

第1章 民事訴訟の概要

- 第1節. 民事訴訟の意義 p1
- 第2節. 民事訴訟手続の流れ p1～2
- 第3節. 民事訴訟における審理 p2～4
- 第4節. 事実証拠の分類 p4
- 第5節. 基本的な視点 p5～7
- 第6節. 要件事実に関する基本事項 p7～8
 - 1. 要件事実論とは
 - 2. 主張の分類
 - 請求原因／抗弁／再抗弁／再々抗弁／否認

第2章 裁判所

- 第1節. 法律上の争訟 p9～11
- 第2節. 管轄 p12～20
- 第3節. 裁判官の除斥・忌避・回避 p21～22

第3章 当事者

- 第1節. 当事者の確定 p23～32
 - 1. 当事者の確定 p23～24
 - 2. 氏名冒用訴訟 p24～27
 - 3. 死者名義訴訟 p27～30
 - 4. 法人格の同一性 p30～31
 - 5. 表示の訂正 p31～32
- 第2節. 当事者能力 p33～40
 - 1. 当事者能力の判定方法 p33
 - 2. 権利能力なき社団・財団 p33～40
- 第3節. 当事者適格 p41～57
 - 1. 当事者適格の判断基準 p41
 - 2. 第三者の訴訟担当 p41～56
 - (1) 法定訴訟担当 p41～54
 - 担当者のための法定訴訟担当／権利義務の帰属主体のための法定訴訟担当（職務上の当事者）
 - (2) 任意的訴訟担当 p54～56
 - 選定当事者／明文なき任意的訴訟担当
 - 3. 法人の内部紛争 p56～57
- 第4節. 訴訟能力 p58～61
- 第5節. 弁論能力 p62
- 第6節. 訴訟上の代理 p63～66

第4章 訴えの提起

- 第1節. 訴えの概念 p67
- 第2節. 訴訟物 p67～68

第3節. 訴えの提起の方式 p69～72

1. 訴状の提出と印紙の貼付 p69
2. 訴状の記載事項 p69～72

第4節. 訴えの提起後の手続 p73～74

第5節. 訴えの種類 p75～90

1. 給付の訴え p75～80
 - (1) 現在の給付の訴え p75～78
 - (2) 将来の給付の訴え p78～80
2. 確認の訴え p80～88
3. 形成の訴え p88～89
4. 形式的形成訴訟 p89～90

第6節. 訴訟要件 p91～94

第7節. 訴え提起の効果 p95～110

1. 訴訟係属の発生 p95
2. 重複起訴の禁止 p95～108
3. 訴え提起自体に伴う効果 p108～110

第5章 訴訟手続の進行

第1節. 職権進行主義 p111

第2節. 期日・期間・送達 p112～119

1. 期日 p112～113
2. 期間 p113～114
3. 送達 p114～119

第3節. 訴訟手続の停止 p120～122

1. 訴訟手続の中断 p120～122
2. 訴訟手続の中止 p122

第6章 口頭弁論とその準備

第1節. 口頭弁論の必要性・基本原則 p123～125

1. 口頭弁論中心主義
2. 必要的口頭弁論の原則
3. 口頭弁論の基本原則
4. 訴訟記録の閲覧

第2節. 口頭弁論の準備 p126～135

1. 準備書面の提出 p126～127
2. 争点整理手続 p127～130

準備的口頭弁論／弁論準備手続／書面による準備手続

3. 審理の計画 p130～131

進行協議期日／審理計画

4. 情報収集制度 p131～135

当事者照会／提訴前の証拠収集処分等／証拠保全／弁護士会照会

第3節. 口頭弁論の実施 p136～140

1. 意義
2. 裁判長の訴訟指揮権
3. 弁論の更新・続行・終結・再開
4. 弁論の分離・制限・併合
5. 裁判所の裁量

第4節. 攻撃防御方法の提出時期 p141～143

1. 総論
2. 時機に後れた攻撃防御方法の却下
3. 審理の計画が定められている場合の攻撃防御方法の却下

第5節. 口頭弁論期日における当事者の欠席 144～146

第6節. 口頭弁論調書 p147～148

第7章 事案の解明

第1節. 弁論主義 p149～163

1. 総論 p149
2. 弁論主義の内容 p149～151
主張責任／自白の拘束力／職権証拠調べの禁止
3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否 p151～153
4. 弁論主義第1テーゼの問題類型 p153～155
5. 弁論主義第1テーゼに関する論点 p155～163

第2節. 釈明権 p164～167

第3節. 釈明処分 p167

第4節. 専門委員制度 p168～169

第8章 訴訟行為

第1節. 総論 p170～173

1. 訴訟行為の意味
2. 事実上の主張
3. 訴訟行為の撤回

第2節. 訴訟上の合意 p174

第3節. 訴訟における形成権の行使 p175～177

第4節. 訴訟上の信義則 p178～179

1. 訴訟上の権能の濫用の禁止
2. 訴訟上の禁反言
3. 訴訟上の権能の失効
4. 訴訟状態の不当形成の排除

第9章 証拠

第1節. 証拠調べ（総論） p181～185

1. 意義

2. 証拠

3. 立証活動

証明と疎明／本証と反証／証明責任の転換と事実上の推定

4. 証拠の申出

5. 証拠調べの実施

6. 証拠調べに関する総論的な規律

第2節. 証拠調べの（各論） p185～207

1. 証人尋問 p185～193

2. 当事者尋問 p193～194

3. 鑑定 p194～196

4. 書証 p197～206

（1）意義 p196

（2）文書の概念 p196

（3）文書の証拠力 p196～197

（4）処分証書・報告文書 p197～198

（5）文書の成立の真正 p198～201

（6）文書提出命令 p201～206

（7）文書の留置 p206

5. 検証 p207

第3節. 自由心証主義 p208

1. 自由心証主義

2. 損害額の認定の特則

第4節. 証明責任 p209～211

第5節. 証明を要しない事実 p212～227

1. 裁判上の自白 p212～225

2. 擬制自白 p225～226

3. 顕著な事実 p226～227

第10章 処分権主義

1. 意義 p229

2. 根拠・機能 p229

3. 処分権主義と弁論主義の関係 p229～230

4. 内容 p230

5. 論点 p231～243

（1）質的な一部認容の限界 p231

（2）法定解除と合意解除 p231～232

（3）損害賠償請求訴訟における損害費目についての請求逸脱認定 p232～234

（4）引換給付判決 p234～238

（5）一部請求 p238～240

（6）債務不存在確認訴訟 p240～243

第 11 章 訴訟の終了

第 1 節. 当事者の訴訟行為による訴訟の終了 p245～255

1. 訴えの取下げ p245～247
2. 請求の放棄・認諾 p247～249
3. 訴訟上の和解 p250～255

第 2 節. 終局判決による訴訟の終了 p256～271

1. 裁判 p256～261
 - (1) 裁判の種類 p256～257
判決／決定／命令
 - (2) 判決の種類 p257～260
終局判決／中間判決
 - (3) 判決の時期等 p260
 - (4) 判決の成立 p260～261
2. 判決の効力 p262～266
 - (1) 判決の拘束力 p262～263
自縛力／羈束力／既判力
 - (2) 確定判決の効力 p263～265
既判力／形成力／執行力
 - (3) 判決の無効 p265
 - (4) 確定判決の変更を求める訴え p265～266
 - (5) 判決の確定時期 p266
3. 終局判決に付随する裁判 p266～271
 - (1) 仮執行宣言 p266～267
 - (2) 訴訟費用 p267～271

第 12 章 既判力

第 1 節. 総論 p273～276

1. 既判力の意義 p273
2. 既判力の本質・根拠 p273～274
3. 既判力による遮断を検討する際の確認事項 p274～276

第 2 節. 既判力の作用 p277～283

1. 消極的作用・積極的作用 p277
2. 既判力が作用する場面 p277～281
3. 既判力が作用する場面に関する補足 p281～283

第 3 節. 既判力の時的限界 p284～293

1. 既判力の基準時 p284
2. 後訴で遮断される主張 p284～286
3. 論点 p286～291
 - (1) 期待可能性による調整 p286
 - (2) 基準時後の形成権 p286～289
 - (3) 基準時後の事情変動 p289～291

- 4. 請求異議の訴えに既判力が作用する理由 p292～293

第4節. 既判力の客観的範囲 p294～312

[判決の拘束力が問題となり得る判断内容] p294～295

- 1. 原則 p295～298
- 2. 相殺の抗弁 p298～302
- 3. 争点効 p303～304
- 4. 既判力に準ずる効力 p304～309
- 5. 既判力の客観的範囲の縮小 p309～310
- 6. 信義則 p310～312

第5節. 既判力の主観的範囲 p313～327

- 1. 既判力の相対性の原則 p313～314
- 2. 訴訟担当における被担当者 p314～316
- 3. 口頭弁論終結後の承継人 p316～320
- 4. 請求の目的物の所持者 p320～322
- 5. 法人格否認の法理 p322～323
- 6. 反射効 p323～327

第13章 請求の客観的併合

第1節. 訴えの客観的併合 p329～331

- 1. 単純併合
- 2. 選択的併合
- 3. 予備的併合

第2節. 訴えの変更 p332～335

第3節. 反訴 p336～340

第4節. 中間確認の訴え p341～343

第14章 多数当事者訴訟

第1節. 共同訴訟 p344～362

- 1. 通常共同訴訟 p344～347
- 2. 同時審判申出共同訴訟 p348～351
- 3. 必要的共同訴訟 p351～359
 - (1) 意義 p351
 - (2) 固有必要的共同訴訟 p352～356
 - (3) 類似必要的共同訴訟 p356
 - (4) 必要的共同訴訟における審判の特則 p356～359
- 4. 訴えの主観的追加的併合 p359～362

第2節. 訴訟参加 p363～389

- 1. 補助参加 p363～376
 - (1) 意義 p363
 - (2) 補助参加の要件 p363～369
 - (3) 補助参加の手続 p369～370

- (4) 補助参加人の訴訟行為 p370～372
- (5) 裁判の効力（参加的効力） p372～376
- 2. 共同訴訟的補助参加 p377
- 3. 訴訟告知 p378
- 4. 独立当事者参加 p379～388
- 5. 共同訴訟参加 p388～389

第15章 当事者の交替

第1節. 任意的当事者変更 p391～392

第2節. 訴訟承継 p393～403

- 1. 意義 p393
- 2. 当然承継 p393～394
- 3. 参加承継・引受承継 p394～403

第16章 不服申立て

第1節. 上訴 p405～429

- 1. 意義 p405
- 2. 上訴の要件と効果 p405～406
- 3. 控訴 p406～421
 - (1) 控訴の対象となる判決 p406～407
 - (2) 控訴の手續 p407～408
 - (3) 控訴の利益 p408～411
 - (4) 控訴審の審理 p412～416
 - 続審制／口頭弁論／利益・不利益変更禁止の原則
 - (5) 控訴審の判決 p416～418
 - (6) 附帯控訴 p418～419
 - (7) 当事者の意思による控訴権の処分 p419～420
 - (8) その他の規律 p420～421
- 4. 上告 p422～429

第2節. 抗告 p430～432

第3節. 特別上訴 p433

第4節. 再審 p434～442

- 1. 意義 p434
- 2. 再審の訴訟手續 p434～436
- 3. 訴訟要件 p436～437
- 4. 再審の補充性 p437～438
- 5. 再審事由 p438～439
- 6. 準再審 p440
- 7. 論点 p440～442

第 17 章 特別な手続

- 第 1 節. 大規模訴訟等に関する特則 p443
- 第 2 節. 簡易裁判所の訴訟行為に関する特則 p443～445
- 第 3 節. 略式手続 p446～454
 - 1. 手形訴訟及び小切手訴訟に関する特則 p446～448
 - 2. 少額訴訟に関する特則 p448～451
 - 3. 督促手続 p451～454

第 18 章 令和 4 年民事訴訟法改正

- 第 1 節. 民事訴訟制度の IT 化 p455～467
 - 1. 訴状等の提出・送達のオンライン化 p455～459
 - 2. オンラインによる期日や証人尋問等の拡充・要件緩和 p459～466
- 第 2 節. 電磁的記録に記録された情報の内容に係る証拠調べ p466～467
- 第 3 節. 法定審理期間訴訟手続 p467～469
- 第 4 節. 住所、氏名等の秘匿制度の創設 p469～471

第 19 章 答案の書き方

- 1. 民事訴訟法で書くべき一般論の範囲 p473～475
- 2. 判例の使い方 475～476
- 3. 要件事実 p476

第1章 民事訴訟の概要

第1節. 民事訴訟の意義

A 和田 1～2 頁

民事訴訟とは、私的権利を実現するための手続であり（これを「民事訴訟手続」という）、民事訴訟手続について定めているのが民事訴訟法である。

私的権利の根拠規定は、典型的には民法であり、例えば、X が Y に対して 200 万円を貸し付けたが、Y が弁済期が到来したのに貸金を返還しないという場合であっても、X が実力行使により Y から強制的に貸金を回収することはできない（例えば、X が Y を脅迫して貸金を回収したのであれば、恐喝罪 [刑法 249 条] が成立し得る）。我が国は、自力救済が禁止されているからである（これを「自力救済禁止の原則」という）。

