高い 2 つの訴訟について裁判所に併合審理してもらうことにより訴訟追行の負担を軽減するとともに、共通する争点である損害額について統一的な判断を得るために、訴えの主観的追加的併合を用いようとしているのである。



仮に AB 間の訴訟の審理が進んでおり、裁判所が争点である損害額について A に有利な心証を形成しつつある場合には、A にとっては、損害額についての有利な心証形成を前提として C との間で訴訟をすることができるというメリットがある一方で、C にとっては、争点である損害額について自分に不利な心証が形成されている訴訟に強制的に引き込まれることにより、手続保障が十分に与えられないことになるため、否定説の根拠である「⑤意思に反して係属中の訴訟に引き込まれる第三者の手続保障」の問題が妥当することになる。

しかし、上記事案では、AB 間の訴訟の第 1 回口頭弁論期日前、すなわち裁判所が争点について心証を形成する前に、訴えの主観的追加的併合の申し立てが行われているため、訴えの主観的追加的併合を認めても、C にとって争点である損害額について自分に不利な心証が形成されている訴訟に強制的に引き込まれることにより手続保障の権利が害されるということにはならない。このことは、否定説の根拠である⑤が妥当しないとして、訴えの主観的追加的併合を肯定する方向で評価される。

判例

- ・大判 M33.6.30 p114
- ・大判 T4.9.29 (百 56) p129
- ・大判 T5.12.23 (百 49) p95
- ・大判 T8.9.15 p139
- ・大決 T11.7.17 p204
- ・大判 S9.7.31 p224
- ・大判 S10.10.18 (百 5) p13
- ・大判 S10.12.17 p60
- ・大判 S11.3.11 (百 6) p16
- ・大判 S11.3.18 p211
- ・大判 S11.6.9 p126
- ・大判 S15.4.9 p44
- ・最判 S26.2.22 p98
- ・最判 S27.11.27 p98
- ・最判 S27.11.27 (百 51) p96
- ・最判 S27.12.25 p45
- ・最判 S27.12.25 p184
- ・最判 S29.6.11 (百 16) p39
- ・大阪地判 S29.6.26 (百 A3) p17
- ・最判 S30.7.5 (百 55) p128
- ・最判 S31.4.3 (百 110) p233
- ・最判 S32.2.28 (百 33) p184
- ・最判 S32.6.7 (百 81) p141、160
- ・最判 S33.4.17 p44
- ・最判 S33.3.7 p129
- ・最判 S33.7.8 (百 48) p93
- ・最判 S35.2.2 (百 63) p121
- ・最判 S36.4.27 (百 48) p95
- ・最判 S37.8.10 p141
- ・最判 S37.12.18 (百 9) p19
- ・最判 S38.2.21 (百 19) p42
- ・最判 S38.2.21 p187
- ・最判 S39.5.12 (百 70) p116
- ・最判 S39.6.26 (百 53) p99
- ・最判 S39.7.10 p184
- ・最判 S40.4.2 p155
- ・最判 S40.9.17 (百 76) p142、143
- ・最判 S41.1.27 (百 64) p122
- ・最判 S41.3.18 (百 21) p47

- ・最判 S41.3.22 (百 109) p228
- ・最判 S41.4.12 p82
- ・最判 S41.4.12 (百 A16) p94
- ・札幌高決 S41.9.19 (百 A2) p8
- ・最判 S41.9.22 (百 54) p127
- ・最判 S42.2.24 (百 A12) p78
- ・東京高判 S42.4.21 p133
- ・最判 S42.7.18 (百 82) p156
- ・最判 S42.10.19 (百 8) p18
- ・最判 S43.2.15 (百 94) p134
- ・最判 S43.2.22 (百 35) p58
- ・最判 S43.3.8 (百 A30) p194
- ・最判 S43.3.15 (百 99) p196
- ・最判 S43.3.28 (百 A19) p129
- ・最判 S43.4.12 p220
- ・最判 S43.5.31 p33
- ・最判 S43.8.27 (百 A4) p44
- ・最判 S43.9.12 (百 95) p190
- ・最判 S43.12.24 (百 A17) p97
- ・最判 S44.6.24 (百 84) p165
- ・最判 S44.7.10 p5、6
- ・最判 S44.7.10 (百 15) p36
- ・最判 S45.4.2 (百 30) p57
- ・最判 S45.4.23 (百 45) p84
- ・大阪地判 S45.5.28 (百 [4 版] 88) p172
- ・最判 S45.6.11 (百 52) p99
- ・最判 S45.6.24 p98
- ・最判 S45.7.15 (百 A9) p55
- ・最判 S45.10.22 (百 103) p212、213
- ・東京地判 S45.10.31 (百 43) p107
- ・最大判 S45.11.11 (百 13) p19、35
- ・最判 S45.12.15 (百 18) p43
- ・大阪高判 S46.4.8 (百 A28) p175
- ・最判 S46.6.25 (百 91) p105
- ・最判 S46.6.29 (百 A15) p94
- ・最判 S46.10.7 (百 A31) p197
- ・最判 S47.2.15 (百 23) p53
- ・最判 S47.6.2 p20、21
- ・最判 S46.6.3 (百 117) p239
- ・最判 S47.11.9 (百 A5) p34

