

## 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 p80～87
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 p178～180

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（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 p225～227
3. 顕著な事実 p227

## 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 p241～243

## 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. 口頭弁論終了後の承継人 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

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

#### 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。

A 和田2～3頁

A 和田3～5頁

## 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

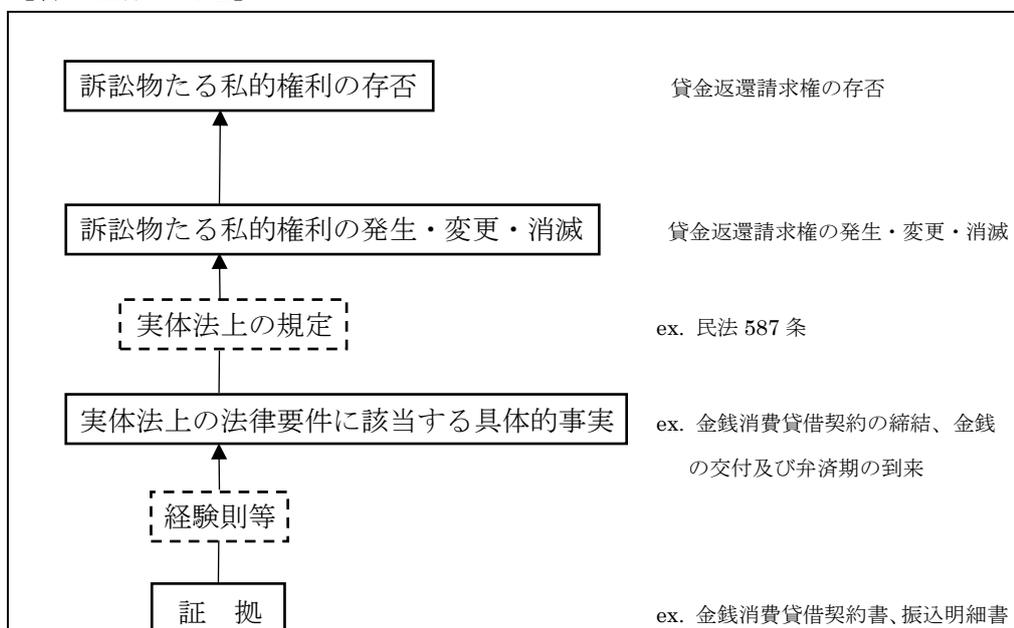
が主張する私的権利の根拠規定である実体法上の規定で定められている法律要件を満たすか否かを審理することにより、原告が主張する私的権利の存否を判断することになる。

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。<sup>1)</sup>

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。

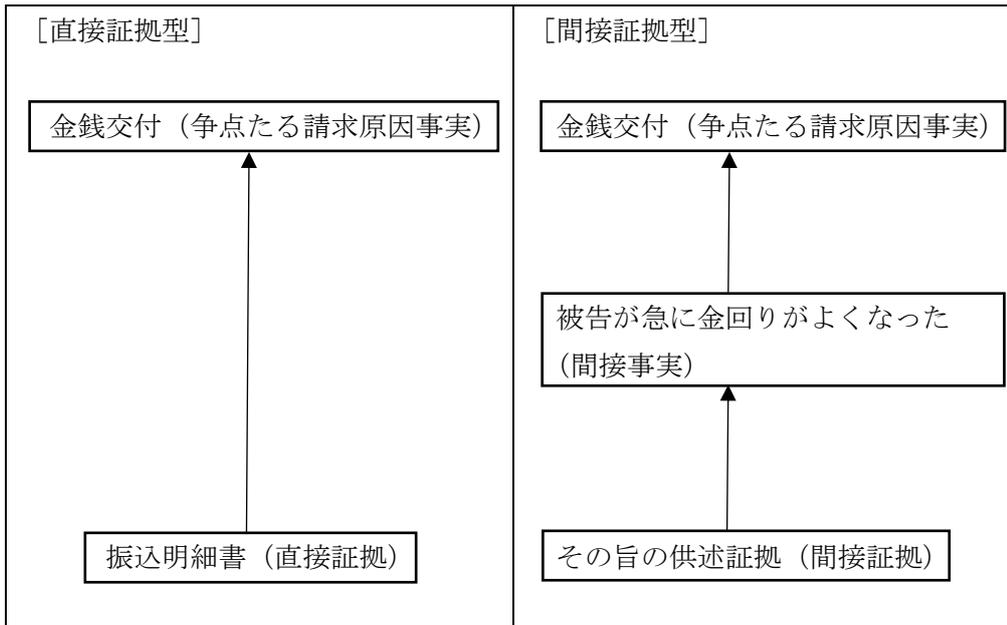
[審理全体の構造]