X としては、Y から貸金を回収するためには、①まずは、Y との間で交渉をするなどして、裁判外で貸金の返還を求めることが考えられる。Y が貸金を返還しないのであれば、②次に、Y を被告として貸金の返還を求める訴訟（＝貸金返還請求訴訟）を裁判所に提起して、裁判所の判決によって X の Y に対する貸金返還請求権の存在について判決により公権的に確定することを目指す。裁判所において、「Y は、X に対し、200 万円の金員を支払え。」という請求認容判決が言い渡され、この判決が確定した場合、Y が請求認容判決に従って任意に貸金の返還に応じることがある。もっとも、Y は請求認容判決に従って貸金を返還することを拒むことも可能であって、Y が貸金の返還を拒むことは犯罪ではないから、このままの状態では、X も裁判所をはじめとする国家機関も Y に貸金の返還を強制することはできない。そこで、③Y が請求認容判決に従って貸金を返還しない場合には、X は、確定した請求認容判決を債務名義として（民事執行法 22 条 1 号）として、Y の責任財産に対して強制執行をかけることにより、強制的に貸金の回収を図ることになる。

このように、私的権利の実現では、①民法上、X が Y に対して貸金返還請求権を有するであろう状況下において、この権利に関して XY 間で紛争が生じている（これを「私的紛争」という。）状況下において、②X が Y を被告として提起した貸金返還請求訴訟における請求認容判決により、X の Y に対する貸金返還請求権についての公権的にその存在を確定してもらうとともに、これを強制的に実現するための執行力を得て、③Y が請求認容判決に従って任意に貸金を返還しない場合には同判決を債務名義とする強制執行によって、Y の責任財産から強制的に貸金を回収するというプロセスを辿ることになる。

第2節. 民事訴訟手続の流れ

A 和田 3～5 頁

①私的紛争の発生

当事者間に私的紛争が発生し、交渉等による裁判外での解決ができない場合には、当事者の一方が紛争対象である私的権利を公権的に確定・実現するために他方当事者を被告とする訴えを裁判所に提起することによる。

②訴えの提起

- i) 原告による訴状の提出（133 条 1 項）
- ii) 裁判所（長）による訴状の審査（137 条）
- iii) 裁判所による被告に対する訴状の送達（138 条 1 項）
- iv) 裁判所（長）による口頭弁論期日の指定、当事者の呼出し（139 条）

③審理

裁判所が口頭弁論（148 条以下）を開催し、原告の主張について、被告の認否（否認、自白など）も踏まえつつ、争点については当事者が提出した証拠によって事実の存否を確定することで、原告が請求を基礎づけるために主張している事実（＝権利の発生や行使のために必要なものとして実体法で定められている法律要件に該当する具体的事実）の存否を確定することにより、判決によって原告が主張している権利の存否について判断する。

④判決の言渡し

裁判所は、審理を終えたら、口頭弁論を終結し、審理の結果に従い、原告の請求に対して判決を言い渡す（243 条）。判決には、全部認容判決、一部認容判決（一部棄却判決を含む）、全部棄却判決とがある。

⑤判決書の送達

裁判所は、当事者に対して判決書を送達する（155 条）。

⑥判決の確定

- ・当事者が判決書の送達を受けた日から 2 週間以内に当該当事者による控訴がなければ、判決が確定する（116 条）。
- ・確定判決には、原告が裁判において主張した私的権利の存否を確定する既判力（114 条 1 項）が生じるとともに、給付判決であれば強制執行をするための執行力も認められる（民事執行法 22 条 1 号）。

・多くの事件では、口頭弁論を開催する前に、口頭弁論における充実した審理を実現するために事前に争点及び証拠を整理することを目的として、弁論準備手続が実施される（168 条以下）。

・厳密には、訴え提起の前提要件である訴訟要件の審理も行われる。

・厳密には、判決は本案判決と訴訟判決（訴えを却下する判決）に大別され、訴訟要件の存在が認められない場合には訴訟判決が言い渡される。

・訴えの取り下げ、請求の放棄・認諾、和解により判決によらずに訴訟が終了することもある。

民事訴訟では三審制が採用されているから、敗訴当事者は上訴期間内に上訴することにより、上級裁判所による判断を求めることができる。

第 3 節. 民事訴訟における審理

民事訴訟における究極的な判断対象は、原告が裁判所に対して判決による公権的な判断を求めている私的権利（これを「訴訟物」という。）の存否である。

この私的権利は、民法をはじめとする実体法上の法律要件を満たした場合に認められるものであるが、権利自体には視認性がないから、裁判所としては、原告

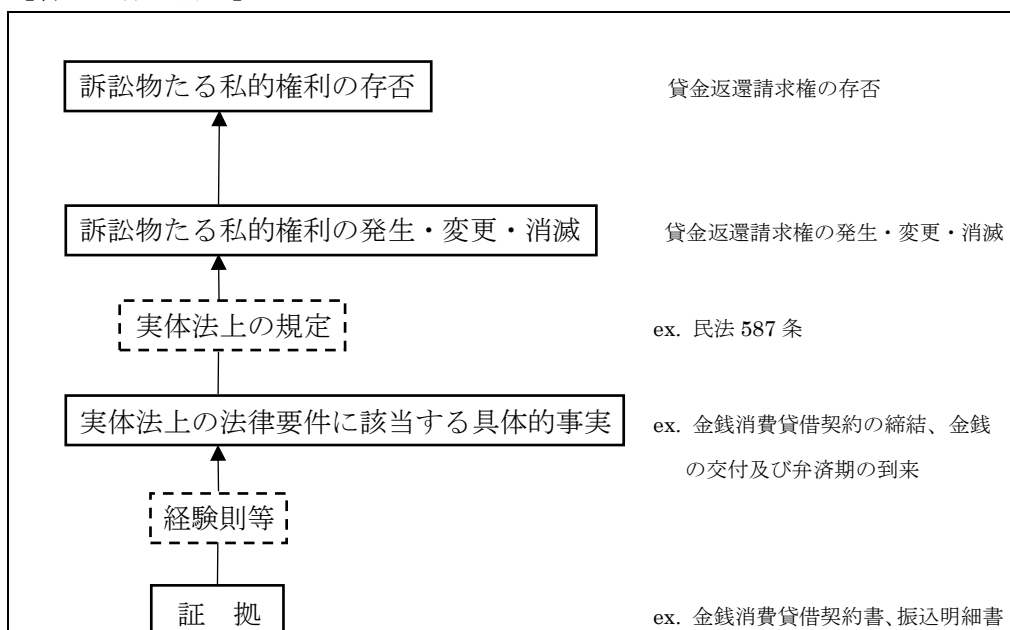
が主張する私的権利の根拠規定である実体法上の規定で定められている法律要件を満たすか否かを審理することにより、原告が主張する私的権利の存否を判断することになる。

そこで、原告は、訴訟物である私的権利の存在を根拠づけるために、実体法上の法律要件に該当する具体的事実（これを「請求原因事実」という。）を主張する。被告は、原告の主張に対して否認や自白をする。被告が自白をした事実については、裁判所は、証拠によってその存在が証明されていなくても判決の基礎にすることになる。これに対し、被告が否認したことによりその存否は争点となった事実については、裁判所は、当事者が提出した証拠によってその存否を確定する必要がある、当該事実が存在するとの確信を得ることができない場合には（これを「真偽不明」という。）、当該事実が存在しないものとして扱うことになる。

その上で、裁判所は、原告が主張する請求原因事実の存否についての審理の結果に基づいて、その存在が認められる請求原因事実を訴訟物たる私的権利の根拠規定に適用し、当該根拠規定の法律要件を全て満たす場合には請求認容判決を言い渡し、当該根拠規定の法律要件を満たさない場合には請求棄却判決を言い渡すことになる。¹⁾

このように、民事訴訟における審理は、①原告による請求原因事実の主張→②被告による否認又は自白→③裁判所が証拠調べを行い、その結果に基づいて請求原因事実の存否を確定する（被告が否認をした場合）→④審理結果に基づいて判決により訴訟物たる私的権利の存否について判断を示す、という流れを辿ることになる。

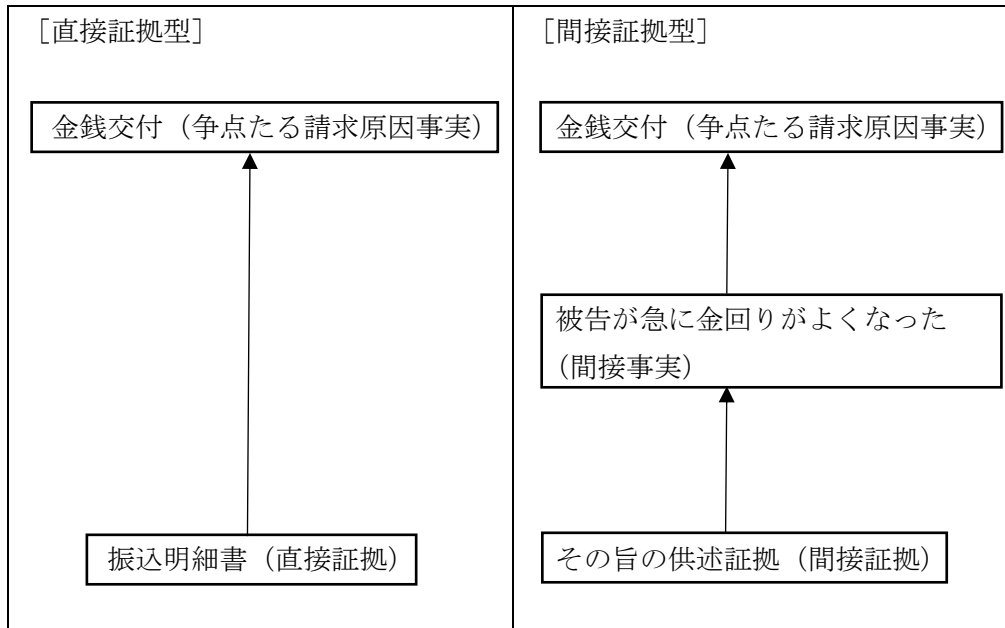
〔審理全体の構造〕



¹⁾ 厳密には、被告の反論には、原告が主張する請求原因事実の存在を争う「否認」だけでなく、原告が主張する請求原因事実の存在を前提として訴訟物たる私的権利の存在を否定する「抗弁」もある。仮に被告が「抗弁」を主張した場合には、原告の反論には、抗弁を基礎づける事実の存在を争う「否認」と、抗弁を基礎づける事実の存在を前提として抗弁の法律効果を否定する「再抗弁」とがある。

例えば、XのYに対する貸金返還請求訴訟において、請求原因事実①XY間における金銭消費貸借契約の締結、②XのYに対する金銭の交付及び③弁済期の到来の3点であり、Yが「Xから金銭を受け取っていない。」と主張した場合、これは請求原因事実に対する「否認」である。これに対し、Yが「Xに対する売掛債権により相殺した」と主張した場合、これは「相殺の抗弁」であり、これに対してXが「売掛債権は時効により消滅した」と主張した場合、これは「相殺の抗弁」に対する「消滅時効の再抗弁」となる。

[事実の存否の審理の構造] 2) 3)



第4節. 事実・証拠の分類

A

1. 事実

リークエ 208 頁

要件事実：法律関係の発生等（発生・障害・阻止・消滅など）に直接必要なものとして法律が定める抽象的な要件⁴⁾

主要事実：要件事実に該当する具体的事実

間接事実：主要事実の存否を経験則によって推認させる具体的事実

補助事実：証拠の評価に関する事実（証拠の証明力に影響を与える事実）

²⁾ より解像度を高めると、例えば、直接証拠型では、振込明細書（直接証拠）から金銭交付の事実の存在を推認することを妨げる消極的間接事実（被告が主張・立証すべき事実）もある。間接証拠型では、間接証拠から間接事実の存在を推認することを妨げる消極的間接事実（被告が主張・立証すべき事実）、間接事実と両立しつつ間接事実から金銭交付の存在を推認することを妨げる消極的間接事実（ex. 被告が急に金回りがよくなった原因は相続にある）もある。

³⁾ 民事訴訟では、刑事訴訟と異なり、裁判で証拠として使用するための前提要件である証拠能力について制限がないため（伊藤 347 頁）、証拠が文書である場合を除き、証拠として使用することの可否という次元のことが問題となることはない。証拠としての信用性が低い場合には、証明力レベル（民法上、証明力のことを「証拠力」という。）のこととして処理されることになる（証拠の信用性が低いことから、その証拠には要証事実[その証拠によって直接証明しようとする事実]を証明できるだけの証拠力がないとして、要証事実の証明が否定される）。ただし、文書については、実質的証拠力（その文書の記載内容が要証事実の証明に役立つ程度）の他に、形式的証拠力（典型的には、その文書が作成者とされる者の意思に基づいて作成されたこと）という刑事訴訟の訴訟要件に準じた概念があり、形式的証拠レベルのことが問題になることがある。

⁴⁾ 法律要件には、事実をもって記載されている事実的要件と規範的評価をもって記載されている規範的要件とがある。規範的要件については、規範的評価自体が主張立証の対象となる主要事実となるのではなく、規範的評価を根拠づける具体的事実（評価根拠事実）と評価根拠事実と両立して規範的評価を妨げる具体的事実（評価障害事実）とが主要事実となる。例えば、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、原告は「過失」の評価根拠事実について主張・立証する必要がある、原告が主張・立証した評価根拠事実により裁判所において「過失」が認められるという規範的評価が成立するのであれば、被告において「過失」の評価事実を主張・立証する必要が生じる。反対に、原告が主張・立証した評価根拠事実だけでは「過失」が認められるという規範的評価が成立しないのであれば、被告が「過失」の評価障害事実を主張・立証するまでもなく、「過失」という規範的評価が認められないことになる（要件事実論 30 講 89～94 頁、新問題研究 102 頁）。

