

1 【民事訴訟法】〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、3：2)

2  
3 次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

4  
5 【事例】

6 甲土地は、Xの所有である。

7 Yは、甲土地に乙建物を建築し、これを所有していた。Yは、その後、乙建物を3つの部分に  
8 分けて、それぞれ、A、B、C（以下「Aら3名」という。）に賃貸した。Aら3名は、Yの承諾  
9 を得て、それぞれが賃借していた建物の部分を各自増改築した。なお、増築した各部分は、それ  
10 ぞれ増改築される前から存在していた部分と一体として店舗兼居宅として利用されており、増築  
11 した各部分は構造的にも機能的にも建物としての独立性を欠き、それぞれ不可分の状態にあった。

12 Xは、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを  
13 求める訴え（①訴訟）を提起し、第一審では勝訴の判決を得た。その後、Yは控訴した。

14  
15 【事実I】

16 【事例】の控訴審において、Yから、乙建物はAら3名の増改築によってその形状が著しく  
17 変更され、乙建物はAら3名の所有に属するものとなっている旨の主張がされた。真実は、増  
18 築部分も含めて乙建物の所有権はYに帰属していたが、Xは、乙建物は増改築によって形状が  
19 著しく変更されており、増築部分も含む乙建物はAら3名の所有に属し、Yは所有しておらず、  
20 Yとの間で乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴えを維持することは不可能で  
21 あると誤認して、この訴えに換えて、甲土地についてのYの賃借権の不存在を確認することを  
22 求める訴えに変更した。

23 控訴審は、変更後の訴えにつき、甲土地についてYの賃借権が存在しないことを確認する判  
24 決をし、その判決が確定した。しかし、その後、Yが、増築部分を含めて乙建物は自らの所有  
25 であることを主張したので、Xは、Yに対して、甲土地の所有権に基づき乙建物を収去して甲  
26 土地を明け渡すことを求める訴え（②訴訟）を提起し、他方、Aら3名に対しては、甲土地の  
27 所有権に基づき乙建物から退去してその敷地部分を明け渡すことを求める訴えを提起した。

28  
29 【設問1】

30 【事例】及び【事実I】の事実関係を前提に、次の設問に答えなさい。

31 Yは、判例を踏まえれば、【事実I】の下線部の訴え（②訴訟）は却下を免れないと主張してい  
32 る。Yの主張の根拠を明らかにした上で、その主張の当否について、理由を付して答えよ。

33  
34 【事実II】（【事実I】とは別の事実関係である。）

35 【事例】の第一審の判決後、かねてから乙建物を店舗兼居宅として利用したいと考えていた  
36 第三者Dは、Yに対して、Xとの間で和解が成立するなどして乙建物を利用することができる  
37 状態になれば借り受けたいとして、その賃借を申し入れた。Yは、Dに対して乙建物を賃貸し  
38 たいと考えたことから、控訴審において、Xとの和解を申し出た。裁判所から(a)X及びYは甲  
39 土地がXの所有であること及び乙建物がYの所有であることを相互に確認する、(b)XがYに甲  
40 土地を賃貸することを相互に確認するなどの和解案が提示され、XY間で当該和解案どおりの  
41 内容の訴訟上の和解が成立し、その旨調書に記載された。

42 その後、Aら3名は乙建物を退去し、Yは乙建物をDに賃貸した。

43 〔設問2〕

44 【事例】及び【事実Ⅱ】の事実関係を前提に、次の設問に答えなさい。

45 和解交渉の際に、Yは、Xに対して、乙建物を賃貸して生計を立てていたが、現在居住してい  
46 る丙建物が取り壊されることになり、今後は自ら乙建物を店舗兼居宅として利用したいので和解  
47 に応じてほしいとの虚偽の説明をし、Xは、Yの説明を信じ、やむを得ないと考えて、和解に応  
48 じることにした。しかし、訴訟上の和解が成立した後、Xは、丙建物が取り壊される予定はなく、  
49 Yが引き続き丙建物に居住し、乙建物はDが店舗兼居宅として利用していることを知り、だまさ  
50 れたことに気が付いた。Xは、第一審では勝訴しており、控訴審がそのまま継続していれば、勝  
51 訴したと考えている。Xとしては、Yに対して、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求め  
52 たいと考えているが、この場合には、どのような手続上の手段を採ることが考えられるか。理由  
53 を付して答えよ。

