

第2節. 管轄

C 基礎応用 12~20 頁

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。

管轄には、職分管轄、事物管轄、土地管轄（4条以下）、指定管轄（10条）、合意管轄（11条）、応訴管轄（3条の8、12条）、専属管轄（13条等）がある。

訴訟の係属している裁判所が裁判により訴訟を他の裁判所に移転・送致する制度として、移送（16条以下）がある。

[論点1] 管轄の合意の解釈

C

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。

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、合意の意思解釈の問題である。

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おける当該企業の本店（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）の利益保護の観点から、専属的管轄合意ではなく付加的管轄合意と解釈されることがある（判例）。

札幌高判 S45.4.20

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）。

[論点2] 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）。

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。

例えば、X（A県A市在住）はY（本店がB県B市にあり、全国各地に支店を有する企業）との間で売買契約を締結したところ、Y側が用意した売買契約書

には「本件売買契約に関する一切の紛争は、B 地方裁判所を第一審の管轄裁判所とする」旨の定め（以下「本件管轄合意」という。）があったが、A 市中心部と B 市中心部との間には 600 km もの距離があり、移動に長時間を要することから、上記売買契約に関する訴えを A 地方裁判所に提起したとする（なお、X が提起した訴えには、本来的には A 地方裁判所 [5 条 1 号] と B 地方裁判所 [4 条 1 項] の双方に土地管轄があるものとする）。

この場合、①まず初めに、原則的には専属的管轄合意であると解釈される本件管轄合意について、例外的に、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と解釈することの可否が問題となる（[論点 2]）。②次に、本件管轄合意が専属的管轄合意であると解釈される場合には、A 地方裁判所による管轄違いを理由とする B 地方裁判所への移送（16 条 1 項）を制限することの可否が問題となる（[論点 3]）。

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。

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（判例）。

[論点 3] 管轄選択権の濫用

拘束手形の所持人 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拘束手形の振出人 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の請求を直ちに取り下げた。

確かに、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の取下げがあっても、他の請求の管轄は失われない（管轄固定の原則）。

しかし、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することは、訴訟上の信義則（2 条）により禁止されることがある（訴訟状態の不当形成の排除）。

そして、本事件では、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からすれば、X は、故意に基づき、自己に有利な管轄を生じさせるために、管轄選択権を濫用したといえる。

そこで、裁判所としては、訴訟上の信義則に照らし、管轄違いの違法（16 条 1 項）を認め、①の訴えを盛岡地裁へ移送するべきである（判例）。

C

札幌高決 S41.9.19・百 A2

第2節 証拠調べ（各論 - 書証のみ）

A 基礎応用 197～206 頁

民事訴訟法上、当事者の申出により実施される証拠調べの方法には、証人尋問（190条～206条）、当事者尋問（207条～211条）、鑑定（211条～217条）、書証（219条～231条）及び検証（232条～233条）とがある。

なお、裁判所の職権に基づいて実施される証拠調べとしては、調査嘱託（186条）、鑑定嘱託（218条）などがある。

以下では、書証について取り上げる。

1. 意義

A

書証とは、文書に記載されている作成者の意思・判断（認識）等を閲読して読み取った内容を事実認定の資料とする証拠調べである。

証拠方法は「文書」であり、証拠資料は文書の「記載内容」である。

2. 「文書」の概念

B

文書とは、文字その他の記号を使用して人間の思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視的状态に表示した有形物と定義される。