2. 証拠

直接証拠：主要事実を直接に証明する証拠

間接証拠：間接事実又は補助事実を直接に証明する証拠⁵⁾

リークエ 253 頁

第5節. 基本的な視点

A

1. 当事者意思の尊重

民事訴訟とは私的権利を実現するための手続であり、その私的権利は実体法上、私的自治に委ねられたものであるから、民事訴訟においても当事者の意思を尊重するために、紛争解決の基盤を決める権能が一定範囲で当事者に認められている（これを「私的自治の訴訟法的反映」という。）。
典型的なものとしては、弁論主義と処分権主義が挙げられる。

弁論主義は、事実と証拠の次元で当事者に決定権を認めるものであり、処分権主義は、訴訟を開始するか否か、訴訟で救済を求める私的権利の内容、判決によらずに訴訟を終了させる時期及び方法といった次元で当事者に決定権を認めるものである。

例えば、裁判では、少なくとも主要事実については、当事者が主張した事実でなければ判決の基礎にすることができないし、自白は成立している場合には自白通りに認定しなければならない（弁論主義第1テーゼ、第2テーゼ）。また、当事者が提出した証拠でなければ事実認定に用いることができない（弁論主義第3テーゼ）。

さらに、原告が訴えを提起することにより初めて裁判が開始し、裁判所は原告が救済を求める私的権利及びその範囲の限りで判決をすることができる（処分権主義）。加えて、当事者は、訴えの取下げ（261条）、請求の放棄・認諾（266条）又は訴訟上の和解（267条）により判決によることなく訴訟を終了させることができる（処分権主義）。

2. 当事者の手続保障

民事訴訟では、当事者双方に対して訴訟物である私的権利の存否をめぐって主張、反論及び立証（これを「攻撃防御」という。）を尽くす機会が与えられていることが必要である（これを「手続保障の要請」という。）。
民事訴訟では、本案判決が言い渡され、それが確定した場合、紛争の蒸し返しを防止する趣旨から、原告が救済を求めている私的権利の存否について既判力（114条1項）という拘束力が生じる。これにより、敗訴当事者は、後訴において、前訴で敗訴した私的利益の存否を再び争うことができなくなる。当事者がこうした拘束を受けることが正当化されるのは、当事者双方に対して訴訟物である私的権利の存否をめぐって攻撃防御を尽くす機会が保障されていたこ

⁵⁾ 刑事訴訟法では、証拠は直接証拠、間接証拠及び補助証拠の3つに分類されるが、民事訴訟における証拠の分類は直接証拠及び間接証拠の2つだけであり、間接証拠が刑事訴訟法における間接証拠と補助証拠の双方を意味する用語として用いられている。

とにある。すなわち、紛争の蒸し返しを防止するために確定判決の判断内容には既判力という拘束力を認める必要があり、これを正当化する根拠が前訴における当事者の手続保障を前提とする自己責任にあるのである。

また、民事訴訟では、当事者の一方又は双方に対する不意打ち防止の要請がある。例えば、当事者の一方による不意打ち的な訴訟行為、裁判所による当事者の一方又は双方に対する不意打ち的な訴訟指揮や判決について問題視されることがある。この不意打ち防止の要請は、確定判決に既判力という拘束力が生じることの正当化根拠である当事者の手続保障の要請として問題となることもある。

3. 訴訟経済

民事訴訟では、公金で賄われている有限の公的資源である民事裁判制度を効率的に運用すべきだという要請と、当事者をはじめとする訴訟関係者の労力や費用の無駄を省くべきだという要請とがある。広義では後者も含めて「訴訟経済」と言い、狭義では前者のみを指して「訴訟経済」と言うが、テキストや授業で出てくる「訴訟経済」とはほとんどの場合、狭義の「訴訟経済」を意味する。

この訴訟経済の要請は、手続保障の要請と対立することがあり、両者の調整を要する場合があり、民事訴訟法の規定で両者の調整が行われることもある。

4. 判決効

確定判決には、判決効が認められる。

判決効には、既判力（114 条）、執行力（民事執行法 22 条号）、既判力に準ずる効力、争点効、反射効、参加効（46 条柱書）などがあるが、通常は、判決効という場合には既判力だけか、既判力及び執行力を意味している。

本案判決が確定すると、訴訟物である私的権利の存否について既判力が生じる（114 条 1 項）。例えば、X が Y に対して「Y は、X に対し、200 万円の金員を支払え。」と求めて貸金返還請求訴訟を提起し、「Y は、X に対し、200 万円の金員を支払え。」という請求認容判決が確定した場合、判決主文における「Y は、X に対し、200 万円の金員を支払え。」という部分では、X の Y に対する 200 万円の貸金返還請求権が存在するという判断が示されていることになる。この判決主文で示されている X の Y に対する 200 万円の貸金返還請求権が存在するという判断について既判力という拘束力が生じるため、敗訴した Y は後訴において前訴の訴訟物である X の Y に対する 200 万円の貸金返還請求権の存在を争うことができなくなる。これにより、Y が判決に従って X に 200 万円を弁済した後に X に対して不当利得返還請求訴訟を提起し、前訴基準時（前訴の事実審の口頭弁論終結時）前の事由（弁済など）を理由として X の Y に対する 200 万円の貸金返還請求権は既に消滅していたのだから判決確定後における Y の X に対する 200 万円の弁済には不当利得が成立と主張することは既判力により禁止されるし、Y が X による強制執行を阻止するために請求異議の訴え（民事執行法 35 条 1 項）を提起して異議事由（同条 2 項）として、前訴基準

時前の事由（弁済など）を主張することも既判力により禁止される。

また、貸金返還請求訴訟のような給付訴訟では、確定した請求認容判決（これを「給付判決」と呼ぶこともある。）には既判力に加えて執行力も認められる（民事執行法 22 条 1 号）ため、原告は当該判決を債務名義として被告の責任財産に対して強制執行をすることができる。例えば、X の Y に対する貸金返還請求訴訟において敗訴した Y が判決に従って X に対して弁済をしないのであれば、X は、民事執行法所定の手続を経た上で、確定判決を債務名義として Y の責任財産に対して強制執行をすることにより、強制的に貸金の回収を図ることができる。

第 6 節. 要件事実に関する基本事項

A

民事訴訟法では、弁論主義、裁判上の自白をはじめとする重要分野において、要件事実論に関する知識を使うことが少なくないため、要件事実論に関する基本事項について説明する。

1. 要件事実論とは

新問題研究 1～9、要件事実論 30 講
義 1～6 頁

民法をはじめとする実体法規では、法律効果の発生（＝権利の発生・障害・消滅・阻止）の発生に必要な法律要件が定められており、実体法上は、具体的事実が法律要件を満足した場合に当該実体法規が定める法律効果の発生が認められることになる。

民事訴訟の場面では、裁判所が、当事者（原告・被告）が主張・立証した事実（＝当該事案における具体的事実。これを「生の事実」と呼んだりもする。）に実体法規を適用し、当事者が主張する法律効果の発生の有無を判断することになる（厳密には、法適用は裁判所の専権事項であるから、裁判所は、当事者が主張していない法律効果に係る実体法規を事実適用することも可能であるが、こうした事態はかなり稀である。）。

民事訴訟では、実体法規が定める法律要件について、原告と被告とに証明責任が分配される（なお、主張責任の分配は証明責任の分配に一致する。）。

例えば、X の Y に対する売買代金支払請求訴訟において、Y が弁済の事実を主張したとする。X は、①代金支払請求権の発生要件（民法 555 条）に該当する具体的事実（＝XY 間における売買契約の締結）について証明責任を負い、Y は、②代金支払請求権の消滅原因である弁済の発生要件（民法 492 条）に該当する具体的事実（＝Y が当該代金支払請求権について弁済をしたこと）について証明責任を負う。

X が①の事実について主張・立証する一方で、Y が②の事実について主張したものの、提出した証拠によってはその存在を証明することができなかったという場合、②の事実は存在しないものとして扱われ、判決が言い渡されることになる。この場合だと、裁判所は、①の事実の存在については主張と証明があるため、①の事実民法 555 条を適用して代金支払請求権の成立が認められると判断する一方で、②の事実の存在については証明がなされていないため、そ

の事実が存在しないものとして扱うことにより②を要件事実とする弁済（民法492条）による代金支払請求権の消滅は認められないと判断することになり、その結果、請求認容判決を言い渡すことになる。

このように、民事訴訟の場面において、実体法規が定めている法律要件について原告と被告のどちらが証明責任（さらには、その前提としての主張責任）を負っているのかという問題に関する法律学が、要件事実論である。

2. 主張の分類

例えば、XのYに対する売買代金支払請求訴訟において、Xが請求原因として「XY間における売買契約締結」について主張・立証し、次にYが抗弁として「YのXに対する貸金返還請求権による相殺」について主張・立証し、更にXが再抗弁として「貸金返還請求権の消滅時効」について主張・立証したとする。このように、原告と被告の主張・証明責任は段階的に分配されている。

（1）請求原因

請求原因事実とは、訴訟物である権利又は法律関係を発生させるために必要な法律要件に該当する具体的事実を意味する（これを「請求原因」と呼ぶこともある。）。

新問題研究 9 頁

（2）抗弁

抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）する機能を有するものである。

新問題研究 14 頁

抗弁事実とは、抗弁の要件事実に該当する具体的事実を意味する。

（3）再抗弁

再抗弁とは、主張事実が抗弁事実と両立し、かつ、抗弁事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）する機能を有するとともに、請求原因事実から生じる法律効果を復活させる機能を有するものを意味する。

再抗弁事実とは、再抗弁の要件事実に該当する具体的事実を意味する。

（4）再々抗弁

再々抗弁とは、主張事実が再抗弁事実と両立し、再抗弁事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）するとともに、抗弁事実から生じる法律効果を復活させる機能を有するものを意味する。

要件事実論 30 講 132 頁

再々抗弁事実とは、再々抗弁の要件事実に該当する具体的事実を意味する。

（5）否認

否認とは、当事者の一方が相手方の主張する事実の存否を争うことであり、主要事実を対象とする場合には、当事者の一方が相手方が主張責任に従って主張した主要事実の存在を争うことを意味する（理論上は、相手方が主張責任を負っていない主要事実を主張している場合にその存否を争うという形での否認もあり得るが、稀なケースであるはここでは想定しなくてよい。）。

主要事実の主張は、「事実の存在」であるのが通常であるが、「事実の不存在」であることも稀にある。

否認をする際には、その理由として、相手方が主張する主要事実の存在と両立しない間接事実（これを「消極的間接事実」という。）を主張するのが通常である。

第3章 当事者

第1節 当事者の確定

民事訴訟は、二当事者が対立する構造（二当事者対立構造）になっており、相続や合併により一方当事者の地位を他方が承継した場合には、二当事者対立構造を欠くものとして訴訟が終了する。一身専属権を主張する当事者が死亡した場合も同様である。

二当事者対立構造は訴訟要件の1つであり、また、これを欠く場合における確定判決は無効である。

民事訴訟における当事者とは、原告と被告のように、訴え又は訴えられることにより判決の名宛人となる者を意味する（形式的当事者概念）。

1. 当事者の確定

例えば、Xが訴えを提起し、訴状の被告欄にはYと記載されていたが、Zが訴状を受領して口頭弁論期日に出頭して答弁をはじめとする訴訟行為を行ったという事案では、被告がYなのかZなのかが不明である。

裁判所が訴状を「被告に送達」（138条1項）ことにより適法な訴訟係属が発生するのだから、裁判所としては、仮に訴訟手続の途中でZが訴状の被告欄に記載されている「Y」ではないことが判明したならば、いったん審理及び手続の進行を停止して、被告がYとZのどちらであるのかを確認し、被告がYとして確定されたときには、Yに対して訴状を送達し直して訴訟係属を発生させた上で、Yの関与の下、XY間の訴訟手続をやり直すことになる。また、裁判所がZが訴状の被告欄に記載されている「Y」ではないことを看過して、判決書に「Y」を被告として表示して請求認容判決を言い渡し、この判決が確定した場合には、被告がYとZのどちらであったのかということが、確定した請求認容判決の既判力（114条1項）がYやZに及ぶのか、YがZが既判力を排除するために再審の訴え（338条）を提起できるかといった形で、当事者の確定が問題となる

case1 : Xは、YがXが所有する甲建物に放火してこれを焼損したことを理由として、A地方裁判所に不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起したが、訴状の当事者欄には被告として「Z」と記載されていた。Yは、被告として訴状等を受領し、第1回口頭弁論期日に出頭して答弁をするなど、弁論終結に至るまで訴訟行為を行った。Xが提起した訴えにおける被告はYとZのいずれであろうか。

【論点1】当事者の確定

当事者の確定基準については、訴状の表示を基準とする表示説、原告ないし裁判所の意思を基準とする意思説、当事者として行動し又は当事者として扱われていたかどうかを基準とする行動説、民事訴訟という紛争解決に適切な者かどうかを基準にする適格説、規範分類説などがある。¹⁾

¹⁾ 規範分類説は、当事者の確定を、これから手続を進めるに当たって誰を当事者として扱うかという行為規範の問題と、既に進行した手続を振り返ってその手続の当事者が誰であったかを回顧的に考える評価規

意思説に対しては、内心の意思を認定することは容易でないといった批判があり、行動説に対しては、具体的にどのような行動に着目して当事者らしく行動したと評価するのかが不明確であるとの批判がある。表示説については、訴状の当事者欄の記載のみを基準とする形式的表示説もあるところ、これは基準として明確である一方で、原告の合理的意思や訴えの提起後の手続過程などの周辺事情を考慮することが著しく制限されることで具体的妥当性を欠く結論になりがちであるという欠点があるため、訴状の当事者欄のみならず請求の趣旨・原因その他の記載事項も含めて訴状全体から総合的に当事者を確定するべきであるとする実質的表示説が主張される。実質的表示説が通説である。