<sup>1)</sup> 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 211 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<sup>4)</sup>

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・立証するべき事実）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・立証するべき事実）、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（民訴法上、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が、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<sup>5)</sup>

リークエ 256 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

<sup>5)</sup> 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」といい、狭義では前者のみを指して「訴訟経済」というが、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、参加的効力（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する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

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

民法をはじめとする実体法規では、法律効果（＝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の事実に民法 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

A

新問題研究 1～9、要件事実論 30 講

1～6 頁

の事実は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一つであり、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）した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や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所有の甲建物を放火により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。<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> 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

A

司 H22 司 R4 予 H23 予 R1

A

司 H22 司 R4 予 H23

A

司 H22 司 R4 予 H23

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 96 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 123 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 85～86 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。

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、訴訟要件の一つであり、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。

もともと、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を

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)）。

求めることが考えられる。<sup>2)</sup>

(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

<sup>2)</sup> 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 821 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 983 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。<sup>3)</sup>

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 予 H23 予 R1

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）。

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

<sup>3)</sup> 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・④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 予 R1

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進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、訴訟経済及び被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 予 H23

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一つであり、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。<sup>4)</sup>

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進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追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)。<sup>5)</sup>

伊藤 124~125 頁、和田 98 頁

伊藤 124~125 頁、大判 S11.3.11・

百 5

最判 S51.3.15

<sup>4)</sup> 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 179 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。

<sup>5)</sup> 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、訴状発送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 5

百 5 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

最判 S53.9.14・百 83

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 97 頁、伊藤 124～125 頁、上田 87 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…自白が事実と反するものとして、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ると、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 第 5 版解説・4 も結論同旨

最判 S48.10.26・百 6

リークエ 99～100 頁、和田 102～103 頁

百 7 第 5 版・解説 3

C

伊藤 125～127 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

## 第7章 事案の解明

### 第1節 弁論主義

A 司 H21 司 H24 司 H25 司 H29

予 H28

A

#### 1. 総論

##### (1) 意義

弁論主義とは、裁判資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前をいう。

##### (2) 根拠

民事訴訟における紛争対象は私的自治に委ねられた私的利益であるから、紛争解決内容における当事者の意思を尊重するために、判決の基礎とされる事実について当事者に処分権を認めたのである（本質説）。

##### (3) 根拠と機能の関係

公序良俗違反など、当事者の私的処分には委ねることができない事項については、当事者の主張を要することなく、裁判所が判決の基礎にしても良いのではないかということが問題となる。

#### 2. 弁論主義の内容

A

##### (1) 主張責任

case1: X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、裁判所は、Y の当事者尋問の結果から X が Y から貸金の返済を受けているとの心証を得たため、X も Y も弁済の事実について主張していないにもかかわらず、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

##### ア. 内容

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ない（弁論主義第1テーゼ）。

弁論主義の第1テーゼにより、自己に有利な主要事実につき、それを当事者が主張しないために判決の基礎とされず、その結果、当事者は不利益を被る。この不利益を主張責任という。

ある主要事実につき当事者のいずれかが主張責任を負うかということを主張責任の分配といい、主張責任の分配は証明責任の分配に一致する。

##### [論点1] 主張共通の原則

主張責任を負う当事者の相手方から主張された事実について、主張責任を負う当事者がその主張（陳述）を援用していない場合であっても、裁判所はその事実を判決の基礎にすることができるか（相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述）。