図面、写真、録音テープ、ビデオテープ等は、「文書」ではないが、「準文書」として書証に関する規定（219条～230条）の準用を受ける（231条）。

なお、これら以外の主としてコンピューターの作業の記録に用いられる磁気等による媒体については、正面から規定が設けられていないため、依然として解釈に委ねられている。

3. 文書の証拠力

A

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。

（1）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。

（2）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。

4. 処分証書・報告文書

A

（1）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。

イ. 実質的証拠力

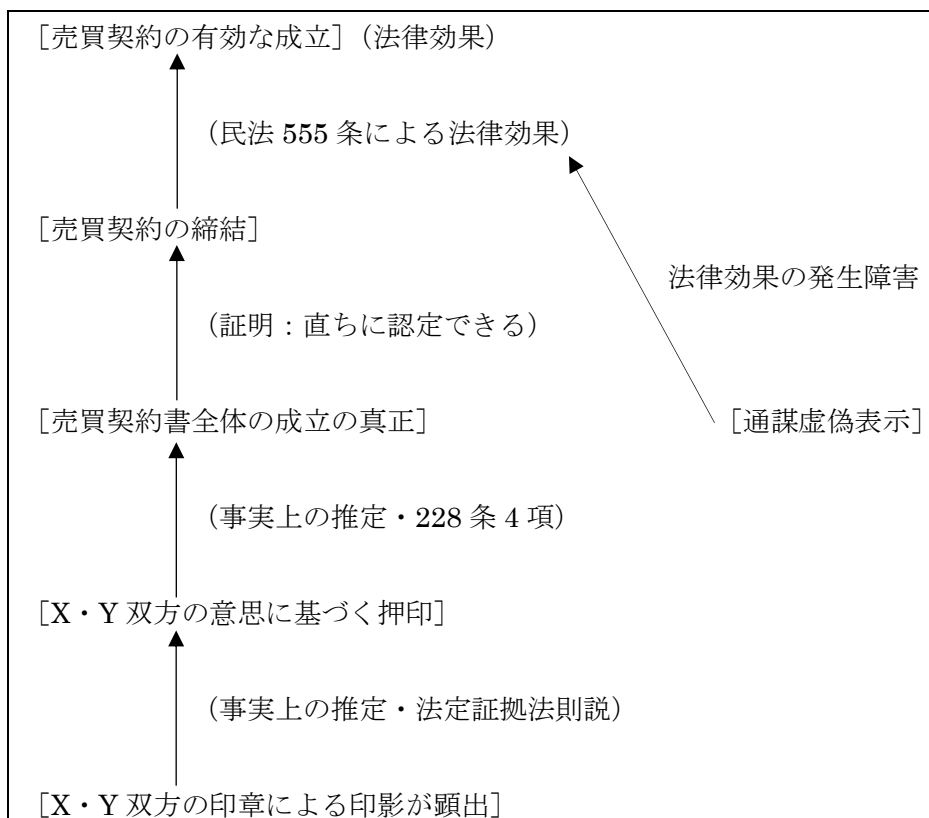
処分証書は、その成立の真正が認められた場合、要証事実たる法律上の行為の具現物ないし化身となるから、裁判所は、成立の真正が認められた処分証書によって、挙証者が作成者であると主張する特定人が記載内容通りの法律上の行為を行ったと直ちに認定することができる。

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（通謀虚偽表示 [民法 94 条 1 項] など）ことやその効果が消滅した（消滅時効 [民法 166 条以下]、債務不履行解除 [民法 540 条以下] など）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（要するに、文書の証拠力に関する補助事実レベルの問題ではなく、文書の証拠力によって証明された要証事実を実体法規に適用した場合に認められるはずの法律効果 [例えば、売買契約の成立 - 民法 555 条] の発生を障害したり消滅させるという次元の問題に位置づけられる）。

〔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。



(2) 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（「報告証書」ともいう）。

手紙、帳簿、診断書、受領証書（受取証）などが挙げられる。

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。

5. 文書の成立の真正

A

(1) 証明の必要性

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）。

(2) 証明の方法

文書の成立の真正に関する推定規定では、「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。」と定める228条4項が重要である。¹⁾

当該私文書に「本人又はその代理人の署名又は押印がある」ことを前提事実として、当該私文書全体が「本人又はその代理人」の意思に基づいて真正に成立したものであること（推定事実）が推定される。

ここでいう「本人又はその代理人の署名又は押印」とは、申出人によりその文書の作成者であると主張されている「本人又はその代理人」の意思に基づいて真正に成立した署名又は押印を意味する。このうち、「押印」については、二段の推定という考えがある。

[論点1] 一段目の推定

XのYに対する貸金返還請求訴訟において、Xは、XY間の金銭消費貸借契約の締結を証明する証拠として、貸主欄にXの記名と印影、借主欄にはYの記名と印影がそれぞれある金銭消費貸借契約書を提出した。Yは、自分は本件金銭消費貸借契約を作成していないと主張して、その成立の真正を否認している。