リークエ 95 頁

当事者の確定基準としては、訴状における表示を基準とするべきであり（表示説）、訴状における表示としては当事者欄のみならず請求の趣旨・原因も考慮するべきであると解する（実質的表示説 - 通説）。

伊藤 117 頁

なぜならば、訴状の表示を基準とすることで基準の明確性を確保する一方で、請求の趣旨・原因も考慮することで具体的妥当性にも配慮する必要があるからである。

上田 84 頁

2. 氏名冒用訴訟

B

氏名冒用訴訟とは、原告又は被告側において氏名の冒用があり、冒用者が被冒用者の氏名を表示して、被冒用者の名で訴えの提起又は訴状等の受領と応訴をし、訴訟行為をなすことなどを意味する。

理論上は、原告側と氏名冒用と被告側の氏名冒用の双方があり得るが、氏名冒用訴訟のほとんどは被告側の氏名冒用の場合である。

case2: X は、登記名義を回復するために、甲土地の登記名義人 Y を被告と表示して、甲土地所有権に基づいて Y 名義の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（なお、この訴訟には、訴訟代理人はいないものとする。）。X と通じた Z は、Y と称して訴状等を受領して、第 1 回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実をすべて自白した。裁判所は、訴状等を受領して第 1 回口頭弁論期日に出席して自白をした Z を Y であると誤信していたため、請求認容判決を言い渡し、控訴期間の経過によりその判決が確定した。その後、Y 名義の所有権移転登記が抹消され、X 名義の所有権移転登記が回復した。

【基礎問 - 第 3 問・設問 1(1)】

Y は、自己名義の所有権移転登記を回復するために、訴訟法上、どのような手段を採ることができるか。

〔論点 2〕氏名冒用訴訟

B

氏名冒用訴訟において、冒用者による訴訟追行が判明せずそのまま判決が下された場合、①その判決の効力は被冒用者に及ぶのか、②及ぶとすると、訴訟

大判 S10.10.18・百 5 参照

範の問題とに分ける。そして、行為規範としては、基準の明確性から、訴状の表示を基準とする一方で、評価規範としては、訴訟における紛争解決機能・手続保障の観点から、紛争解決に資する者で、かつ、手続の結果を帰せしめて構わない程度に手続関与の機会が与えられていた者を当事者として確定する（高橋 [上] 155～156 頁）。

に關与する機会を与えられなかった被冒用者はどのようにしてその効力を排除できるのかが問題となる。

以下では、被告側の氏名冒用訴訟（case2）について取り上げる。

1. Y は、自己名義の所有権移転登記を回復するために、X を被告として、甲土地所有権に基づいて X 名義の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起することが考えられる。

(1) 仮に前訴判決に既判力（民事訴訟法 114 条 1 項）が生じているならば、前訴判決の既判力により X の Y に対する甲土地所有権に基づく所有権移転登記抹消登記請求権の存在が確定されていることになる。

そうすると、仮に後訴において Y が前訴判決の既判力により拘束されるのであれば、Y が自己の請求を基礎づけるために前訴基準前の事由を主張することは既判力の遮断効により制限されるため、Y は請求棄却判決を受けることになる。

そこで、既判力による拘束の有無が問題となる。

(2) 前訴の被告が Z である場合、判決相対効の原則（115 条 1 項 1 号）ゆえに、前訴判決の既判力は後訴において XY を拘束しない。これに対し、前訴の被告が Y である場合、前訴判決の既判力は前訴の対立「当事者である」XY を後訴において拘束するのが原則である。

ア. …実質的表示説…

訴状の被告欄（133 条 2 項 1 号前段）には Y が記載されている。また、請求の趣旨は、Y に対して甲土地の所有権移転登記手続をするように求めるものである。さらに、訴状では、請求原因の一つとして、甲土地について Y 名義の所有権移転登記がなされていることが記載されていると考えられる。したがって、訴状において被告として表示されているのは Y であるといえるから、被告は Y である。

イ. そうすると、仮に前訴判決に既判力が生じているならば、前訴判決の既判力は矛盾関係を根拠として後訴に作用するとともに、後訴において XY を拘束することになる。

(3) 訴訟係属は、訴訟要件の 1 つであり、訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」する（民事訴訟法 138 条 1 項）ことにより発生する。

case2 では、訴状等を受領したのが Z であるから、訴状が「被告」Y に「送達」されたとはいえず、適法な訴訟係属は認められない。

もっとも、適法な訴訟係属が発生しないまま言い渡された判決であっても、内容上の効果が認められると解されているから、前訴判決には既判力が認められるのが原則である。

2. そこで、Y は、後訴において前訴判決の既判力による拘束を受けることを前提として、前訴判決の既判力による拘束を受ける「当事者」（338 条 1 項柱書）として、前訴判決に対する再審の訴え（338 条 1 項）を提起し、不服申し立てをするという形で、X 名義の所有権移転登記の抹消登記手続

再審原告は、確定判決の効力を受け、かつ、その取消しについて不服の利益を持つ者である（基礎応用 437 頁(3)）。

を求めることが考えられる。²⁾

- (1) 338 条 1 項 3 号は、直接的には、訴訟代理権の欠缺の場合を規定している。これは、無権代理により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ない場合について、救済の途を残すことを趣旨とする。そこで、無権代理に限らず、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ない場合には、338 条 1 項 3 号の類推適用により再審事由が認められると解すべきである。
- (2) X と通じた Z が訴状等を受領したことにより、Y は訴状等を受領できておらず、手続関与の機会の保障がなかった。したがって、3 号の類推適用による再審事由が認められる。よって、Y による再審の訴えが認められる。

3. もっとも、X により確定判決が騙取されている事案において、Y が再審の訴えを経なければ救済を受けることができないというのは、Y に酷である。そこで、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に鑑み、例外的に、請求認容判決の既判力を否定することができないか。

- (1) 確かに、既判力は、確定判決に紛争解決基準としての安定性を与えることを目的として認められる制度的効力である。そのため、個別事情によって既判力の発生を否定することは、制度的効力としての既判力の性質に反し得るため、慎重な検討を要する。

しかし、他方で、既判力の正当化根拠は、前訴における手続保障を前提とする自己責任にある。そして、氏名冒用訴訟の場合には、被冒用者に手続関与の機会が与えられていないから、既判力の正当化根拠を欠く。

しかも、被冒用者の対立当事者と冒用者とが通謀している場合、そのような対立当事者には、確定判決に紛争解決基準としての安定性が与えられることによる利益を享受する資格はない。

そこで、被冒用者の対立当事者と冒用者とが通謀している場合には、例外的に、既判力の発生が否定されると解すべきである。

- (2) 本問では、被冒用者 Y の対立当事者である X と通謀した Z が訴状等を受領して Y の氏名を冒用しているから、前訴判決の既判力は例外的に否定される。そうすると、Y は、後訴において前訴判決の既判力による拘束を受けないから、再審の訴えを経由することなく、甲土地所有権に基づいて X 名義の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起すべきである。この後訴において、Y が請求を基礎づけるために前訴基準

伊藤 767 頁

百 5 解説 4

²⁾ 被冒用者の救済手段として再審の訴えを用いる場合、⑦再審事由の存否審理 (346 条 1 項、345 条 2 項) ⇒④存在すれば本案の再審理・裁判という流れを辿り (348 条 1 項)、④の段階で原確定判決を不当とすれば、不服の主張の限度で原確定判決を取り消し原確定判決に代わる裁判をすることになる (348 条 3 項)。再審請求に対する終局判決が確定すれば (審級に応じた上訴可能・伊藤 774 頁)、終局判決通りの既判力が生じる。なお、原確定判決の既判力の消滅の効果が確定するのは、再審開始決定が確定した段階である (新堂 948 頁)。これに対し、後訴で判決無効を主張する場合、その主張が認められるのであれば、再審の訴えを経由することなく、後訴において、原確定判決が無効でなければ既判力が生じていたであろう判断内容に抵触する主張をすることができる。

時前の事由を主張・立証することは妨げられないから、Y が当該主張・立証に成功すれば、Y の訴えが認められる。

4. Y は、X による確定判決の不当騙取が不法行為（民法 709 条）を構成するとして、X に対して甲土地の市場価額相当額の損害の賠償を求める訴えを提起することも考えられる。

確かに、判例は、「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「特段の事情」がない限り許されないとしている（判例）。

しかし、前記 3（2）の通り、本問では、前訴判決の既判力の発生が否定されるから、「確定判決の既判力による法的安定」を根拠とする上記判例法理は妥当しない。

また、「特段の事情」が認められる余地もある。

したがって、4 の訴えは上記判例法理により妨げられないから、Y には 4 の訴えを提起するという救済手段もある。³⁾

最判 H22.4.13・H22 重判 3

3. 死者名義訴訟

死者名義訴訟は、①既に死亡した者をそれと知らずに被告に表示した訴訟、原告が訴状の提出直後～送達前に死亡した訴訟の処理の問題である。

これに対して、②訴訟係属中に当事者が死亡した場合は訴訟継承（124 条 1 項 1 号）、③判決確定後に当事者だった者が死亡した場合は判決効の主観的範囲（115 条 1 項 3 号）の問題である。

B

高橋 [上] 164 頁

case3 : X は、訴訟代理人である弁護士 L を通じて、Y との間で締結した売買契約に基づいて、Y を相手取り、Y を売買契約に基づいて代金の支払を求める訴えを提起したところ、Y に訴状が送達される前に死亡した（なお、X の唯一の相続人は A である。）。訴訟の手続がある程度進んだ段階で、X 死亡の事実を知った Y は、「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した。Y の主張に対し、A としてどのような対応をするべきか（原告側の死者名義訴訟）。

【基礎問 - 第 4 問】

case4 : X は、Y との間で締結した売買契約に基づいて、Y を相手取り、Y を被告として、売買契約に基づいて代金の支払を求める訴えを提起したところ、Y は訴状が送達される前に死亡した。Z は、Y の唯一の相続人であり、かつ、Y と

【基礎問 - 第 5 問】

³⁾ 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、後訴を制限する方法としては、①前訴確定判決の既判力が後訴に作用とした上で、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、請求を棄却するというものと、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、⑦本来的要件（故意過失、権利利益侵害、損害、因果関係）に加え④「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。最高裁は②の立場であり、②・⑦については「不法行為訴訟の要件のかさ上げ」と説明されている（読解 166 頁）。

同居していた者であり、訴状等を受領し、Yが死亡したことを裁判所やXに知らせることなく、第1回口頭弁論期日に出席して答弁をし、その後も訴訟代理人を選任することなく訴訟追行を続けた。裁判所は、誰と誰を当事者としてどのような内容の判決をすべきか（被告側の死者名義訴訟）。

〔論点 3〕 原告側の死者名義訴訟

B

原告側の死者名義訴訟とは、原告が訴状の提出直後、送達前に死亡した訴訟をいう。

1. 原告側の死者名義訴訟の場合、①訴状送達前に原告が死亡しているため当事者の実在を欠くとともに、訴状送達（民事訴訟法 138 条 1 項）は無効であり、②それゆえに適法な訴訟係属も生じないから相続人による訴訟承継（124 条 1 項 1 号）もないから、原則として訴えは却下される。

また、case3 と異なり、③裁判所が原告の死亡を看過して本案判決を言い渡したとしても、その判決は二当事者対立構造を欠くことを理由として無効である。

2. もっとも、例えば case3 において、訴えを却下すると、相続人が原告となって再び同一の訴えを提起することにより訴訟をやり直すことになる。これは訴訟経済の要請に反するとともに、前訴において有利な訴訟を追行してきた当事者の既得の地位を害することにもなる。そこで、従前の訴訟手続を維持するために、原告の相続人による訴訟承継（124 条 1 項 1 号）を認めることができないかが問題となる。

- （1）確かに、訴状送達前に死亡した被相続人を原告として確定した場合、当事者の実在を欠くとして訴訟係属の発生が否定されるから、適法な訴訟係属の発生を前提とする訴訟承継も認められないのが原則である。しかし、訴訟経済及び原告側の既得の地位を保護する要請にも配慮する必要があるし、少なくとも外観上は訴訟係属が発生している。そこで、訴訟係属後の当事者の死亡に準じて考えて、訴訟承継の規定（124 条 1 項 1 号）を類推適用することにより、相続人による訴訟承継が認められると解すべきである。

- （2）そうすると、原告の相続人による訴訟承継を認めることができる。

したがって、原告の相続人は「受継の申立て」（128 条 1 項）をするべきであり、これにより訴訟承継がなされれば、当事者の実在を欠くという瑕疵が治癒されるから、訴えが却下されることはなく、本案判決を受けることができる。

〔論点 4〕 被告側の死者名義訴訟

B

被告側の死者名義訴訟とは、既に死亡した者をそれと知らずに被告に表示した訴訟をいう。

1. 民事訴訟では、二当事者対立構造は訴訟要件の 1 つであり、また、これを欠く場合における判決は無効である。

訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」（民事訴訟法 138 条 1

項) した時点で、二当事者対立構造が発生する。

2. 被告側の死者名義訴訟の場合において、被告を死者と確定すると二当事者対立構造を欠くことになる。そうすると、①二当事者対立構造という訴訟要件を欠くために訴えが不適法になる上、②訴状送達(138条1項)の無効により訴訟係属の発生も認められないから訴訟係属を前提とする相続人による訴訟承継(124条1項1号)も認められないのが原則である。⁴⁾