X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、X の主張の中に X が Y から貸金の返済を受けた事実が含まれていたが、Y は弁済の事実を主張していなかった。裁判所は、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

A 司 H21 司 H25

最判 H9.7.17・百46

弁論主義は裁判所・当事者間の役割分担の規律であるから、主張責任を負わない当事者から主張された事実であっても、当事者の主張責任が果たされているといえ、裁判所はこれを判決の基礎とすることができる（判例）。

なお、判例は、「…Xがこれを自己の利益に援用しなかったとしても、適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実をしんしゃくし、Xの請求の一部を認容すべきであるかどうか…」と述べているから、事案によっては裁判所の釈明義務が問題となる。

#### 〔論点2〕 訴訟資料と証拠資料の峻別

訴訟資料と証拠資料の峻別は、弁論主義第1テーゼから導かれる当然の帰結であり、論点ではない。

訴訟資料とは、当事者の弁論から得られる裁判の資料（＝判決の基礎となりうる事実）をいい、証拠資料とは、証拠調べの結果感得される内容（＝証言内容など）をいう。

弁論主義の第1テーゼにより、証拠資料によって、訴訟資料を補充することは禁じられる。

すなわち、当事者によって主張されていない主要事実は、たとえ裁判所が証拠調べの結果その存在について心証を得たとしても（証拠から認定できるとしても）、それを判決の基礎とすることは許されない。

#### イ. 機能

第1テーゼの機能は、当事者の主張により攻撃防御の具体的な対象として明示され弁論の機会が与えられた事実だけが判決の基礎とされるという、不意打ち防止の保障にある。

#### (2) 自白の拘束力

case2: XのYに対する貸金返還請求訴訟において、Yが貸金を弁済したと主張し、XにおいてもYの弁済の事実の主張を認める旨を陳述した。にもかかわらず、裁判所は、弁済の事実は認められないと認定し、請求認容判決を言い渡した。

#### ア. 内容

裁判所は、当事者間で自白が成立した事実については当然に判決の基礎としなければならない、この意味で拘束を受ける（弁論主義第2テーゼ）。

#### イ. 根拠

弁論主義により事実について当事者に処分権が与えられていることにあると考えられる。

なお、「民事訴訟における裁判所の役割が、客観的真実の探求にあるのではなく、私的利益をめぐる紛争を当事者間で相対的に解決することにあるから、裁判所の判断も、当事者間に争いのある限度で示すことで足りるとの考慮に基づいている。その意味では、弁論主義は、当事者に対し、事実審理の範囲を限定する権能を認める（第1テーゼ）にとどまらず、この第2テーゼと第3テーゼによって、その審理内容をもコントロールする権能を認めることを意味するといえる」との説明もある。

A

講義案 121 頁

## ウ. 機能

自白事実と異なる事実認定による不意打ちが防止される。

読解 51 頁

### (3) 職権証拠調べの禁止

case3 : X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、X も Y も提出していない証拠を職権により取り調べ、その結果、弁済の事実が認められるとの心証を得たため、弁済の事実を判決の基礎として請求認容判決を言い渡した。

#### ア. 内容

裁判所が取り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）。

#### [論点3] 証拠共通の原則

A

X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、弁済の事実について証明責任を負っていない X が提出した証拠から弁済の事実が認められるとの心証を得たため、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

自由心証主義（247 条）の下では、裁判官は提出された証拠の証拠力を自由に評価できる（証拠力の自由評価）。

ここから、証拠共通の原則が導かれる。

すなわち、当事者の一方が提出した証拠は、相手方が証拠調べの結果を援用しなくても、当然に、相手方にとって有利な事実の認定に用いることもできる。

#### イ. 機能

第3テーゼの機能は、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防止することにある。

### 3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否

A

設問で、ある判決をすることの可否、ある事実を判決の基礎とすることの可否が問われている場合、以下の通り、理論体系を意識する。

設問は、概ね、(1)「〇〇との判決をすることができるか」、(2)「〇〇の事実を判決の基礎にすることができるか」、(3)「〇〇の事実を、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることができるか」に分類できる。