A

最判 S39.5.12・百70

「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

¹⁾ 推定規定によることなく筆跡等の対照により証明するという方法もある（229条）。

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（判例）。

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 2] 二段目の推定

A

「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。

（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。

6. 文書提出命令

B

当事者は、証拠として提出したい文書を自ら所持している場合には自らその「文書を提出」し、当該文書を相手方当事者又は第三者が所持している場合にはその「文書の所持者にその提出を命ずることを申して」ることになる（219 条）。後者を文書提出命令の申立てという。

(1) 個別義務（220 条 1 号～3 号）

これには、引用文書（1 号）・引渡し又は閲覧請求の対象となる文書（2 号）・利益文書（3 号前段）・法律関係文書（3 号後段）がある。

[論点 3] 利益文書の意義

B

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として作成された文書なのだから挙証者が訴訟で使うことも許されるべきであるという考えにある。

第3節 既判力の時的限界

既判力はどの時点における訴訟物たる権利関係の存否について生じるのか、これに関連して、既判力が作用する後訴において前訴確定判決によって確定された訴訟物たる権利関係の存否を争うために主張することが制限されるのはどの時点までに生じた事由かという問題である。

A 基礎応用 284～293 頁

1. 既判力の基準時

B

既判力は、基準時における訴訟物たる権利関係の存否について生じるのであって、基準時以前における訴訟物たる権利関係の存否についてまで生じるものではない。

[論点 1] 既判力の基準時

B

訴訟物たる民事上の権利関係（又は法律関係）は、その性格上、当事者の行為や時の経過などにより発生・変更・消滅し得るものであるから、既判力により確定される訴訟物たる権利関係の存否はいつの時点を基準としたものであるかを明らかにする必要がある。それでは、既判力の基準時をどの時点に求めるべきか。

例えば、XのYに対する債務不存在確認訴訟（＝前訴）において請求棄却判決が確定した後に、Xは、前訴の事実審口頭弁論終結後にYに全額弁済をしたから貸金債権は消滅したと主張して、再びYに対する債務不存在確認訴訟（＝後訴）を提起した。同一関係を理由として、本件債務の存在について生じている前訴判決の既判力が後訴に作用する。問題は、Yが本件債務の存在を争うために前訴の事実審口頭弁論終結後の弁済の事実を主張することが既判力によって遮断されるかである。

既判力の正当化根拠は、前訴での手続保障を前提とする自己責任にある。

そして、事実審の口頭弁論終結時までの事由であれば当事者に主張する機会が与えられていたといえるから、これを基礎とした判決について自己責任を問うことが可能である。

そこで、既判力の基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解する（民事執行法 35 条 2 項参照）。

2. 後訴で遮断される主張

A

①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。

以下の説明は、114 条 1 項に基づく
既判力の遮断効をだけを念頭に置
いたものである。

➡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ことどまる主張であれば、遮断されない。

②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。

➡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。

- ③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のは、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主張のうち、前訴基準時前の事由を主張するものに限られる。
→前訴基準時後の事由の主張であれば、既判力により遮断されない。

[論点 2] 既判力が作用する後訴において遮断される主張

A

後訴において前訴の訴訟物たる権利関係が前提問題になっている場合でも、前訴判決によりその存否が確定されている訴訟物たる権利関係の時点と後訴において前提問題となっている前訴の訴訟物たる権利関係の時点がズレていることがある。

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4年3月1日に口頭弁論が終結し、同年5月1日に請求認容判決が言い渡され、この判決が確定した。Xは、Yを被告として、令和2年3月1日から令和3年9月30日までの間における甲土地の賃料相当額の損害の賠償を求める訴え（＝後訴）を提起し、請求原因事実として、Xは令和2年3月1日から甲土地の所有権を有していたと主張した（以下「本件主張」という。）。Yは、本件主張を否認することができるか。