また、case4と異なり、③裁判所が被告の死亡を看過して本案判決を言い渡したとしても、その判決は二当事者対立構造を欠くことを理由として無効である。

3. もっとも、訴えを却下すると、原告が前诉被告の相続人を相手取って再び同一の訴えを提起することにより訴訟をやり直すことになる。これは訴訟経済の要請に反するとともに、前訴において有利な訴訟を迫行してきた当事者の既得の地位を害することにもなる。そこで、従前の訴訟手続を維持するための法律構成が問題となる。

- (1) まず、実質的表示説からも、訴状の当事者欄のみならず請求原因の記載などを考慮し、相続人を被告とする趣旨を合理的に推認して相続人を被告として確定する余地がある。仮に、相続人を被告として確定した場合には、㊦死者から相続人への表示の訂正、㊧相続人の訴訟行為は受継の有無を問わず有効とすること、㊨表示の訂正がなされないままに死者を名宛人とする判決が確定した場合における判決の更正を認めることができる。

- (2) 次に、相続人を被告として確定することができない場合には、相続人による訴訟承継(124条1項1号)を認めることの可否が問題となる。

確かに、訴訟承継は適法な訴訟係属の発生を前提とするものであるところ、訴訟係属は訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」することにより発生する。被告に訴状が送達された時点で、二当事者対立構造が発生するからである。そうすると、訴状送達前に死亡した被相続人を被告と確定した場合には、訴状送達が無効となり、適法な訴訟係属の発生も認められないため、訴訟承継も認められないのが原則である。

しかし、訴訟経済及び原告の既得の地位を保護する要請にも配慮する必要があるから、相続人が訴状を受領してから被告として訴訟迫行をしてきたと評価できる場合には、少なくとも外観上は訴訟係属が発生していることにも鑑み、訴訟承継の規定(124条1項1号)を類推適用することにより、相続人による訴訟承継が認められると解すべきである(判例)。⁵⁾

伊藤 118 頁、和田 89 頁

伊藤 118～119 頁、大判 S11.3.11・
百 6

最判 S51.3.15

⁴⁾ 訴訟係属は、訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」する(138条1項)ことにより発生する(伊藤 171 頁)。被告に訴状が送達された時点で、二当事者対立構造が発生するからである。そうすると、訴状に被告として表示された死者を被告として確定する場合、有効な訴状送達がないし、実在しない死者を被告としているのだから二当事者対立構造を認める余地もないから、訴訟係属の発生は認められない。

⁵⁾ 少なくとも外観上は訴訟係属が発生していることからすれば、訴状送達後に当事者が死亡したときやそれ以前でも訴訟代理人の選任後に当事者が死亡したというときには、訴訟係属後の当事者の死亡に準じて考えて、訴訟係属の発生を前提とする訴訟承継の規定(124条1項1号)を類推適用することにより、相

[判例]

事案：原告 X は Y を被告として訴状表示して訴えを提起したところ、Y は訴え提起に先立ち死亡していた。訴状は Y の妻 A が Y の同居人として受領した。

第一審では被告側欠席のまま、擬制自白が成立して請求認容判決が言い渡されたが、当該判決の送達において、送達不能によりはじめて Y 死亡の事実が判明した。

そこで X は、Y の家督相続人 Z に対して手続の受継を求めるとともに、第一審判決を取り消して Z との間で訴訟手続を行うため、本件を第一審に差し戻す旨の判決を求めて控訴を提起した。

要点：本判決は、実質上の被告は家督相続人 Z であり、被告の表示に誤りがあるにすぎず、被告を Y として審理判決をなした違法があるといえども、被告の表示の誤りが実質上訴訟関係の不成立を来たすとはいえないとして、事件を第一審に差し戻した。

解説：「真の紛争主体は誰であり、その者に手続保障が付与されたか」を重要な考慮要素とする判断方法に従って相続人を当事者と確定すれば、表示の訂正が行われ、相続人は従前の訴訟状態に拘束される。

他方で、死者を当事者と確定する場合には、相続人への任意的当事者変更が問題となり、相続人は原則として従前の手続に拘束されない。

以上に対し、訴訟手続内で当事者を訂正変更する機会がなく判決確定後に死者名義が発覚した場合は、死者名義訴訟の判決効が相続人に及ぶか否かにまで発展する。

B

大判 S11.3.11・百 6

百 6 解説

4. 法人格の同一性

被告側の新旧会社が実質的に同一である場合において、新会社側が旧会社と別人格であると主張することが信義則や法人格否認の法理により制限されるかが問題となることがある。

例えば、A 社に甲建物を賃貸していた X が訴状の被告欄に A 社と表示して建物賃貸借契約の終了に基づく建物明渡しを求める訴えを提起したところ、A 社は提訴直前に債務免脱目的で A 社の商号を B 社に変更した上で代表取締役・従業員・営業所・営業目的等を同じくする A 社を新設しており、訴訟において、旧 A 社及び新 A 社双方の代表取締役である Y が、当初は賃貸借契約締結などについて自白していたものの、控訴審の終結直前で新 A 社の設立を明らかにした上で反真実を理由として自白を撤回する旨を主張したという事案では、法人格否認の法理を適用して、訴訟手続における旧 A 社の法人格を一律に否定することにより、旧 A 社と新 A 社を一体として当事者とみることの可否が問題となる。

最高裁昭和 53 年判決は、「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

C (総)

最判 S53.9.14・百 88

続人による訴訟承継を認めるということも可能である、との説明もある。(和田 89 頁、伊藤 118～119 頁、上田 85 頁、最判 S51.3.15)。

いては、…」との理由から、法人格否認の法理による既判力・執行力の主観的範囲の拡張を否定している。

もっとも、訴訟手続内における法人格否認の法理であれば、既判力や執行力の主観的範囲を拡張するものではないから、最高裁昭和 53 年判決に抵触するものではなく、許容される余地があると考えられる。

最高裁昭和 48 年判決は、上記事案において、「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って、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ものと解するのが相当である」と一般論を判示した上で、「新 A 社は、取引の相手方である X に対し、信義則上、新 A 社が旧 A 社と別異の法人格であることを主張し得ない筋合いにあり、したがって、新 A 社は…自白が事実反するものとして、これを撤回することができず、かつ、旧 A 社の X に対する…明渡…債務につき旧 A 社」とならんで責任を負わなければならない。」とした。

実質的表示説からは、訴状の被告欄には旧 A 社が表示されている上、訴状における請求原因では賃貸借契約の相手方（借主）として旧 A 社が表示されていることなどから、旧 A 社を本来的な被告として捉えることになるが、本判決は新 A 社を被告として扱っている。これについては、新 A 社を最終的な被告として捉えたと、X は旧 A 社に対して強制執行をすることができない（理由：最高裁昭和 53 年判決により、法人格否認の法理による執行力の拡張は否定されている）不都合があるとして、旧 A 社と新 A 社を一体として被告とみるべきであるとの見解もある。

本判決については、法人格否認の法理により訴訟手続における旧 A 社の独立の法人格を否定したのではなく、（ア）訴訟上の信義則（2 条）を理由として新 A 社による自白の撤回を否定したのであり、（イ）その前提として、Y が新 A 社の設立を明らかにした上で自白を撤回する旨を主張した直前に任意的当事者変更により被告が旧 A 社から新 A 社に変更されていたと考えるという説明もある。

5. 表示の訂正

訴状において、当事者を X と表示していたにもかかわらず、訴訟係属中にその表示を Y に変更しようとする場合における当事者の訴訟行為としては、表示の訂正と任意的当事者変更とがある。

表示の訂正とは、X 及び Y の表示が同一人格を表しているものとして、当事

百 7 解説・4 も結論同旨

最判 S48.10.26・百 7

リークエ 98 頁、和田 95 頁

百 7・解説 3

C

伊藤 119～121 頁

者の同一性を前提として、X から Y への表示の訂正を申し立てることをいう。このように、表示の訂正は、当事者の変更を伴うものではなく、それ故に当事者間の訴訟係属及び訴訟法律関係に何らの影響も与えず、それを前提とした当事者の表示のみを変更するにすぎないのだから、適法である。

任意的当事者変更とは、X 及び Y が別人格を表しているものとして、当事者の同一性がないことを前提として、当事者の変更を申し立てることをいう。当事者の変更は、これにより従来の当事者と新当事者との間における訴訟係属の発生と訴訟法律関係の成立という新たな法律効果を伴うため、訴訟承継（124 条、49 条、50 条以下）など法律に規定がある場合を除いては、任意的当事者変更としてその適法性が問題となる。

なお、下級審裁判例には、約束手形の所持人 X は、手形金の支払を求める訴えにおいて、訴状の被告欄において、約束手形の振出人 Y について「株式会社栗田商店こと栗田末太郎」と記載していたところ、手形振出し直後に本店移転及び株式会社への法人成りによる商号変更が判明したことから、「栗江興業株式会社右代表取締役栗田末太郎」に表示を改めることを申し立てたという事案において、実質的表示説の立場から、X の求めている被告 Y 社は、本件手形振出人「株式会社栗田商店」であり、その後に変更された商号である「栗江興業株式会社」との間における「被告の同一性」は維持されているとして、「表示の訂正」を認めたものがある。

詳細は基礎応用 391 頁

大阪地判 S29.6.26・百 A3

第5章 訴訟手続の進行

第1節 職権進行主義

現行法では、訴訟手続の進行について、その主導権を裁判所に認めるという職権進行主義が採用されている。これは、当事者進行主義による場合には訴訟遅延になるという歴史的教訓によるものである。

手続を主宰する裁判所又は裁判長の権能は、訴訟指揮権とも呼ばれ、口頭弁論期日の指定（93条1項・2項）・口頭弁論の指揮（148条）の権限、期日の変更（93条3項・4項）、口頭弁論の再開（153条）、口頭弁論の制限・分離・併合（152条）、時機に後れた攻撃防御法の却下（157条）、釈明権（149条）などがある。

他方で、民事訴訟が私的紛争を解決する場であることから、訴訟手続の進行について当事者の関与が認められている。これには、①手続の進行についての当事者意思の直接的に反映するもの（11条、93条3項但書、172条但書、92条の2第3項、92条の4但書）、②各種申立権（16条～18条、149条3項、126条、157条）、③当事者の意見聴取等（147条の3第1項、168条、170条3項、207条2項）、④違法な手続についての責問権（90条）がある。

④の責問権とは、裁判所又は当事者の訴訟行為に訴訟手続の法規違反があった場合に、異議を述べてその無効を主張する当事者の権能であり、90条は、「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。」と定めることにより、責問権の放棄・喪失について規定している。

効力規定のうち、主として当事者の訴訟追行上の利益の保障を目的とする任意規定については、責問権の放棄・喪失が認められる。これに対し、公益性が強い強行規定違背については責問権の放棄・喪失は認められない。

C

和田 184～185 頁

第2節 期日・期間・送達

詳細は（択）

1. 期日

C 伊藤 242～246 頁

（1）意義

〔93 条〕 期日の指定及び変更

- ① 期日は、申立てにより又は職権で、裁判長が指定する。
- ② 期日は、やむを得ない場合に限り、日曜日その他の一般の休日に指定することができる。
- ③、④ （略）

〔規則 35 条〕 受命裁判官等の期日指定

受命裁判官又は受託裁判官が行う手続の期日は、その裁判官が指定する。

期日（93 条）とは、当事者及び訴訟関係人並びに裁判所が会合して訴訟行為をなすための時間を意味する。

職権進行主義の原則により、期日の指定は、裁判所によって行われる。具体的には、合議体の手続においては裁判長が、その他の手続においてはこれを主宰する裁判官が、当事者の申立て又は職権により、命令の方式によって行われる（93 条 1 項、規則 35 条）

（2）期日の呼出し及び実施

〔94 条〕

- ① 期日の呼出しは、呼出状の送達、当該事件について出頭した者に対する期日の告知その他相当と認める方法によってする。
- ② 呼出状の送達及び当該事件について出頭した者に対する期日の告知以外の方法による期日の呼出しをしたときは、期日に出頭しない当事者、証人又は鑑定人に対し、法律上の制裁その他期日の不遵守による不利益を帰することができない。ただし、これらの者が期日の呼出しを受けた旨を記載した書面を提出したときは、この限りでない。

期日の呼出しがなされると、これを受けた当事者及び訴訟関係人は当該期日に出頭する義務を負う。

期日の呼出しは、期日における訴訟行為について当事者及び訴訟関係人に対して手続保障を与える趣旨があるから、呼出しをしないで開かれた期日の実施は違法である。

（3）期日の変更

〔93 条〕 期日の指定及び変更

- ①、② （略）
- ③ 口頭弁論及び弁論準備手続の期日の変更は、顕著な事由がある場合に限り許す。ただし、最初の期日の変更は、当事者の合意がある場合にも許す。
- ④ 前項の規定にかかわらず、弁論準備手続を経た口頭弁論の期日の変更は、やむを得ない事由がある場合でなければ、許すことができない。

〔規則 36 条〕 期日変更の申立て

期日の変更の申立ては、期日の変更を必要とする事由を明らかにしてしなければならない。

〔規則 37 条〕 期日変更の制限

期日の変更は、次に掲げる事由に基づいては許してはならない。ただし、やむを得ない事由があるときは、この限りでない。

- 一 当事者の一方につき訴訟代理人が数人ある場合において、その一部の代理人について変更の事由が生じたこと。
- 二 期日指定後にその期日と同じ日時が他の事件の期日に指定されたこと。