## [解説]

## 設問1

設問1では、(1) Xは、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴え(①訴訟)を提起し、第一審で勝訴判決を得た、(2) Xは、訴えの交換的変更により、当初の訴えに代えて、甲土地についてのYの賃借権の不存在を確認することを求める訴えに変更した、(3) 変更後の訴えにつき、甲土地についてYの賃借権が存在しないことを確認する控訴審判決が確定した、(4) Xは、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴え(②訴訟)を提起したという最判S52.7.19(百A29)に類似する事案において、(ア) 訴えの交換的変更により①訴訟における旧請求(甲土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求)について訴えの取下げによる再訴禁止効(民事訴訟法262条2項)が生じており、かつ、(イ) その再訴禁止効が旧請求と当事者及び訴訟物を同じくする②訴訟にも及ぶのが問題となっている。

## 1. 訴えの交換的変更による再訴禁止効

訴えの交換的変更により①訴訟における旧請求についての訴訟係属が訴えの取下げの手續を要することなく当然に消滅しているのであれば、①訴訟における旧請求には訴えの取下げによる再訴禁止効が生じない。

しかし、判例は、「訴の変更の許否ということは旧訴の繫属中新訴を追加的に提起することが許されるか否かの問題であり、一旦繫属した旧訴の訴訟繫属が消滅するか否かの問題とは、係りないところだからである。もし原告がその一方的意思に基いて旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんとするならば、法律の定めるところに従いその取下をなすか、或はその請求の抛棄をしなければならない。訴は原告の任意提起するところであるが、一旦提起した訴の繫属を消滅せしめんとするには、相手方の訴訟上受くべき利益も尊重さるべきであり、原告の意思のみに放任さるべきではない。それ故法律は原告の一方的意思に基き訴訟繫属の消滅を来たすべき訴の取下、請求の抛棄等に関しては相手方の利益保護を考慮して、これが規定を設けている。…されば原告が訴提起の当初から併合されていた請求の一につき既になしたる弁論の結果これを維持し得ないことを自認しこれを撤回せんとするならば、その請求を抛棄するか、または相手方の同意を得て訴の取下をしなければならない。このことは原告が訴の変更をなし、一旦旧訴と新訴につき併存的にその審判を求めた後、旧訴の維持すべからざることを悟つてその訴訟繫属を終了せしめんと欲する場合においても、その趣を異にするものではない。果して然りとすれば原告が交替的に訴の変更をなし、旧訴に替え新訴のみの審理を求めんとする場合においてもその理を一にするものといわなければならない。何となればただ原告が訴の変更と同時に旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんと欲したというだけで、相手方保護の必要を無視して直ちに旧訴の訴訟繫属消滅の効果を認むべきいわれはないからである。」と判示しており、旧請求について本案判決を求める被告の利益を保護するために、訴えの交換的変更を訴えの追加的変更と旧請求の取下げ又は放棄との結合であると

最判 S32.2.28・百 33

捉えることにより、原告が訴えの交換的変更に伴い旧請求の訴訟係属が消滅させるためには、法律の定めるところに従い旧訴の取下げ（261条以下）又はその放棄（266条）をしなければならないと解している。

【事実I】において、旧請求について請求の放棄調書（266条）が作成されていないことから、Xは、旧請求について、請求の放棄ではなく、Yの同意を得た上で訴えを取下げた（261条1項、2項）と考えられる。

そして、Xは、訴えの交換的変更の前に、旧請求について勝訴の第一審判決を得ていたのだから、「本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた者」として、「同一の訴えを提起することができない」ことを内容とする再訴禁止効が生じる（262条2項）。