1. 前訴判決の既判力は、前訴基準時におけるXの甲土地所有権の存在という判決主文中の判断に生じている。
2. 後訴は、「他人の権利…侵害」（民法709条）を基礎づけるものとしてXの甲土地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の甲土地所有権を前提問題とするものである。したがって、先決関係を理由として、前訴判決の既判力が後訴に作用する。¹⁾
3. 前訴判決の既判力は、前訴で対立した「当事者」であるX及びYを後訴において拘束するとともに、後訴裁判所も拘束する。
4. 既判力の作用のうち消極的作用により、後訴において既判力が生じている判断内容を争う主張が遮断される（遮断効）。では、既判力の基準時についてどのように解すべきか。
 - (1) …（略）… 既判力の基準時は事実審の口頭弁論終結時である。
 - (2) 前訴判決の既判力は、前訴の事実審の口頭弁論が終結した令和4年3月1日時点におけるXの甲土地所有権の存在について生じているにとどまり、それよりも前の時点である令和2年3月1日から令和3年9月30日までの間におけるXの甲土地所有権の存在まで確定するものではない。
したがって、後訴において、Yが令和2年3月1日から令和3年9月30日までの間におけるXの甲土地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主文中の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ず、許される。

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、既判力の遮断効（既判力の時的限界）として論じることになる。

3. 論点

(1) 期待可能性による調整

原則として、前訴判決の既判力が作用する後訴において、既判力により確定されている前訴訴訟物たる権利関係の存否を争うために前訴基準時前の事由を主張することは、既判力により遮断される。

もっとも、例外的に、前訴判決の既判力が作用する後訴において前訴基準時前の事由を主張することが許容される場合がある。

[論点 3] 期待可能性による調整

X の Y に対する債務不存在確認訴訟 (= 前訴) において請求棄却判決が確定した後に、X は、前訴の事実審口頭弁論終結前に Z が本件債務について第三者弁済をしていたことに気が付き、再び Y に対する債務不存在確認訴訟 (= 後訴) を提起し、Z による第三者弁済という事実を主張したとする。

既判力の正当化根拠は、前訴での手続保障を前提とする自己責任にある。そこで、基準時前の事由も、前訴で提出することに期待可能性がなかったものについては、正当化根拠が妥当しないため、既判力により遮断されないと解すべきである。

A

(2) 基準時後の形成権

基準時後に実体法上の形成権の発生原因が発生した場合に、既判力が作用する後訴においてその形成権を行使することは、問題なく基準時後の事由の主張に当たるから、既判力により遮断されない。

これに対し、実体法上の形成権の発生原因が基準時前に存在していた場合に、既判力が作用する後訴においてその形成権を行使することが既判力により遮断されるかについては、争いがある。

形成権の発生原因が基準時前に存在していたことに着目すれば、形成権の行使は基準時前の事由の主張であるが、形成権が行使されたことにより初めて法律関係の変動が生じるという形成権の性質に着目すれば、形成権の行使を基準時後の事由と見ることも可能だからである。

[論点 4] 基準時前に成立していた取消権

X の Y に対する売買代金支払請求訴訟において請求認容判決が確定した後、Y は、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、異議事由 (同条 2 項) として、X の詐欺を理由として XY 間の売買契約を取り消す (民法 96 条 1 項) と主張した。

Y が行使している詐欺取消権は前訴基準時前から成立していたものだから、基準時前に成立していた取消権の行使の可否が問題となる。

既判力の正当化根拠は、前訴での手続保障を前提とする自己責任にある。そして、取消権は、前訴で争われた法律関係自体に付着する瑕疵であるという性質上、前訴において取消権者が行使すべきだったといえるから、手続保障があるといえる。

そこで、基準時前に成立していた取消権は、前訴の確定判決の既判力により遮断されると解する (判例)。

A

最判 S55.10.23・百 77

[論点 5] 基準時前に発生していた解除権

B

X の Y に対する売買代金支払請求訴訟において請求認容判決が確定した後、Y は、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、異議事由（同条 2 項）として、基準時前に X から引き渡しを受けた目的物の品質に契約不適合があったことを理由として売買契約を債務不履行解除すると主張した。

Y が行使している解除権は前訴基準時前から成立していたものだから、基準時前に成立していた解除権の行使の可否が問題となる（前訴被告たる債務者による解除権の行使）。

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、原告たる債権者は、本来の履行請求・解除権行使・損害賠償請求等のいずれによるべきかについての選択権があるため、前訴で解除権を行使しなければならぬという実体法上の地位にないという意味で、解除権について前訴での手続保障があったとは評価できない。そこで、原告たる債権者による解除権は既判力により遮断されないと解する。