(4) 種類

期日は、そこにおいてなされる当事者及び訴訟関係人の訴訟行為の内容に応じて、いくつかの種類に分類される。

口頭弁論期日 (139 条)、弁論準備手続期日 (170 条)、進行協議期日 (規則 95 条)、判決言渡期日 (規則 156 条)、証拠調べの期日 (240 条)、和解期日 (261 条 3 項参照) などがある。

2. 期間

C 伊藤 246～250 頁

(1) 意義

期間とは、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におけるその時間経過を意味する。

法は、適正かつ迅速な審理の進行を実現するために各種の訴訟行為について期間を定める一方で、それによって生じる不利益に配慮して期間の伸長及び伸縮を定めている。

期間には、訴状の補正期間 (137 条 1 項)、準備書面提出期間 (162 条)、上訴期間 (285 条、313 条、332 条)、控訴審における攻撃防護方法の提出期間 (301 条) など様々なものがある。

(2) 通常期間と不変期間

〔96 条〕 期間の伸縮及び付加期間

- ① 裁判所は、法定の期間又はその定めた期間を伸長し、又は短縮することができる。ただし、不変期間については、この限りでない。
- ② 不変期間については、裁判所は、遠隔の地に住所又は居所を有する者のために付加期間を定めることができる。

法定期間のうち裁判所がその期間を伸縮できないものを不変期間といい (96 条 1 項)、主として裁判に対する不服申立期間 (285 条、332 条、342 条、357 条、378 条、393 条など) については不変期間とされていることが多い。もっとも、裁判所が付加期間を定めることは許されており、その場合には付加期間と本来の期間とを合算した期間が不変期間となる (96 条 2 項)。

法定期間のうち不変期間以外のものを通常期間といい、これは原則として伸縮が可能である。もっとも、期間の伸縮について、当事者の申立権は認められておらず、裁判所の職権に委ねられている。

(3) 期間の計算

〔95 条〕 期間の計算

- ① 期間の計算については、民法の期間に関する規定に従う。

- ② 期間を定める裁判において始期を定めなかったときは、期間は、その裁判が効力を生じた時から進行を始める。
- ③ 期間の末日が日曜日、土曜日、国民の祝日に関する法律…に規定する休日、1月2日、1月3日又は12月29日から12月31日までの日に当たるときは、期間は、その翌日に満了する。

例えば、期間の計算については、民法の期間に関する規定として初日不算入の原則（民法140条）や「前条の場合は、期間は、その末日の終了をもって満了する」と定める民法141条などが適用される。

（4）訴訟行為の追完

〔97条〕 訴訟行為の追完

- ① 当事者が裁判所の使用に係る電子計算機の故障その他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1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、2月とする。
- ② 前項の期間については、前条第1項本文の規定は、適用しない。

例えば、当事者が第一審判決の「判決書…の送達を受けた日から2週間の不変期間内」（285条）に控訴をすることができなかった場合でも、そのことについて「当事者…の責めに帰することができない事由」が認められる場合には、控訴を妨げていた「事由が消滅した後1週間以内に」控訴を提起することにより控訴の追完が認められる。

3. 送達

B 伊藤 250～260 頁

（1）意義

〔98条〕 職権送達の原則等

- ① 送達は、特別の定めがある場合を除き、職権です。
- ② 送達に関する事務は、裁判所書記官が取り扱う。

〔99条〕 送達実施機関

- ① 送達は、特別の定めがある場合を除き、郵便又は執行官によってする。
- ② 郵便による送達にあつては、郵便の業務に従事する者を送達をする者とする。

送達制度（98条以下）の目的は、当事者に対して訴訟行為をなすための手続保障を与えることにある。

現行法は、職権送達主義を原則とし（98条1項）、公示送達についてののみ当事者主義を採用している（110条）。

（2）送達書類

法は、一定の種類については、送達しなければならないとして、送達を義務づけている。例えば、訴状（138条1項）、期日の呼出状（94条1項）、反訴状（146条4項）、判決書又は判決に代わる調書（255条1項）、上诉状（289条1項、313条等）などである。これらは、当事者にその存在や内容を知らせて対応の機会を与えることが特に重要な書類だからである。

リークエ 163 頁

（3）送達場所等の届出

〔104条〕 送達場所等の届出

- ① 当事者、法定代理人又は訴訟代理人は、送達を受けるべき場所（日本国内に限る。）を受訴裁判所に届け出なければならない。この場合においては、送達受取人をも届け出ることができる。
- ② 前項前段の規定による届出があった場合には、送達は、前条の規定にかかわらず、その届出に係る場所においてする。
- ③ 第 1 項前段の規定による届出をしない者で次の各号に掲げる送達を受けたものに対するその後の送達は、前条の規定にかかわらず、それぞれ当該各号に定める場所においてする。
 - 一 前条の規定による送達 その送達をした場所
 - 二 次条後段の規定による送達のうち郵便の業務に従事する者が日本郵便株式会社の営業所（郵便の業務を行うものに限る。第 106 第 1 項後段において同じ。）においてするもの及び同項後段の規定による送達 その送達において送達をすべき場所とされていた場所
 - 三 第 107 条第 1 項第 1 号の規定による送達 その送達においてあて先とした場所

（４）受送達者と送達受領者

〔102 条〕 訴訟無能力者等に対する送達

- ① 訴訟無能力者に対する送達は、その法定代理人にする。
- ② 数人が共同して代理権を行うべき場合には、送達は、その一人にすれば足りる。
- ③ 刑事施設に収容されている者に対する送達は、刑事施設の長にする。

受送達者とは、その者を名宛人として送達が行われるべき者をいう（これを「送達名宛人」ということもある。）。これに対し、現実を送達書類を受領する者を送達受領者という。

受送達者は、当事者など訴訟関係人本人を意味するのが原則であるが、本人が訴訟無能力者である場合には法定代理人が受送達者となり（102 条 1 項）、法人を当事者とする訴訟においてはその代表者が受送達者となる（37 条による 102 条 1 項の準用）。¹⁾

（５）送達の方法

ア. 交付送達の原則

〔101 条〕 交付送達の原則

送達は、特別の定めがある場合を除き、送達を受けるべき者に送達すべき書類を交付してする。

送達では、裁判を受ける権利の保障（憲法 32 条）という観点から、当事者の手続関与の機会を実質的に保障するために、受送達者本人が送達内容を実質的に了知できるようにするべく、受送達者本人に直接書類を交付して行うことが原則とされる（101 条）。

交付送達は、送達場所、送達受領者及び送達実施機関によって、いくつかの類型に区分される。

（ア）就業場所における送達（送達場所による区別）

〔103 条〕 送達場所

- ① 送達は、送達を受けるべき者の住所、居所、営業所又は事務所（以下この節において「住所等」という。）においてする。ただし、法定代理人に対する送達は、本人の営業所又は事務所においてもすることができる。

¹⁾ 訴訟委任に基づく訴訟代理人が選任されている場合にも、訴訟代理人が受送達者となるが、本人を受送達者として送達をしても違法ではないと解されている（最判 S25.6.23）。

② 前項に定める場所が知れないとき、又はその場所において送達をするのに支障があるときは、送達は、送達を受けるべき者が雇用、委任その他の法律上の行為に基づき就業する他人の住所等（以下「就業場所」という。）においてすることができる。送達を受けるべき者（次条第 1 項に規定する者を除く。）が就業場所において送達を受ける旨の申述をしたときも、同様とする。

交付送達は、受送達者の住所などを送達場所としてなされるのが原則であるが、補充的な送達場所として就業場所が認められている。

（イ） 出会送達（送達場所による区別）

〔105 条〕 出会送達

前 2 条の規定にかかわらず、送達を受けるべき者で日本国内に住所等を有することが明らかでないもの（前条第 1 項前段の規定による届出をした者を除く。）に対する送達は、その者に出会った場所においてすることができる。日本国内に住所等を有することが明らかな者又は同項前段の規定による届出をした者が送達を受けることを拒まないときも、同様とする。

出会送達とは、本来の送達場所ではなく、送達実施機関が受送達者と出会った場所において書類を交付する方法を意味する。

（ウ） 裁判所書記官送達（送達実施機関及び送達場所による区別）

〔100 条〕 裁判所書記官による送達

裁判所書記官は、その所属する裁判所の事件について出頭した者に対しては、自ら送達をすることができる。

裁判所書記官送達は、簡易送達とも呼ばれる。

（エ） 補充送達（送達受領者による区別）

〔106 条〕 補充送達及び差置送達

① 就業場所以外の送達をすべき場所において送達を受けるべき者に出会わないときは、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のあるものに書類を交付することができる。郵便の業務に従事する者が日本郵便株式会社の営業所において書類を交付すべきときも、同様とする。

② 就業場所（第 104 条第 1 項前段の規定による届出に係る場所が就業場所である場合を含む。）において送達を受けるべき者に出会わない場合において、第 103 条第 2 項の他人又はその法定代理人若しくは使用人その他の従業者であって、書類の受領について相当のわきまのあるものが書類の交付を受けることを拒まないときは、これらの者に書類を交付することができる。

③ （略）

当事者の裁判を受ける権利（憲法 32 条）を保障する観点から、受送達者本人に対する直接交付の方法が原則とされている。もっとも、受送達者本人に対する直接交付を必須とすると手続進行の円滑・相手方の権利実現が阻害されるため、一定の要件の下で、受送達者以外の同居人等を送達受領者とする送達が認められている。これを補充送達という。

（オ） 差置送達

〔106 条〕 補充送達及び差置送達

①、② （略）

- ③ 送達を受けるべき者又は第 1 項前段の規定により書類の交付を受けるべき者が正当な理由なくこれを受けることを拒んだときは、送達をすべき場所に書類を差し置くことができる。

105 条後段や 106 条 2 項の場合を除き、受送達者や送達受領者は、送達書類を受領する義務を負っているから、これらの者が正当な理由なく送達書類の受領を拒んだ場合には、送達実施機関が送達場所に送達書類を差し置くことが認められている。

イ. 付郵便送達

〔107 条〕書留郵便等に付する送達

- ① 前条の規定により送達をすることができない場合には、裁判所書記官は、次の各号に掲げる区分に応じ、それぞれ当該各号に定める場所にあてて、書類を書留郵便又は民間事業者による信書の送達に関する法律…第 2 条第 6 項に規定する一般信書便事業者若しくは同条第 9 項に規定する特定信書便事業者の提供する同条第 2 項に規定する信書便の役務のうち書留郵便に準ずるものとして最高裁判所規則で定めるもの（次項及び第 3 項において「書留郵便等」という。）に付して発送することができる。
- 一 第 103 条の規定による送達をすべき場合 同条第 1 項に定める場所
 - 二 第 104 条第 2 項の規定による送達をすべき場合 同項の場所
 - 三 第 104 条第 3 項の規定による送達をすべき場合 同項の場所（その場所が就業場所である場合にあっては、訴訟記録に表れたその者の住所等）
- ② 前項第 2 号又は第 3 号の規定により書類を書留郵便等に付して発送した場合には、その後を送達すべき書類は、同項第 2 号又は第 3 号に定める場所にあてて、書留郵便等に付して発送することができる。
- ③ 前 2 項の規定により書類を書留郵便等に付して発送した場合には、その発送の時に、送達があったものとみなす。

付郵便送達とは、裁判所書記官が受送達者の住所など本来の送達場所に対して書留郵便等によって送達書類を発送し、発送の時に送達の効力を生じさせる送達方法をいう。

〔論点 1〕付郵便送達

信販会社 Y1 の X に対する X 名義のクレジットカードの利用に係る立替金等 28 万円の給付訴訟が提起され、X の住所宛ての訴状等の付郵便送達（107 条）が無効であり（なお、X 不在のため、訴状等は裁判所に還付されている）、X 不出頭のまま Y1 勝訴判決が下され、しかも、X の住所に送付された判決正本を X の妻（実際にクレジットカードを利用した者）が X に渡さなかったため、X に手続関与の機会が与えられることなく Y1 勝訴判決が確定した。

X は、28 万円を任意弁済した上で、Y1 勝訴判決に対する再審の訴えを提起したところ、上訴の追完可能性を理由として再審の補充性（338 条 1 項但書）により再審の訴えを却下されたため、Y1 に対し、前訴における受訴裁判所からの照会に対し誤った回答をしたことにつき故意又は重過失が

C

最判 H10.9.10・百 39

付郵便送達は Y1 の回答書に基づき実施されたものである。

あるとして、①敗訴判決を受けたことによる損害（任意弁済した 28 万円）及び②前訴の訴訟手続に關与する機会を奪われたことについての慰謝料の賠償を求める訴訟を提起した。²⁾

本判決は、「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」とした上で、①については、「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」に当たることを前提に、Y1 の誤った回答が X の権利を害する意図の下にされたとはいえないとし、特別の事情を否定した（判例）。これに対し、②については、「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」に当たらないとした（判例）。

ウ. 公示送達

〔110 条〕 公示送達の要件

- ① 次に掲げる場合には、裁判所書記官は、申立てにより、公示送達をすることができる。
- 一 当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れない場合
 - 二 第 107 条第 1 項の規定により送達をすることができない場合
 - 三 外国においてすべき送達について、第 108 条の規定によることができず、又はこれによっても送達をすることができないと認めるべき場合
 - 四 第 108 条の規定により外国の管轄官庁に囑託を発した後 6 月を経過してもその送達を証する書面の送付がない場合
- ② 前項の場合において、裁判所は、訴訟の遅滞を避けるため必要があると認めるときは、申立てがないときであっても、裁判所書記官に公示送達をすべきことを命ずることができる。
- ③ 同一の当事者に対する 2 回目以降の公示送達は、職権です。ただし、第 1 項第 4 号に掲げる場合は、この限りでない。