## 2. 再訴禁止効の範囲

②訴訟における請求は、①訴訟における請求と当事者及び訴訟物（土地所有権に基づく土地明渡請求権）を同じくするものであるから、「同一の訴え」に当たり再訴禁止効が及びそうである。

しかし、判例は、「民訴法237条2項は、終局判決を得た後に訴を取下げることにより裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁的趣旨の規定であり、同一紛争をむし返して訴訟制度をもてあそぶような不当な事態の生起を防止する目的に出たものにほかならず、旧訴の取下げ者に対し、取下後に新たな訴の利益又は必要性が生じているにもかかわらず、一律絶対的に司法的救済の道を閉ざすことをまで意図しているものではないと解すべきである。したがって、同条項にいう「同一ノ訴」とは、単に当事者及び訴訟物を同じくするだけではなく、訴の利益又は必要性の点についても事情を一にする訴を意味し、たとえ新訴が旧訴とその訴訟物を同じくする場合であつても、再訴の提起を正当ならしめる新たな利益又は必要性が存するときは、同条項の規定はその適用がないものと解するのが、相当である。」と判示し、再訴禁止効が生じる「同一の訴え」とは、⑦当事者及び⑧訴訟物のみならず、⑨訴えの利益又は必要性の点についての事情をも同一にする訴えを意味すると解している。

最判 S52.7.19・百 A29

その上で、本問と類似する事案において、⑦当事者及び⑧訴訟物の同一性を認める一方で、「Xが建物の附合関係等につき誤認して…訴の変更をしたのには無理からぬところがあつたものというべく、しかも、別件訴訟の確定後に至つて、Yが従前の主張を変えて…建物は自己の所有であると主張するに至つた以上、Xとしては、Yを相手方として、…建物を収去してその敷地を明渡すべきことを求めるため本訴を提起し維持する新たな必要があるものというべきである。」と判示して、⑨訴えの利益又は必要性の点についての事情まで同一にするとはいえないとして、「同一の訴え」に当たらないとした。

本問においても、同様の理由から、②訴訟は「同一の訴え」に当たらず再訴禁止効が及ばないため、訴えの取下げに伴う再訴禁止効を根拠とする「②訴訟…は却下を免れない」というYの主張は認められない。

## 設問2

設問2では、訴訟上の和解に詐欺（民法96条1項、121条）による実体法上の取消原因がある事案において、和解調書についての既判力の有無・範囲と和解無効を主張する方法が問われている。

### 1. 和解調書についての既判力の有無・範囲

訴訟上の和解が調書（＝口頭弁論調書）に記載された場合（160条、規則67条1項1号）には、「確定判決と同一の効力」が認められる（267条）。

和解調書には「確定判決と同一の効力」として執行力が認められるから、和解調書を債務名義（民事執行法22条7号）として、和解によって確定された給付請求権について強制執行をすることができる。また、形成訴訟における形成判決と同じ内容を和解条項で定めた場合（例えば、離婚訴訟において離婚する旨の和解が成立した場合など）には、和解調書には「確定判決と同一の効力」として形成力が認められる。

問題は、和解調書には「確定判決の同一の効力」として既判力も認められるかである。これは、訴訟上の和解に関する当事者の意思表示に実体法上の取消・無効原因となる瑕疵がある場合に、期日申立て（93条1項）による続行手続や後訴において意思表示の瑕疵を理由とする訴訟上の和解の無効主張が遮断されるかという形で問題となる。

確かに、相手方の地位の安定及び「確定判決と同一の効力」（267条）という文言からすれば、和解調書にも既判力を認めるべきである。

しかし他方で、自主的紛争解決方式である訴訟上の和解については、裁判所の関与には限界があり、また和解成立までの段階で両当事者にありうべき瑕疵につき十分に攻撃防御を展開することを期待することには無理がある。

そのため、訴訟上の和解については、裁判所の関与・判断に基づく判決に比べて当事者に自己責任を問い得る範囲が狭くなるというべきであるから、完全な既判力を認めることはできない。

そこで、和解調書にも既判力が認められるが、それは、実体法上の取消・無効原因がある場合にはこれを理由とする訴訟上の和解の無効主張は遮断されないという意味における制限的既判力にとどまると解する（制限的既判力説）。<sup>1)</sup>