これに対し、被告たる債務者は、原告の請求を拒む以上、解除権を主張するしかない法的地位にあるという意味で、解除権について前訴での手続保障があったとは評価できる。そこで、被告たる債務者による解除権は既判力により遮断されると解する。

[論点 6] 基準時前に相殺適状が存在していた場合における相殺権の行使

A

X の Y に対する売買代金支払請求訴訟において請求認容判決が確定した後、Y は、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、異議事由（同条 2 項）として、基準時前から代金債権と相殺適状にあった X に対する貸金債権を自働債権とする相殺を主張した。

最判 S40.4.2

Y が行使している相殺権は前訴基準時前から成立していたものだから、基準時前に成立していた相殺権の行使の可否が問題となる。

確かに、相殺権の行使が既判力により遮断されても被告は反対債権を失うわけではないから、例外的に基準時後の相殺権の行使を認める必要はないようにも思える。

しかし、既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とした自己責任にあるところ、相殺の抗弁を理由とする請求棄却の確定判決には反対債権の喪失という被告の経済的出捐が伴う（114 条 2 項）。

そうすると、被告には前訴で相殺権を行使することを必ずしも期待できず、自己責任を問えるだけの手続保障が与えられているとはいえない。

基準時前に相殺適状に達していた相殺権を基準時後に行使することは、既判力により遮断されないと解する（判例）。

[論点 7] 建物買取請求権の行使

A

X の Y に対する土地賃貸借契約の終了を原因とする建物収去土地明渡請求訴訟において、Y に対して建物収去土地明渡しを命じる判決が確定した後、Y は、土地明渡しの態様を争うために（建物収去ではなく、建物退去である

最判 H7.12.15・百 78

第14章 多数当事者訴訟

第1節 共同訴訟

基礎応用 344～362 頁

1. 通常共同訴訟

A 基礎応用 344～347 頁

(1) 意義

必要的共同訴訟でない共同訴訟は、通常共同訴訟となる。

通常共同訴訟の提起が許されるためには、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こと、②その権利義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくこと、③その権利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こと、のいずれかを満たすことが必要である（38条）。

このうち①は、訴訟物が同一であること、又は訴訟物の基礎となる権利関係について共通性が認められることを意味する。

(2) 共同訴訟人独立の原則

共同訴訟人独立の原則は、通常共同訴訟では、各共同訴訟人は他の共同訴訟人に制約されることなくそれぞれ独立に相手方に対する訴訟を進行する権能を有するという建前をいう（39条）。

同原則は、通常共同訴訟における各訴訟の訴訟物は、必要的共同訴訟（40条）と異なり、法律上合一確定が要請されるほどに相互に強い関連性を有するものではないため、裁判の統一よりも共同訴訟人の手続保障を重視し、共同訴訟人各自に独立の訴訟手続を保障するという考え方を基礎としている。

ア. 主張共通の原則

共同訴訟人間の主張共通の原則とは、「共同訴訟人の一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いときにも、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することができる」というものである。

〔論点1〕主張共通の原則¹⁾

Xは、Yに対して300万円を貸し付け、その際、ZがYの債務を保証したと主張して、Y及びZを共同被告として訴えを提起し、Yに対しては貸金の返還を請求し、Zに対しては保証債務の履行を請求した。Yが貸金300万円を弁済した旨を主張したが、Zはそのような主張をしなかった場合、裁判所は、貸金300万円の弁済の事実を判決の基礎とすることで、XのZに対する請求を棄却することができるか。

本件訴訟は通常共同訴訟であるから、共同訴訟人独立の原則の適用により、Yによる弁済の主張は当然にはZとの関係で効力を有しない。

弁論主義の下、裁判所は当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができず（弁論主義第1テーゼ）、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

弁済の事実、弁済の抗弁の要件事実に該当する主要事実であるから、Zがこれを主張していないにもかかわらず裁判所が弁済の事実を判決の基

A

¹⁾ 判例は、共同訴訟人間に補助参加の利益がある場合に補助参加の申出がなくても当然に補助参加がされたと同一の効果を認めるという当然の補助参加の理論について、「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」との理由から、否定している（最判S43.9.12・百95）。