〔111 条〕 公示送達の方法

公示送達は、裁判所書記官が送達すべき書類を保管し、いつでも送達を受けるべき者に交付すべき旨を裁判所の掲示場に掲示してする。

〔112 条〕 公示送達の効力発生の時期

- ① 公示送達は、前条の規定による掲示を始めた日から 2 週間を経過することによって、その効力を生ずる。ただし、第 110 条第 3 項の公示送達は、掲示を始めた日の翌日にその効力を生ずる。
- ② 外国においてすべき送達についてした公示送達にあっては、前項の期間は、6 週間とする。
- ③ 前 2 項の期間は、短縮することができない。

²⁾ 本件の再審の訴えは昭和 61 年に提起されたものであり、その後の最高裁平成 4 年決（最判 H4.9.10・百 116）は、再審事由を現実に了知できなかった場合には再審の補充性は適用されないとしているため、最高裁平成 4 年判決以降は、本件と同様の事実関係の下では、再審の補充性が適用されないこととなる。

〔113 条〕 公示送達による意思表示の到達

訴訟の当事者が相手方の所在を知ることができない場合において、相手方に対する公示送達
がされた書類に、その相手方に対しその訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表
示をする旨の記載があるときは、その意思表示は、第 111 条の規定による掲示を始めた日から
2 週間を経過した時に、相手方に到達したものとみなす。この場合においては、民法第 98 条第
3 項ただし書の規定を準用する。

公示送達とは、裁判所書記官が送達書類を保管し、受送達者が出頭すれ
ばいつでもこれを交付する旨を裁判所の掲示板に掲示して行う送達方法で
ある。

なお、公示送達によって訴訟が進行し敗訴判決を受けた受送達者が、控
訴期間内に控訴できなかった場合に、97 条による控訴の追完が認められ得
るが、公示送達の不知のみをもって控訴の追完を認めたのでは公示送達制
度が成り立たなくなることから、追完が認められる事由が問題となる。判
例には、X の Y に対する売買契約に基づく所有権移転登記手続請求訴訟に
ついて、以下の理由から、「Y 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」として、控訴の追完を認めた
ものがある。

- ①訴え提起当時、被告 Y が未成年であった
- ②原告 X が、Y の住所地において Y の親権者 A との折衝を行ったこと
があるにもかかわらず、Y の本籍地を住所地であると称して訴えを提
起し、受送達者の住所が不明であるとして公示送達の申立をした
- ③Y・A は、訴え提起から判決正本の公示送達に至るまでの経緯について
全く知らなかった
- ④A が公示送達の事実を知り、直ちに控訴提起に及んでいる

（6）その他

〔108 条〕 外国における送達

外国においてすべき送達は、裁判長がその国の管轄官庁又はその国に駐在する日本の大使、公使
若しくは領事に囑託してする。

〔109 条〕 送達報告書

送達をした者は、書面を作成し、送達に関する事項を記載して、これを裁判所に提出しなければ
ならない。

最判 S42.2.24・百 A12

第3節 訴訟手続の停止

C (択) リークエ 176～179 頁

訴訟手続の停止とは、訴訟係属中に当事者又は裁判所にとって訴訟行為をするのが不可能又は困難とみられる事由が発生した場合に、訴訟手続の進行が止まり、当事者も裁判所も訴訟行為をしてはならない状態になることをいう。

訴訟手続の停止には、訴訟手続の中断と中止とがある。

1. 訴訟手続の中断

(1) 意義

訴訟手続の中断とは、一方の当事者側の訴訟追行者（当事者本人又はその法定代理人）について、死亡、訴訟能力の喪失など、訴訟追行者を他の者と交代すべき事由が生じた場合に、従前の訴訟追行者に代わって訴訟追行をすべき者が新たな訴訟追行者として訴訟に関与できるようになるまで訴訟手続を停止することをいう。

これは、中断事由が生じた当事者に手続関与の機会を保障し、双方審尋主義を実現することを趣旨とする。

(2) 中断事由等

〔124条〕 訴訟手続の中断及び受継

① 次の各号に掲げる事由があるときは、訴訟手続は、中断する。この場合においては、それぞれ当該各号に定める者は、訴訟手続を受け継がなければならない。

- | | |
|--|--|
| 一 当事者の死亡 | 相続人、相続財産の管理人、相続財産の清算人その他法令により訴訟を続行すべき者 |
| 二 当事者である法人の合併による消滅 | 合併によって設立された法人又は合併後存続する法人 |
| 三 当事者の訴訟能力の喪失又は法定代理人の死亡若しくは代理権の消滅 | 法定代理人又は訴訟能力を有するに至った当事者 |
| 四 (略) | |
| 五 一定の資格を有する者で自己の名で他人のために訴訟の当事者となるものの死亡その他の事由による資格の喪失 | 同一の資格を有する者 |
| 六 選定当事者の全員の死亡その他の事由による資格の喪失 | 選定者の全員又は新たな選定当事者 |

② 前項の規定は、訴訟代理人がある間は、適用しない。

③ 第1項第1号に掲げる事由がある場合においても、相続人は、相続の放棄をすることができる間は、訴訟手続を受け継ぐことができない。

④ 第1項第2号の規定は、合併をもって相手方に対抗することができない場合には、適用しない。

⑤ 第1項第3号の法定代理人が保佐人又は補助人である場合にあっては、同号の規定は、次に掲げるときには、適用しない。

- 一 被保佐人又は被補助人が訴訟行為をすることについて保佐人又は補助人の同意を得ることを要しないとき。
- 二 被保佐人又は被補助人が前号に規定する同意を得ることを要する場合において、その同意を

得ているとき。

〔125 条〕 訴訟手続の中断及び受継

- ① 所有者不明土地管理命令（民法第 264 条の 2 第 1 項に規定する所有者不明土地管理命令をいう。以下この項及び次項において同じ。）が発せられたときは、当該所有者不明土地管理命令の対象とされた土地又は共有持分及び当該所有者不明土地管理命令の効力が及ぶ動産並びにその管理、処分その他の事由により所有者不明土地管理人（同条第 4 項に規定する所有者不明土地管理人をいう。以下この項及び次項において同じ。）が得た財産（以下この項及び次項において「所有者不明土地等」という。）に関する訴訟手続で当該所有者不明土地等の所有者（その共有持分を有する者を含む。同項において同じ。）を当事者とするものは、中断する。この場合においては、所有者不明土地管理人は、訴訟手続を受け継ぐことができる。
- ② 所有者不明土地管理命令が取り消されたときは、所有者不明土地管理人を当事者とする所有者不明土地等に関する訴訟手続は、中断する。この場合においては、所有者不明土地等の所有者は、訴訟手続を受け継がなければならない。
- ③ 第 1 項の規定は所有者不明建物管理命令（民法第 264 条の 8 第 1 項に規定する所有者不明建物管理命令をいう。以下この項において同じ。）が発せられた場合について、前項の規定は所有者不明建物管理命令が取り消された場合について準用する。

（3）受継

124 条及び 125 条は、訴訟手続の中断事由を定めるとともに、新たな訴訟追行者として訴訟手続を受継すべき者を定めている。こうした規律を前提として、当事者の死亡などにより当事者の交替が必要となった場合には、当事者の地位の承継が法律上の当然に生じると解されている（これを「当然承継」という。）。

詳細は基礎応用 393 頁・2

中断事由の発生により訴訟追行者の交替は観念的には生じるが、中断していた訴訟手続を進行させるためには、新たな訴訟追行者に訴訟を受け継がせる必要がある。そのための手続を訴訟手続の受継という。

具体的には、当事者による受継の申立て（124 条、126 条）と裁判所による受継の裁判（128 条）、又は裁判所による続行命令（129 条）による。

ア. 受継の申立て及び受継の裁判

〔126 条〕 相手方による受継の申立て

訴訟手続の受継の申立ては、相手方もすることができる。

〔127 条〕 受継の通知

訴訟手続の受継の申立てがあった場合には、裁判所は、相手方に通知しなければならない。

〔128 条〕 受継についての裁判

- ① 訴訟手続の受継の申立てがあった場合には、裁判所は、職権で調査し、理由がないと認めるときは、決定で、その申立てを却下しなければならない。
- ② 判決書又は第 254 条第 2 項（第 374 条第 2 項において準用する場合を含む。）の調書の送達後に中断した訴訟手続の受継の申立てがあった場合には、その判決をした裁判所は、その申立てについて裁判をしなければならない。

当然、中断事由が生じた当事者にも
申立権が認められる。

イ. 続行命令

〔129 条〕 職権による続行命令

当事者が訴訟手続の受継の申立てをしない場合においても、裁判所は、職権で、訴訟手続の続行を命ずることができる。

(4) 中断の効果

〔132 条〕 中断及び中止の効果

- ① 判決の言渡しは、訴訟手続の中断中であっても、することができる。
- ② 訴訟手続の中断又は中止があったときは、期間は、進行を停止する。この場合においては、訴訟手続の受継の通知又はその続行の時から、新たに全期間の進行を始める。

2. 訴訟手続の中止

(1) 意義

訴訟手続の停止とは、当事者又は裁判所について訴訟手続を続行できない障害事由が生じた場合に、訴訟手続が停止することをいう。

(2) 中止事由

〔130 条〕 裁判所の職務執行不能による中止

天災その他の事由によって裁判所が職務を行うことができないときは、訴訟手続は、その事由が消滅するまで中止する。

〔131 条〕 当事者の故障による中止

- ① 当事者が不定期間の故障により訴訟手続を続行することができないときは、裁判所は、決定で、その中止を命ずることができる。
- ② 裁判所は、前項の決定を取り消すことができる。

(3) 中止の効果

〔132 条〕 中断及び中止の効果

- ① (略)
- ② 訴訟手続の中断又は中止があったときは、期間は、進行を停止する。この場合においては、訴訟手続の受継の通知又はその続行の時から、新たに全期間の進行を始める。

第 12 章 既判力

第 1 節 総論

〔114 条〕 既判力の範囲

- 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。
- 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。

A

1. 既判力の意義

A

確定判決には、主文に包含するものに限り、既判力が認められる（114 条 1 項）。

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。

既判力は、前訴確定判決により一度決められたことを後訴で蒸し返すことを防止することを目的とするものである。

例えば、X の Y に対する甲土地の所有権確認訴訟（＝前訴）において請求棄却判決が確定した後、X が再び Y に対する甲土地の所有権確認訴訟（＝後訴）を提起した場合、前訴基準時（前訴の事実審口頭弁論終結時）における X の甲土地所有権の不存在という前訴判決の主文中の判断に生じている既判力が後訴に作用することにより、X は前訴基準時における X の甲土地所有権の不存在と矛盾する主張することが禁止されるとともに（これを「遮断効」という。）、後訴裁判所においても前訴基準時における X の甲土地所有権の不存在という前訴判決の判断内容を前提として後訴基準時における X の甲土地所有権の存否について審理し、判決をすることになる。この意味で、後訴における当事者と後訴裁判所は、前訴判決の既判力の作用により、既判力が生じている前訴判決の主文中の判断内容と矛盾する主張や審理・判断をすることができないという拘束を受けることになる。

なお、既判力は後訴における本案上の主張や審理・判断を拘束するものにすぎず、訴えの取下げに伴う再訴禁止効（262 条 2 項）のように後訴の提起そのものを封じるものではない。この意味で、民事訴訟における確定判決の既判力は、同一事件に対する再度の公訴提起を許さないことを内容とする刑事事件の確定判決の一事不再理効（憲法 39 条、刑訴法 337 条 1 号）とは異なる。

2. 既判力の本質・根拠

A

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

B

既判力の後訴に対する作用の説明の仕方として、実体法説と訴訟法説とが対立している。

高橋〔上〕 587～588 頁

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）。

A

高橋〔上〕589～593頁

3. 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

A

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。

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に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

114条1項に基づく既判力を念頭に置いた説明

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⁾

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。²⁾

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。

（具体例）

XのYに対する甲土地の所有権確認訴訟（＝前訴）において、令和3年4月1日に口頭弁論が終結し、請求棄却判決が言い渡され、この判決が確定した。その後、Xは、Yに対する甲土地の所有権確認訴訟（＝後訴）を提起し、Xが甲土地の所有権を有することの理由として、令和2年4月1日にXがZから甲土地を購入したという事実を主張した。

まず、既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である。前訴判決の既判力は、前訴基準時（令和3年4月1日）におけるXの甲土地所有権の不存在という判決主文中の判断に生じている（①）。

次に、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が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。前訴と後訴の訴訟物はいずれもXの甲土地所有権であるから、同一関係を理由として、前訴判決の既判力が後訴に作用する（②）。

さらに、後訴において既判力の拘束を受けるのは、原則として、前訴で対立した「当事者」間のみである（115条1項1号）。後訴におけるX及びYは前

114条1項に基づく既判力を念頭に置いた説明

【基礎問 - 第57問】

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。したがって、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。

²⁾ 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の垂型に位置づけることができる。

訴で対立した当事者であるから、前訴判決の既判力の拘束を受ける。また、これに伴い、後訴裁判所も前訴判決の既判力の拘束を受ける (③)。その結果、後訴裁判所は、X 及び Y から X の甲土地所有権の不存在を争うために前訴基準時前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ (既判力の消極的作用 - 遮断効)、前訴基準時における X の甲土地所有権の不存在という前訴判決の判断内容を前提として後訴基準時における X の甲土地所有権の存否について審理し、判決をすることになる (既判力の積極的作用)。