(1) では、少なくとも、訴訟物レベルのことが問われている。さらに、事案によっては、事実レベルのことまで問われる。

(2) では、事実レベルのことのうち、[主張の要否・有無] だけが問われているのが通常である。

(3) では、事実レベルのことのうち、[主張の要否・有無] と [証明の要否・有無] が問題となり得る。

#### [訴訟物レベル]

申立拘束原則（246 条）は、①救済する権利・法律関係、②救済の種類、③救済の順序、④救済の範囲につき、原告の申立てと判決の一致を要求する。

①は、原告が訴訟物として申し立てた権利・法律関係に対してのみ判決をすることができるというルールであり、申立拘束原則（246 条）の一内容である。このルールに例外はない。ここでは、訴訟物の内容を確定するために、旧訴訟物理論対新訴訟物理論の対立が顕在化することがある。

②は、確認・給付・形成判決のうち、いずれの判決による救済を求めるかということである。例えば、「原告：確認⇒判決：給付」は、申立拘束原則違反となる。

③は、審判順位ないし併合形態（単純併合・選択的併合・予備的併合）についての原告の自己決定が裁判所を拘束するというルールである。

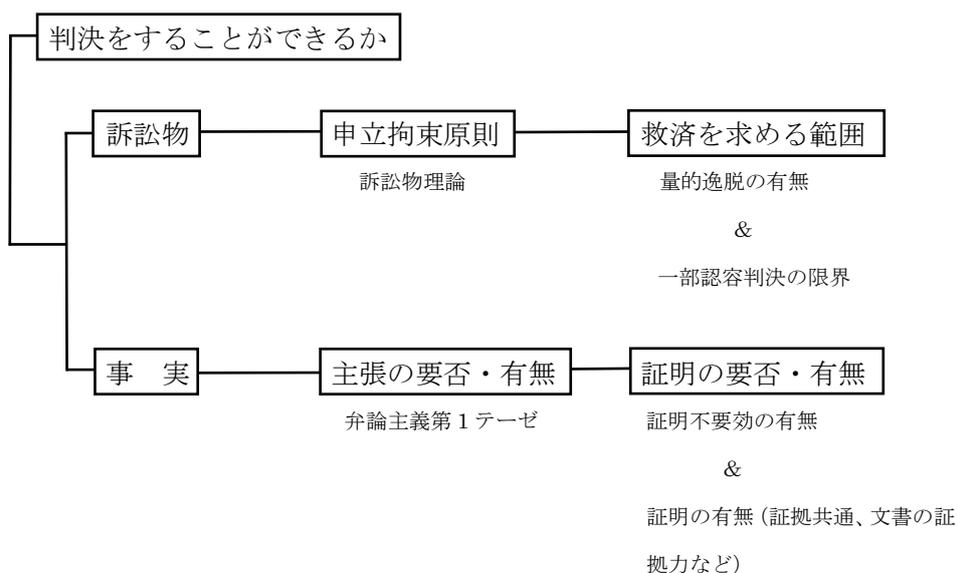
④のうち、申立事項を質的に超えること・量的に超えることは絶対に禁止される。これに対し、申立事項の枠の中で一部のみを認めることについては、当然に禁止されているわけではない。量的な一部認容は原則的に許容される。また、質的な一部認容も許容される場合がある。

[事実レベル]

①主張の要否・有無⇒②証明の要否・有無という流れで考える。

①は、ある判決をするために基礎にする必要がある事実について、(i) 当事者の主張を要するか（弁論主義第 1 テーゼの適用範囲、判決内容と要件事実の関係）、(ii) 必要であるとして当事者からの主張があったか（主張共通、細部不一致、主張の解釈、黙示的主張）という問題である。

②は、ある判決をするために基礎にする必要がある事実について、(i) 証明を要するか（裁判上の自白、擬制自白、顕著な事実）、(ii) 必要であるとして証明があったといえるか、という問題である。



(具体例)