礎とすることは、弁論主義に違反するはずである。

個別訴訟が束になっているにすぎない通常共同訴訟では、各訴訟が別訴として存在するものと同視されることにより訴訟ごとに弁論主義が適用されるため、主張共通の原則を認めると、当該事実を主張していない共同訴訟人の訴訟との関係において当事者が主張していない事実を判決の基礎にすることになるから、弁論主義第一テーゼに抵触する。

A

また、通常共同訴訟では、請求間の関連性が必ずしも強くないために、共同訴訟人の歩調が常に合っているとは限らないから、主張共通を認めると不意打ちの結果を招来することになりかねない。

そこで、共同訴訟人間の主張共通の原則は認められないと解する（判例）。

イ. 証拠共通の原則

共同訴訟人間の証拠共通の原則とは、「共同訴訟人の一人が申し出た証拠は、申出をしていない他の共同訴訟人に関する事実認定にも使用されてよい」とする原則をいう。

〔論点 2〕 証拠共通の原則

A

〔論点 1〕の訴訟において、Y は弁済の事実を主張した上で弁済の事実を立証するための証拠として受取証書を提出したが、Z は弁済の事実を主張するにとどまり本件受取証書の証拠調べの結果を援用することもしなかったとする。裁判所は、XZ 間の訴訟において、Y が提出した受取証書を証拠として、弁済の事実を認定することができるか。

本件訴訟は通常共同訴訟であるから、共同訴訟人独立の原則の適用により、Y による受取証書の提出は当然には Z との関係で効力を有しない。

弁論主義の下、裁判所が取調べることができる証拠は当事者が申し出たものに限られる（弁論主義第 3 テーゼ）。

XZ 間の訴訟において Y だけが提出した受取証書を事実認定に供することは、弁論主義第 3 テーゼに抵触しそうである。

もっとも、共同訴訟人間の証拠共通の原則を認めることができないか。

確かに、個別訴訟が束になっているにすぎない通常共同訴訟では、各訴訟が別訴として存在するものと同視されることにより訴訟ごとに弁論主義が適用されるため、証拠共通の原則を認めると、当該証拠方法を申し出していない共同訴訟人の訴訟との関係において当事者が申し出していない証拠方法が使用されることになり、弁論主義第 3 テーゼに抵触する。

しかし、弁論主義第 3 テーゼの機能は不意打ち防止にあるところ²⁾、通常共同訴訟では、各訴訟が同一期日に共同して実施されるため、共同訴訟人の一人が提出した証拠にも、他の共同訴訟人が証拠調べに関与する機会がある。

そこで、かかる機会が与えられている限りで共同訴訟人間の証拠共通の原則が認められると解する。

²⁾ ここでいう「不意打ち」とは、証拠調べに関与する機会がなかった証拠が自己に関する事実認定に用いられることによる不意打ちを意味する。

2. 同時審判申出共同訴訟

(1) 概要

同時審判申出共同訴訟は、実体法上択一関係にある複数の請求について原告が両負けすることを防止するために、弁論の分離と一部判決を禁止することで同じ裁判官が統一的な判断を下すことができるようにする制度である(41条1項)。

同時審判申出共同訴訟は通常共同訴訟であるから、弁論の分離・一部判決以外については、共同訴訟人独立の原則(39条)が適用される。

(2) 被告両名に対する請求が「法律上併存し得ない関係」にあること

同時審判申出共同訴訟の要件の一つとして、被告両名に対する請求が「法律上併存し得ない関係」にあることが必要であり(41条1項)、これは、一方の請求の請求原因事実が他方の請求に対する抗弁事実該当する場合を意味する。

(3) 控訴審における両負けの可能性

同時審判申出共同訴訟では、弁論の分離と一部判決が禁止される(41条1項)一方で、それ以外のことについては通常共同訴訟人独立の原則(39条)が適用され、後者の一環として、控訴不可分の原則も働かない。

したがって、請求認容判決に対してのみ控訴がなされたにとどまるという場合には、控訴がなかった他方の請求については控訴期間の経過により請求棄却の第一審判決が確定するために、控訴審において控訴があった請求についても棄却されることにより原告が両負けする可能性がある。