そして、X が甲土地の所有権を有することの理由として、令和 2 年 4 月 1 日に X が Z から甲土地を購入したという事実を主張することは、前訴基準時前の事実を主張して前訴判決の既判力が生じている前訴基準時における X の甲土地所有権の不存在という判断内容を争うものであるから (③、④)、既判力の消極的作用により遮断される。

以上より、後訴裁判所は、前訴基準時以降における X の甲土地所有権の取得原因事実が主張・立証されない限り、請求原因事実が認められないとの理由から請求を棄却する判決を言い渡すことになる。

第2節. 既判力の作用

A

前訴判決の既判力が後訴において当事者及び後訴裁判所を拘束するのは、前訴と後訴が既判力の作用が認められる関係に立つ場合に限られる。したがって、前訴と後訴の関係からして前訴判決の既判力が後訴に作用しない場合には、仮に後訴の当事者が前訴判決の既判力が生じている判決主文中の判断内容と矛盾する主張をしたとしても、その主張は既判力によって遮断されない（ただ、前訴と後訴とが既判力の作用が認められる関係にない場合に、後訴において当事者が前訴判決の既判力が生じている判決主文中の判断内容と矛盾する主張をすることになる事態は稀であろう。）。

1. 消極的作用・積極的作用

A

(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

A

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⁾

case1: XのYに対する絵画甲の売買契約に基づく代金支払請求訴訟（＝前訴）において請求棄却判決が確定した後、Xが再びYに対して絵画甲の売買契約に基づく代金支払請求訴訟（＝後訴）を提起した。

case2: XのYに対する甲土地の所有権確認訴訟（＝前訴）において請求棄却判決が確定した後、Xが再びYに対する甲土地の所有権確認訴訟（＝後訴）を提起した。

(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

典型的には、前訴の訴訟物が後訴において請求原因になっている場合であるが、前訴の訴訟物が後訴において抗弁（再抗弁以降も含む）になっている場合、さらには前訴の訴訟物が後訴において請求原因事実や抗弁事実（再抗弁以降も含む）の存否を推認する間接事実位置付けられる場合であっても、

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。

先決関係が認められる。

case3 : X の Y に対する甲土地の所有権確認訴訟（＝前訴）において請求棄却判決が確定した後に、X が Y に対して甲土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟（＝後訴）を提起した。²⁾

case4 : X の Y に対する貸金返還請求訴訟（＝前訴）において請求棄却判決が確定した後、Y が X に対して売買代金支払請求訴訟（＝後訴）を提起したところ、X は前訴で訴求していた貸金債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。³⁾

（3）矛盾関係

前訴における訴訟物と後訴における訴訟物とが、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（比較の際に、前訴確定判決の主文中の判断内容までは見ない）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

²⁾ case3 と反対に、X の Y に対する甲土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟（＝前訴）において X の甲土地所有権が認められないことを理由とする請求棄却判決が確定した後に、X が Y に対する甲土地の所有権確認訴訟（＝後訴）を提起したという事案では、後訴において、請求原因という形で X の甲土地所有権の存否が前提問題に位置づけられるが、後訴において前提問題とされている X の甲土地所有権は、前訴の訴訟物ではなく、前訴判決の理由中の判断事項にすぎない。したがって、後訴において前訴の訴訟物が前提問題になっているとはいえず、先決関係は認められないから、前訴判決の既判力は後訴に作用しない（しかも、仮に前訴判決の既判力が後訴に作用したとしても、X が請求原因として自己が甲土地所有権を有すると主張することは、X の Y に対する甲土地所有権に基づく土地明渡請求権の不存在という既判力が生じている判決主文中の判断内容と矛盾するものではなく、既判力が生じていない X の甲土地所有権の不存在という判決理由中の判断内容と矛盾するにとどまるから、既判力によって遮断されない）。

このように、後訴において前訴判決の理由中の判断が前提問題となっている場合には、既判力によって後訴における審理・判断を制限することができないが、判決理由中の判断を対象として生じる争点効によって後訴における審理・判断を拘束することの可否が問題となる（基礎応用 304 頁〔論点 5〕）。

³⁾ 他にも、例えば、X（抵当権設定者・債務者）が Y（抵当権者）に対する債務（被担保債権）不存在確認訴訟を提起し、請求認容の確定判決を得た後に、抵当権設定登記抹消登記手続請求訴訟を提起したという場合には、前訴訴訟物である被担保債権の存否が登記保持権限の抗弁の成否という形で後訴の前提問題に位置づけられるため（被担保債権の発生原因事実が抗弁事実、消滅原因事実等が再抗弁事実）、先決関係を理由として、被担保債権の存在について生じている前訴確定判決の既判力が後訴に作用する（司法試験平成 22 年設問 4）。

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う形で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。⁴⁾

（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のか、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

（総）

判例は先決関係も認めていない（最判 H22.4.13・H22 重判 3）。

最判 H10.9.10・百 39

⁴⁾ 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。

情がない限り、①を否定した上で、②を論じることになる。

なお、田中 44 頁では、最高裁 10 年判決について、①で理解していると思われる。同書 44 頁では、最高裁平成 10 年判決で問題となった後訴の請求のうち、前訴確定判決に従い債務の弁済として支払った 28 万円の賠償を求める請求について、㊦「請求原因事実そのものから前訴確定判決と実質的に矛盾する請求であること（すなわち、前訴判決で既判力に抵触すること）が明らかになっている」とした上で、㊧「前訴確定判決の存在が請求原因事実の一部となっていることから、そのままでは主張自体失当になってしまうため、「特段の事情」ありを請求原因事実「せり上げて」主張しなければならない」としている。㊦は、おそらく、既判力が作用する場面のうち矛盾関係について、「訴訟物同士」を比較するのではなく、「前訴確定判決の判断内容と後訴の訴訟物」を比較する立場を前提として（読解 146 頁参照）、「実質的に矛盾」することをもって矛盾関係を認め、既判力の作用を肯定するものであると思われる。㊧は、既判力が作用することを前提として、既判力が作用する後訴において、請求原因事実の主張が既判力に抵触するものではないことを基礎づけるものとして、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」も予め主張する必要がある、と考えるものと思われる。この構成は、「不法行為訴訟の要件のかさ上げ」という点では②の立場と共通するが、既判力が作用することを前提として既判力の消極的作用による遮断を掻い潜るためのかさ上げ要件として「特段の事情」を要求している点で、②とは異なる。

【例 4】前訴の訴訟物が後訴の抗弁に位置づけられる場合

X の Y に対する甲建物の賃借権確認請求 ○

Y の X に対する甲建物の所有権に基づく甲建物の明渡請求

まず、後訴では、前訴の訴訟物である甲建物の賃借権の存在が、占有権原の抗弁として主張されることが予想されるという意味で、前訴の訴訟物が後訴の前提問題となるとして、先決関係を認めることができる。

次に、前訴確定判決では、後訴の訴訟物である所有権に基づく返還請求権の発生を障害することになる賃借権が存在するということが確定されている。そうすると、矛盾関係について、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からは、前訴判決主文中の判断内容と後訴の訴訟物が矛盾することになるから、矛盾関係が認められる。

【例 5】明示的一部請求の訴訟物と残部請求の訴訟物の関係

X の Y に対する売買代金の一部（150 万円／400 万円）の支払請求 ×

X の Y に対する売買代金の残部（250 万円／400 万円）の支払請求

…略… 一部請求の場合、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する（判例）。

前訴の訴訟物は代金支払請求権 400 万円のうち明示された 150 万円に限定される。そうすると、前訴の訴訟物は、後訴の訴訟物である代金支払請求権の残部である 250 万円と同一性を有しないから、同一関係は認められな

【基礎問 - 第 63 問】

基礎応用 238 頁 [論点 5]

い。また、矛盾関係も認められない。

では、先決関係はどうか。確かに、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、同じ売買契約に基づく実体法上 1 個の代金支払請求権であるから、後訴では、前訴と同様、売買契約の成否（や有効性）が前提問題となる。しかし、売買契約の成否（や有効性）は前訴の訴訟物ではなく、前訴判決の理由中の判断事項にとどまるから、後訴において前訴の訴訟物が前提問題となっているとはいえない。したがって、先決関係も認められないから、前訴判決の既判力は後訴に作用しない。⁵⁾

3. 既判力が作用する場面に関する補足

（1）114 条 1 項に基づく既判力が作用するかが問題となっている場合

既判力が作用するかは、①「後訴の訴訟物」と「後訴に作用するのかが問題になっている前訴確定判決の既判力により確定されていること」とを比較して、②両者が「同一・先決・矛盾」の関係にあるかにより判断されるというのが、正しい理解であろう。

基本書等で目にする、「前訴と後訴の訴訟物どうし」を比較して「同一・先決・矛盾」の関係にあるか否かにより既判力が作用するかを判断するという記述は、114 条 1 項に基づく既判力が作用する場面を念頭に置いた説明である。前訴・後訴の比較の際に、後訴の訴訟物との比較対象が前訴の訴訟物とされるのは、前訴確定判決の判断事項のうち 114 条 1 項に基づく既判力が生じているのが前訴の訴訟物だからである（114 条 1 項）。

そうすると、114 条 1 項に基づく既判力が後訴に作用するのかは、「前訴と後訴の訴訟物どうし」を比較して「同一・先決・矛盾」の関係にあるのかにより判断することになる。

（2）114 条 2 項に基づく既判力が作用するかが問題となっている場合

相殺の抗弁に供された反対債権（自働債権）の不存在について生じている 114 条 2 項に基づく既判力が作用するのかは、114 条 2 項に基づく既判力が生じている「反対債権と後訴の訴訟物」を比較して、「同一・先決・矛盾」の関係にあるのかにより判断される。

例えば、X の Y に対する甲債権の支払を求める訴訟において、乙債権を自働債権とする相殺の抗弁を理由とする請求棄却判決が確定した後、Y が X に対して乙債権の支払を求める訴訟を提起した場合、甲債権の不存在について生じている 114 条 1 項に基づく既判力ではなく、乙債権の不存在について生じている 114 条 2 項に基づく既判力が後訴に作用するか否かを問題にすることになる。そして、114 条 2 項に基づく既判力が生じている乙債権は、後訴において訴訟物となっているから、同一関係を理由として、乙債権の不存在について生じている 114 条 2 項に基づく既判力が後訴に作用することにな

A

①は比較の対象、②は比較の基準
（視点）である。

読解 140～144 頁、伊藤 538～540
頁等

⁵⁾ 明示の一部請求に対する請求棄却判決の既判力が残部請求に作用しないため、既判力の作用によって残部請求が封じられることはないが、一部請求に対する請求棄却判決の確定後における残部請求は、特段の事情が認められない限り、実質的な前訴の蒸し返しとして信義則により禁止される（訴えが不適法却下される）（基礎応用 295 頁 [論点 1]）。

る。

114 条 2 項に基づく既判力が生じているのは、前訴の訴訟物ではなく、前訴の判決理由中の判断対象である反対債権（訴訟物に対抗した額に限る）であるから、「前訴と後訴の訴訟物」が「同一・先決・矛盾」の関係にあるとしても、前訴の訴訟物ではない反対債権について生じている 114 条 2 項に基づく既判力が後訴に作用することにはならないのである。

確かに、前訴確定判決について 114 条 1 項に基づく既判力に加えて 114 条 2 項に基づく既判力も生じている場合であっても、114 条 2 項に基づく既判力を持ち出すまでもなく、前訴の訴訟物について生じている 114 条 1 項に基づく既判力が後訴に作用し、後訴における一方当事者の主張が 114 条 1 項に基づく既判力が生じている判断内容に矛盾するため排斥されるとして、114 条 1 項に基づく既判力だけで解決できることもある。

しかし、後訴における一方当事者の主張を 114 条 2 項に基づく既判力により遮断することの可否が問われている場面においては、114 条 2 項に基づく既判力を持ち出す必要がある。

114 条 2 項に基づく既判力により遮断される後訴における主張は、114 条 1 項に基づく既判力が生じている前訴の訴訟物の存否についての判決主文中の判断内容と矛盾するものではなく、114 条 2 項に基づく既判力が生じている判決理由中の判断内容と矛盾するものである。

そうすると、後訴における一方当事者の主張を 114 条 2 項に基づく既判力により遮断することの可否が問われている場面において、「前訴と後訴の訴訟物どうし」を比較して「同一・先決・矛盾」関係のいずれかに該当するとして 114 条 1 項に基づく既判力が後訴に作用すると説明しても、「114 条 2 項に基づく既判力により遮断することの可否」という問いとの関係では無意味である。

このように、114 条 1 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、既判力が作用するかについて「前訴と後訴の訴訟物どうし」が「同一・先決・矛盾」の関係にあるかにより判断されとする前記（1）の判断基準が機能するが、114 条 2 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、前記（1）の判断基準は機能しないのである。

（3）114 条 1 項・2 項に共通する判断基準

既判力の本質は、前訴確定判決の既判力により一度決められたことの蒸し返しを許さないことにある。

そこで、前訴確定判決の既判力が後訴に作用するかは、①「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」と「後訴の訴訟物」を比較して、②両者が「同一・先決・矛盾」の関係にあるか否かにより判断するべきである。

114 条 1 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、①「後訴の訴訟物」との比較対象になる「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」とは、前訴の訴訟物である。114 条 2 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、①「後訴の訴訟物」との比較対象に

高橋 [上] 596～598 頁参照 [同書
は、前訴判決と後訴訴訟物の矛盾・
先決で考える、とする]

なる「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」とは、前訴で相殺の抗弁に供されることで訴訟物に対抗した反対債権（訴訟物に対抗した額に限る）である。

(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:伊藤眞-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)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」3訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「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)