判例も、改正前民法下において、和解調書に既判力を認める一方で、「原審は、本件和解は要素の錯誤により無効である旨判示しているから、所論のごとき実質的確定力を有しないこと論をまたない…」と述べて要素の錯誤がある場合には訴訟上の和解は無効であり既判力は生じないと解しているから、制限的既判力説と親和性のある立場である。

問題文における「和解交渉の際に、Yは、Xに対して、乙建物を賃貸して生計を立てていたが、現在居住している丙建物が取り壊されることになり、今後は自ら乙建物を店舗兼居宅として利用したいので和解に応じてほしいとの虚偽

最大判 S32.3.5、最判 S33.6.14・百  
93、上田 430 頁

<sup>1)</sup> 学説には、和解調書の既判力を認めた上で、再審事由（388条1項・2項、339条）又はこれに準ずる事由がある場合に限りて和解無効を主張できるとする既判力肯定説もある（上田 429 頁、伊藤 500～501 頁）。

の説明をし、Xは、Yの説明を信じ、やむを得ないと考えて、和解に応じることにした。しかし、訴訟上の和解が成立した後、Xは、丙建物が取り壊される予定はなく、Yが引き続き丙建物に居住し、乙建物はDが店舗兼居宅として利用していることを知り、だまされたことに気が付いた。」(44～48行目)との事情から、XY間における訴訟上の和解には詐欺(民法96条1項)による実体法上の取消原因がある。したがって、Xは、詐欺取消しを理由として訴訟上の和解の無効を主張することができる。

## 2. 無効主張の方法

上田 431～432 頁

既判力肯定説からは、和解無効の主張方法については、①再審の訴え(338条以下)に準ずる訴えを提起すべきと解することになる。

制限的既判力説からは、②期日指定申立説、③新訴提起説及び④競合説が主張される。

②期日指定申立説は、訴訟上の和解が無効であることにより、訴訟終了の合意の効力も失われ、訴訟手続が続行されるから、和解無効を主張する当事者は期日指定の申立て(93条1項)をなし、裁判所としては、取消・無効原因が存在しない場合には訴訟終了宣言判決をなし、取消・無効原因が存在する場合には審理を続行して中間判決又は終局判決の理由中で訴訟上の和解の無効を判示すべきとする見解である。この見解は、和解の無効は新たな紛争ではないから、当該和解に関与した裁判官が当事者の期日指定の申立てに基づき口頭弁論を再開して従来の手続や裁判資料を利用して当該和解の取消・無効原因の有無を審理するのが適切であることを理由とする(なお、起訴前和解の場合には、期日指定の申立ての余地がないから、新訴提起によらざるを得ない)。

③新訴提起説は、和解の無効は常に新たな紛争であるとみて、和解無効確認の訴えや(必要があれば)請求異議の訴え(民事執行法35条)によるべきとする見解である。この見解は、和解の無効は必ずしも和解に関与した裁判所で審理すべき理由はないし、期日指定申立説では、和解が上告審でなされた場合は審級の利益を奪うことになるとともに、法律審である上告審では事実審理ができないという問題にも直面することを理由とする。

④競合説は、期日指定申立てによる続行手続における和解無効の主張、和解無効確認の訴え、請求異議の訴え、さらには再審事由がある場合には再審の訴えも可能であるとする見解である。

期日指定の申立ては、最も簡便であり、従来の手続や裁判資料を利用できるという利点があるが、そのことが新訴提起の利益を常に失わせしめるとはいえない。他方で、和解の取消・無効原因の審理は確定判決についての再審や訴えの取下げの無効を争う場合に対応するとすれば、上告審での期日指定も一概に不当とはいえない。そこで、当事者の便宜と確定判決を尊重する立場から、④競合説が妥当であると考えられる。