[論点1] 控訴審における両負け防止の可能性

例えば、Xは、Y及びZを共同被告として、Yに対しては有権代理を前提として売買代金の支払を請求し、Zに対しては民法117条に基づく無権代理人の責任を追及する請求をし、同時審判の申出をしたという事案において、第一審においてXのYに対する請求を棄却する判決とXのZに対する請求を認容する判決が言い渡され、Zのみが請求認容判決に対して控訴したにとどまる場合、控訴がなかったXのYに対する請求については控訴期間の経過により請求棄却の第一審判決が確定するために、控訴審においてXのZに対する請求も棄却されることによりXが両負けする可能性がある。

A

1. 「X→Y棄却、X→Z認容」の場合に、Zのみが控訴したとき

控訴不可分の原則の適用により、Zの控訴により、控訴があったXのZに対する請求だけでなく、控訴がなかったXのYに対する請求についても確定遮断効と移審効が生じるとも思える。

しかし、通常共同訴訟(38条)である同時審判申出共同訴訟(41条)では弁論の分離・一部判決の禁止以外については通常共同訴訟人独立の原則(39条)が適用されるから、控訴不可分の原則は働かない。

そのため、控訴のなかったXのYに対する請求については、確定遮断効も移審効も生じないから、控訴期間の経過により請求棄却の原判決が確定する(116条)。

したがって、XのYに対する請求とXのZに対する請求とで審判の統

一が図られず、控訴審において X の Z に対する請求も棄却されることにより X が両負けする可能性がある。

2. 「X→Y 棄却、X→Z 認容」の場合に、Z のみならず X も控訴したとき X と Z が控訴しているため、X の Y に対する請求と X の Z に対する請求の双方について確定遮断効と移審効が生じ、これに対する不服が控訴審の審判対象となる。

そして、同時審判申出共同訴訟において各請求について各別に控訴がされると、各請求が控訴裁判所に各別に係属することになり併合関係が一旦解消されるが、控訴審においても同時審判を確保する必要性から、控訴裁判所は各請求を併合審理しなければならない（41 条 3 項）。

したがって、控訴審においても弁論と裁判が併合され、これにより事実上審判の統一が図られ、その限りで X の両負けが防止される。

（4）訴えの主観的予備的併合

訴えの主観的予備的併合とは、数人の又は数人に対する請求が実体法上両立し得ない関係にある場合に、原告の両負けを防止するために、一方を主位的請求とし、主位的請求が認容されることを解除条件として予備的請求の審判を申し立てる併合形態をいう。

例えば、本人に対する契約責任と無権代理人に対する民法 117 条 1 項の責任、占有者と所有者の工作物責任（民法 717 条）などで問題となる（なお、同時審判申出共同訴訟を用いることができない、共同被告に対する請求が事実上併存しえない場合についても問題となる。）。

〔論点 2〕 訴えの主観的予備的併合

主位的被告に対する請求認容判決の確定により予備的被告の同意なしに予備的被告に対する訴訟係属は遡及的に消滅する点や、後日再び同一請求について訴えられる可能性もある点で、予備的被告の地位が不安定であるとともに、原告の便益に比べて不公平である。

また、同時審判申出共同訴訟（41 条）の新設により、原告の両負け防止の要請はほとんど達成できる。³⁾

そこで、訴えの主観的予備的併合は認められないと解する（判例）。

B

最判 S43.3.8・百 A30

3. 必要的共同訴訟

A 基礎応用 351～359 頁

（1）意義

必要的共同訴訟とは、必ず一定範囲の者の共同訴訟としなければならない訴訟であり、「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」（40 条 1 項）に成立するものである。