- ・最判 S47.11.9 (百 A10) p54
- ・最判 S48.4.5 (百 74) p68、139、141
- ・最判 S48.4.24 (百 108) p24
- ・最判 S48.6.21 (百 87) p174
- ・最判 S48.7.20 (百 106) p220
- ・最判 S48.10.26 (百 7) p16
- ・最判 S49.4.26 (百 85) p165、166、168
- ・最判 S50.2.14 p69
- ・最判 S50.3.13 p221
- ・最判 S51.3.15 p16
- ・最判 S51.3.23 (百 42) p111
- ・最判 S51.3.30 (百 A32) p205、207
- ・最判 S51.7.19 (百 12) p33、34
- ・最判 S51.9.30 (百 79) p169
- ・最判 S51.10.21 (百 90) p179
- ・最判 S52.7.19 (百 A29) p131
- ・最判 S53.3.23 (百 89) p179
- ・最判 S53.7.10 (百 31) p111
- ・最判 S53.9.14 (百 88) p176
- ・東京高決 S54.9.28 (百 A36) p229
- ・最判 S55.1.11 (百 1) p6
- ・最判 S55.2.7 (百 46) p92
- ・最判 S55.10.23 (百 77) p154
- ・最判 S56.4.7 p5、7
- ・最判 S56.9.24 (百 41) p81
- ・最判 S56.12.16 (百 22) p50
- ・最判 S57.3.30 (百 A26) p156
- ・最判 S58.3.22 (百 111) p182
- ・最判 S58.10.18 p59
- ・東京高判 S60.10.30 p57
- ・最判 S61.3.13 (百 24) p54
- ・最判 S61.7.17 (百 83) p157
- ・最判 S61.9.4 (百 112) p235
- ・大阪高判 S62.7.16 (百 37) p65
- ・最判 S62.7.17 (百 96) p202
- ・名古屋高金沢支判 H 元.1.30 (百 A37) p234
- ・最判 H 元 3.28 (百 100) p196
- ・最判 H 元.11.10 p239
- ・最判 H3.12.17 (百 37) p64、66、67
- ・最判 H4.9.10 (百 116) p76、239

- ・最判 H6.5.31 (百 11) p21、197
- ・最判 H6.9.27 (百 105) p218
- ・最判 H6.11.22 (百 113) p141、237
- ・最判 H7.2.21 (百 14) p35
- ・最判 H7.3.7 p59
- ・最判 H7.7.18 p6
- ・最判 H7.7.18 p59
- ・最判 H7.12.15 (百 78) 155
- ・最判 H9.3.14 (百 A27) p168
- ・最判 H10.2.27 p34
- ・最判 H10.4.30 (百 44) p109
- ・最判 H10.6.12 (百 80) p68、137、141、159、160
- ・最判 H10.6.30 (百 38) p67、68
- ・最判 H10.9.10 (百 39) p76、149
- ・最判 H11.1.21 (百 27) p56
- ・最判 H11.6.11 (百 26) p55
- ・最決 H11.11.12 (百 69) p119、120
- ・最判 H11.11.19 p198
- ・最判 H12.2.24 (百 25) p55
- ・最判 H12.7.7 (百 112) p199
- ・最決 H13.1.30 (会社百 69) p209
- ・最判 H14.1.22 (百 104) p205、206、212
- ・最判 H15.7.11 (百 98) p196
- ・最判 H16.3.25 (百 29) p64
- ・最判 H17.7.15 p176
- ・最判 H18.4.14 (百 A11) p68、70
- ・最決 H18.10.3 (百 67) p119
- ・最判 H19.3.20 (百 40) p77
- ・東京地判 H19.3.26 (百 28) p56
- ・東京高決 H20.4.30 (百 102) p206
- ・最判 H20.7.17 (百 97) p197、202
- ・最決 H20.7.18 (百 3) p11
- ・東京地判 H22.7.27 p103
- ・最判 H25.6.6 (H25 重判 1) p73
- ・最判 H26.2.27 (百 10) p21
- ・最判 R2.9.11 (R2 重判 2) p69

(参考文献)

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」初版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第2版補訂2版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「民事訴訟法」第5版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第6版(著:伊藤真-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第3版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「民事訴訟法講義案(再訂補訂版)」(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第5版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)