例えば、X が Y に対して売買代金 100 万円の支払を求めて訴えを提起し、XY 間で絵画甲を代金 100 万円で売却する旨の契約を締結したと主張したところ、Y が代金額は 50 万円であったと主張したという事案において、裁判所が代金額は 80 万円であったとの心証を得て、代金 80 万円の支払を命じる一

部認容判決を言い渡したとする。

まず、訴訟物レベルのことから確認する。旧訴訟物理論では X の訴えの訴訟物は売買契約に基づく代金支払請求権（100 万円）であり、上記判決は売買契約に基づく代金支払請求権に対する判決であるから、原告が訴訟物として申し立てていない権利関係に対して判決をしたという意味で処分権主義違反になることはない。これに対し、裁判所が XY 間の契約は売買ではなく請負であったとの心証に基づいて、請負代金としての 80 万円の支払を命じる判決を言い渡すことは、旧訴訟物理論からは、原告が訴訟物として申し立てていない権利関係に対して判決をしたという意味で処分権主義違反となる（新訴訟物理論では、処分権主義違反にはならず、当事者から請負契約締結の事実が主張されていたかという弁論主義レベルのことが問題となるにとどまる。）。

次に、訴訟物レベルのこのうち、救済を求める範囲について確認する。100 万円の代金支払請求権という申立てに対して代金 80 万円の支払を命じる判決を言い渡しているのだから、判決事項が申立事項を量的に逸脱しているわけではないし、量的な一部認容の場合には原告意思に反したり不意打ちに当たることはないのが通常だから一部認容判決の限界という問題点は顕在化しないのが通常である。

さらに、事実レベルのこのうち、弁論主義第 1 テーゼについて確認する。上記判決を言い渡すためには、XY 間で絵画甲を代金 80 万円で売買する旨の契約が締結されたという主要事実が当事者によって主張されている必要があるところ、代金額が 80 万円であることは X も Y も明示的に主張していないため、代金額が 80 万円であるという主要事実についての当事者の主張の有無が問題となる。これについては、売主である原告は、契約の同一性を損なわない範囲内で明示的に主張した代金額と異なる代金額を黙示的に主張しているのが通常であると解されているから、X が 100 万円よりも低い代金額は主張しないとの意思を有している場合を除き、契約の同一性を損なわない範囲内に収まる代金額 80 万円については X により黙示的に主張されていたといえる。

最後に、事実の証明レベルのこのことについて確認する。裁判所が当事者の主張した事実を判決の基礎とするためには、その事実について証明不要効（179 条、159 条）が生じていない限り、証拠による事実認定を要する。XY 間で絵画甲を代金 80 万円で売買する旨の契約が締結されたという主要事実については、裁判上の自白も擬制自白（159 条）も成立していないし、それが「顕著な事実」（179 条）に当たるともいえないため、証明不要効（179 条）は生じないから、証拠による事実認定を要する。

類型別 3 頁

#### 4. 弁論主義第 1 テーゼの問題類型

##### (1) 問題類型

弁論主義第 1 テーゼの問題類型は、主として、①裁判所が判決の基礎にす

A

ることの可否が問われている事実について当事者双方からの主張がないことが明らかである場合、②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について主張責任を負わない当事者のみから主張されている場合、③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について当事者が主張しているのかが不明瞭である場合に分類できる。

#### ア. ①の問題類型

①では、(i) 弁論主義第1テーゼに関する一般論を示した上で、(ii) 要件事実論に従い、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実・間接事実・補助事実のいずれに該当するのかを説明する過程が重視されている。

#### (ア) 弁論主義第1テーゼに関する一般論

答案に書くべき弁論主義第1テーゼに関する一般論は、(a) 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当すること、(b) 弁論主義の一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの主張原則（弁論主義第1テーゼ）があること、(c) 弁論主義第1テーゼの対象となる事実に関する解釈である。

平成29年司法試験出題趣旨・採点  
実感

(c)につき、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実に当たる事案では、「弁論主義第1テーゼの対象となる事実には、少なくとも主要事実が含まれると解されている」とだけ書けば足りる。これに対し、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が間接事実又は補助事実に当たる事案では、「弁論主義第1テーゼの対象となる事実は主要事実に限られるのか」についてまで論じる必要がある。