問題文には、「Xは、第一審では勝訴しており、控訴審がそのまま継続していれば、勝訴したと考えている。」(50～51行目)とあるから、Xは、自己に有利

な裁判資料が得られている従前の訴訟手続を継続利用するために、期日指定の申立て（93条1項）を行い、従前の訴訟手続における控訴審において詐欺取消しによる和解無効を主張することを望んでいると考えられる。したがって、Xとしては、期日指定の申立てを採ることが考えられる。





[参考答案]

- 1 1. Yは、Xによる訴えの交換的変更に伴い、第一審で請求認容判決が言い渡されて  
2 いる建物収去土地明渡請求について訴えの取下げによる再訴禁止効が生じており  
3 (民事訴訟法262条2項)、この再訴禁止効が②訴訟に及ぶから、②訴訟は却下を  
4 免れないと主張していると考えられる。
- 5 2. Xによる訴えの変更は、旧請求である建物収去土地明渡請求に代えて新請求であ  
6 る甲土地についてのYの賃借権の不存在確認請求について審判を求める訴えの交換  
7 的変更であるところ、訴えの交換的変更により、旧請求についての訴訟係属が訴え  
8 の取下げ(261条)を要することなく当然に消滅するかが問題となる。
- 9 (1) 旧請求について本案判決を求める被告の利益を保護するために、訴えの交換的  
10 変更は訴えの追加的変更と旧請求の取下げ又は放棄との結合であり、原告が訴え  
11 の交換的変更に伴い旧請求の訴訟係属が消滅させるためには、法律の定めるところ  
12 に従い旧請求の取下げ(261条以下)又は放棄(266条)を要すると解する。
- 13 (2) 旧請求について請求の放棄調書(266条)が作成されていないことから、Xは、  
14 旧請求について、請求の放棄ではなく、Yの同意を得た上で訴えを取下げた(261  
15 条1項、2項)と考えられる。
- 16 3. Xは、訴えの交換的変更の前に、旧請求について勝訴の第一審判決を得ていたの  
17 だから、「本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた者」として、「同一  
18 の訴えを提起することができない」ことを内容とする再訴禁止効が生じる(262条  
19 2項)。ここで、再訴禁止効が生じる「同一の訴え」の意義が問題となる。
- 20 (1) 再訴禁止効(262条2項)の趣旨は、紛争解決の機会を自ら放棄した原告に対  
21 する制裁であるとともに、同一紛争の蒸し返しによる濫訴の防止にもある。そし  
22 て、当事者と訴訟物が同一であっても、再訴提起を正当ならしめる新たな利益又

1 は必要性があれば、再訴は原告が訴えの取り下げにより判決による紛争解決の機  
2 会を放棄した係争に関するものであるとはいえないし、濫訴にも当たらない。そ  
3 こで、再訴禁止効が生じる「同一の訴え」とは、㉗当事者及び㉘訴訟物のみなら  
4 ず、㉙訴えの利益又は必要性の点についての事情をも同一にする訴えを意味する  
5 と解する。

6 (2) ㉚訴訟の旧請求と㉛訴訟の請求とは、原告が X であり被告が Y であるから、当  
7 事者が同一である (㉗)。また、いずれの訴訟物も甲土地の所有権に基づく土地明  
8 渡請求権であり、同一である (㉘)。

9 しかし、X は、控訴審において、Y から、乙建物は A ら 3 名の増改築によって  
10 その形状が著しく変更され、乙建物は A ら 3 名の所有に属するものとなっている  
11 旨の主張がされたことに伴い、真実は増築部分も含めて乙建物の所有権は Y に帰  
12 属していたにもかかわらず、乙建物は増改築によって形状が著しく変更されてお  
13 り、増築部分も含む乙建物は A ら 3 名の所有に属し、Y は所有しておらず、Y と  
14 の間で乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴えを維持することは  
15 不可能であると誤認して、旧請求に代えて、甲土地についての Y の賃借権の不存  
16 在を確認することを求める訴えに変更することにより、旧請求を取り下げている。  
17 A ら 3 名が増築した各部分は、それぞれ増改築される前から存在していた部分と  
18 一体として店舗兼居宅として利用されており、増築した各部分は構造的にも機能  
19 的にも建物としての独立性を欠き、それぞれ不可分の状態にあったのだから、X  
20 が建物の附合関係 (民法 242 条) について上記の通り誤認して訴えの交換的変更  
21 に行ったことには無理からぬ事情がある。また、㉚訴訟の新請求に対する判決が  
22 確定した後に、Y が㉚訴訟における主張を変えて増築部分も含めて乙建物は自ら