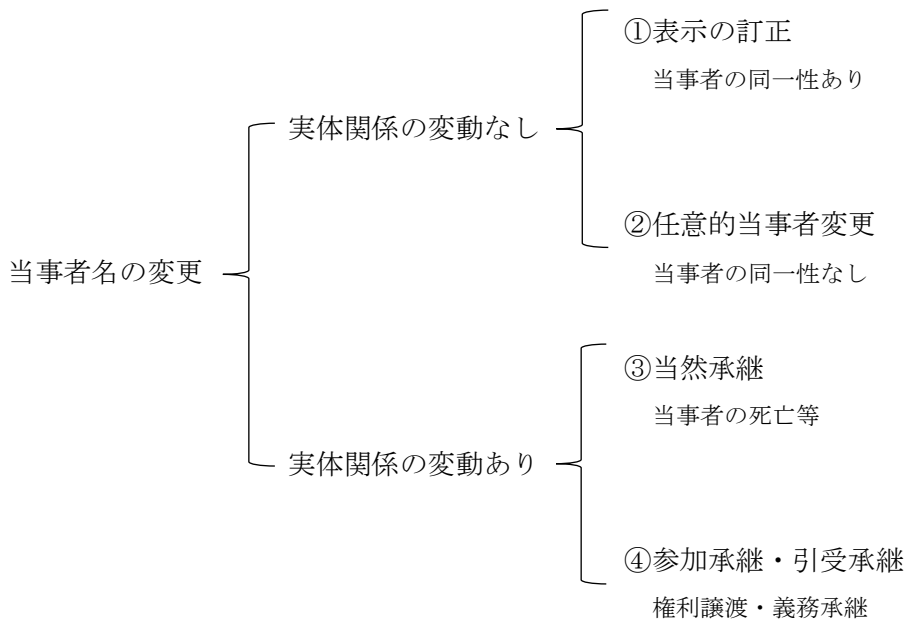
必要的共同訴訟には、一人ひとりによる個別訴訟は当事者適格を欠くものとして許されない固有必要的共同訴訟と、一人ひとりによる個別訴訟は禁じ

³⁾ 「ほとんど」とされるのは、例えば、同時審判申出共同訴訟では、審判の同時性はあるが、40 条の準用がないことから、共同被告ごとに異なる訴訟行為も許容されることとなるからである。

第15章 当事者の交替

第1節 任意的当事者変更

B 基礎応用 391～392 頁



1. 意義

当事者の交替とは、第三者が従来の当事者と入れ替わって訴訟を続行することをいう。

訴訟係属中に紛争主体たる地位の交替が生じた場合には、訴訟承継が問題となる。

これに対し、紛争主体たる地位の交替を伴うことなく、請求についての当事者が当事者適格を欠く者から当事者適格者に入れ替わる場合には、任意的当事者変更が問題となる。

任意的当事者変更とは、訴訟係属後、原告が当初の被告以外の当事者適格者に訴えを向け変え、又は当初の原告以外の当事者適格者が原告と入れ替わって訴訟を進行することをいい、「承継関係なき適格者との交替」と呼ばれることもある。

表示の訂正とは、訂正前後で当事者の同一性がないという点で異なる。また、訴訟承継とは、新旧当事者間で紛争主体たる地位の承継関係がない点で異なる。

2. 趣旨・利点

任意的当事者変更の趣旨は、訴状の訂正が認められない場合における原告の救済及び訴訟経済にある。仮にこれが認められないとすると、例えば被告とすべき者を誤った原告は別訴を提起しなければならなくなり、当事者・裁判所の従来の訴訟行為がすべて無駄となる。

任意的当事者変更の利点は、訴状の当事者の記載の訂正が認められない場合に従来の訴訟手続を継続利用できることにある。しかし、訴訟承継と異なり、

新旧当事者間には紛争主体たる地位の承継関係すら存在しないことから、続行
手続における新当事者の手続保障の観点から、当然には前当事者の訴訟上の地
位の新当事者への全面的な帰属（＝訴訟状態帰属効・訴訟状態帰属効）を認め
ることができない。

3. 論点

[論点 1] 任意的当事者変更の性質・手続

B

任意的当事者変更は、新訴の主観的追加的併合とその後における旧訴の取
下げの二つの行為の複合であり、それぞれ別個にその要件を具備する必要が
あると解する（新訴提起旧訴取下説）。

そして、新当事者双方の審級の利益との関係で、原則として第一審係属中
に限って認められると解する。もっとも、新当事者双方の同意がある場合又
は変更前後で訴訟追行主体の実質的同一である場合には、控訴審でも可能で
ある。

[論点 2] 訴訟状態帰属効

B

新当事者は旧当事者の訴訟上の地位を承継するか。

任意的当事者変更の場合には、変更前の訴訟追行は当事者適格を欠く旧当
事者により行われていたものであるから、旧当事者による代替的手続保障を
認めることができないのが通常である。

そこで、原則として訴訟状態帰属効は認められないと解する。

もっとも、旧当事者の訴訟追行を新当事者のそれと同視できる場合には、
手続保障の代行があったといえるから、訴訟状態帰属効が認められると解す
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)
- ・「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)