平成29年司法試験出題趣旨・採点  
実感

#### (イ) 要件事実論

この問題で求められているのは、『裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の基礎とすることができない』という弁論主義の主張責任に関する原則は、主要事実について適用されるところ、主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実に当たり、そうすると、効果が同じであるから主張がなくとも代理に関する事実を判決の基礎にすることができるという判例の考え方はこれと相容れない、という論証である。(平成24年採点実感)

(イ)では、(a)「要件事実＝法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」、「主要事実＝要件事実に該当する具体的事実」という定義を前提として、(b)要件事実を抽象的に示した上で、(c)(b)で示した要件事実に従い、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実・間接事実・補助事実のいずれに該当するのかを説明する。

平成24年司法試験「民法」の採点  
実感

イ. ②の問題類型

②では、前記ア（ア）（イ）に加え、（ウ）主張共通の原則まで問われている。  
いる。

基礎応用 149 頁 [論点 1]

ウ. ③の問題類型

③では、前記アの（ア）（イ）に加え、（ウ）当事者による主張の有無まで問われている。

（ウ）には、（a）主張事実と認定事実の細部の不一致、（b）主張の解釈の限界、（c）黙示的主張といった議論がある。

（ウ）は、（ア）又は（イ）に属する問題に位置づけられることもある。

5. 弁論主義第 1 テーゼに関する論点

[論点 4] 主要事実の捉え方

かつての通説は、法規の構成要件となっている要件事実をそのまま主要事実だとし、それらを具体的に根拠づける事実は間接事実と位置付けていた。

この見解によると、たとえば、被告の運転に過失があるという主張さえあれば、両当事者が「酒酔い運転」か否かを争っているときでも裁判所は証拠調べの結果から「脇見運転」を認定できることとなるが、これは不意打ちである。

そこで、要件事実と主要事実を区別して、要件事実に該当する具体的事実が主張事実であると理解するべきではないかが問題となる。

A

A 高橋 [上] 424~426 頁

司 H19(自白) 司 H20 司 R6(自白)

弁論主義の不意打ち防止機能からすれば、主要事実とは、審理の対象となりうる事実、すなわち弁論・証拠調べの対象となりうる具体的事実でなければならない。

すなわち、弁論主義第 1 テーゼの機能は、当事者の主張により攻撃防御の具体的な対象として明示され弁論の機会が与えられた事実だけが判決の基礎とされるという不意打ち防止の保障にあるところ、法規の条文の構成要件に書かれている要件事実そのものは具体的な攻撃防御の対象となり得ない。

そこで、実体法規の条文の構成要素に該当する具体的事実が主要事実であると解する。

そうすると、①実体法規の条文の文言（「過失」「善意」など。）は法律要件、②法律要件に該当する具体的事実（当該事案における生の事実）が主要事実、③それを推認する生の事実が間接事実となる。

なお、ある要件事実を前提としてその主要事実が何であるかを考えるのは、事実認定の領域ではなく法解釈の問題（＝法規の解釈の問題・事実と法規の当てはめにおける解釈の問題）である。

[論点 5] 弁論主義は間接事実にも適用されるか

裁判所は、当事者が主張していない間接事実から当事者が主張している主要事実を推認することができるか。

X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、Y が弁済の事実を主張する一方で X は弁済の事実は存在しないと主張し、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、X も Y も主張していない間接事実から弁済の事実が認められるとの心証を得て、弁済の事実を判決の基礎として請求認容判決を言い渡した。

A

主要事実存否の判断において、間接事実は主要事実の推認に役立つものとして証拠と同じ役割を果たす。

そのため、裁判官が自由心証主義により証拠から存在するとの心証を得た間接事実について、当事者からの主張がない限りこれを事実認定に利用することができないとされるのでは、裁判官に不自然・不合理な事実認定を強いることとなり、自由心証主義が十全に機能しなくなる。