1 の所有であることを主張するに至った以上、Xとしては、Yに対して、甲土地の  
2 所有権に基づき乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める②訴訟を提起  
3 し維持する新たな必要があるといえる。したがって、訴えの利益又は必要性の点  
4 についての事情まで同一にするとはいえない(㊦)から、②訴訟は①請求の旧請  
5 求と「同一の訴え」に当たらない。

6 よって、②訴訟には再訴禁止効が及ばないから、Yの主張は認められない。

## 7 設問2

8 1. Xは、乙建物を賃貸して生計を立てていたが、現在居住している丙建物が取り壊  
9 されることになり、今後は自ら乙建物を店舗兼住宅として利用したいので和解に応  
10 じてほしいとのYの虚偽の説明を信じ、やむを得ないと考えて、訴訟上の和解(267  
11 条)に応じたのだから、XY間の和解にはYの詐欺(民法96条1項)という実体法  
12 上の取消原因がある。

13 そして、Xは、「第一審では勝訴しており、控訴審がそのまま継続していれば、勝  
14 訴した」と考えているのだから、自己に有利な裁判資料が得られている従前の訴訟  
15 手続を継続利用するために、期日指定の申立て(93条1項)を行い、従前の訴訟手  
16 続における控訴審において詐欺取消しによる和解無効を主張することを望んでい  
17 ると考えられる。

18 2. そこでまず、和解調書(267条)に既判力が認められるか、認められるとして実  
19 体法上の取消・無効原因を理由として既判力を否定することができるかの2点が問  
20 題となる。

21 (1) 確かに、相手方の地位の安定及び「確定判決と同一の効力」(267条)という文  
22 言からすれば、和解調書にも既判力を認めるべきである。しかし他方で、自主的

1 紛争解決方式である訴訟上の和解については、裁判所の関与には限界があり、ま  
2 た和解成立までの段階で両当事者にありうべき瑕疵につき十分に攻撃防御を展  
3 開することを期待することには無理がある。そのため、訴訟上の和解については、  
4 裁判所の関与・判断に基づく判決に比べて当事者に自己責任を問い得る範囲が狭  
5 くなるというべきであるから、完全な既判力を認めることはできない。そこで、  
6 和解調書にも既判力が認められるが、それは、実体法上の取消・無効原因がある  
7 場合にはこれを理由とする訴訟上の和解の無効主張は遮断されないという意味  
8 における制限的既判力にとどまると解する（制限的既判力説）。

9 （2）この見解によると、Xは、Yの詐欺による取消しを理由として、本件和解無効  
10 を主張することができる。

11 3. 次に、和解無効の主張方法が問題となる。

12 （1）和解の無効は新たな紛争ではないから、当該和解に関与した裁判官が当事者の  
13 期日指定の申立てに基づき口頭弁論を再開して従来の手続や裁判資料を利用し  
14 て当該和解の取消・無効原因の有無を審理するのが適切である。そこで、訴訟上  
15 の和解が無効であることにより訴訟終了の合意の効力も失われ、訴訟手続が続行  
16 されると考えた上で、和解無効を主張する当事者は期日指定の申立て（93条1項）  
17 において和解の取消・無効原因を理由とする和解無効を主張し、裁判所としては、  
18 取消・無効原因が存在しない場合には訴訟終了宣言判決をなし、取消・無効原因  
19 が存在する場合には審理を続行して中間判決又は終局判決の理由中で訴訟上の  
20 和解の無効を判示するものと解すべきである。

21 （2）したがって、Xとしては、期日指定の申立て（93条1項）において詐欺取消し  
22 による本件和解の無効を主張するという手段を採ることが考えられる。 以上