そこで、弁論主義は主要事実についてのみ適用され、間接事実には適用されないと解する。<sup>1) 2)</sup>

読解 29 頁

**【論点 6】 相続による特定財産の取得の要件事実**

A 司 H25

X は、死亡した A の唯一の相続人として A を単独相続したため、生前 A の所有に属していた甲土地を占拠している Y に対して、甲土地の所有権の確認を求める訴えを提起した。

最判 S55.2.7・百 42

X は、請求原因として、①A が死亡したこと（民法 882 条）、②X が A の子であること（民法 887 条 1 項）、③A が甲土地を所有していたことを主張すれば足りるのか。それとも、①ないし③に加えて、④A が死亡するまでの間に甲土地の所有権を失う事実（他者による時効取得、他者への売却など）がなかったことまで主張する必要があるのか。

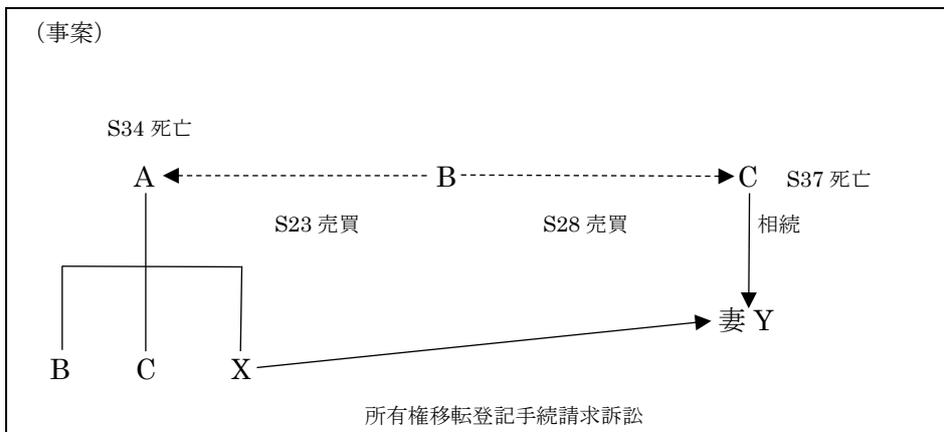
相続による特定財産の取得を主張する者は、①被相続人の生前所有（これが争われている場合には、被相続人が生前その財産の所有権を取得した事実）と、②自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実を請求原因として主張立証すれば足り、③被相続人の死亡時までの所有権喪失原因事実及び被相続人の特段の処分行為による当該財産の相続財産からの逸出はいずれも抗弁に位置づけられる（判例）。

被相続人の生前所有が肯定される以上、その後の所有権喪失事由等がない限り所有権が被相続人に帰属している状態が継続していたものと扱われるからである。

**【判例】 相続による特定財産の取得の要件事実**

B

(事案)



最判 S55.2.7・百 42

1) 学説には、弁論主義第 1 テーゼの不意打ち防止という機能面を重視して、訴訟の勝敗に影響する重要な間接事実にも弁論主義を適用するべきであるとする見解もある（高橋 [上] 380～381 頁）。

2) 弁論主義の機能面である不意打ち防止の要請に照らし、当事者が主張していない間接事実について当事者双方に主張・反論の機会を与えるために、裁判所において釈明権（149 条）を行使して当事者双方に対して当該間接事実の存否について主張・反論するか否かを確認することが釈明義務として求められることがある。

原告 X：本件土地は昭和 23 年に A が B から買い受けた

被告 Y：本件土地を B から買い受けたのは C であり、仮に A が売買代金の一部を出捐したとしてもその金銭は C に対する贈与である

原 審：昭和 28 年当時には A には本件土地の所有権を C に帰属させる意思はなかったが、昭和 34 年の A 死亡時までには登記名義どおりの C の所有権を肯認する意思を固めていたとの事実を認定し、A の C に対する死因贈与を認め、請求を棄却した。

なお、第一審は BC 売買を認めて請求を棄却している。

(要旨)

本件にて、Y は、X らの所有権取得を争う理由としては、単に土地を買い受けたのは A ではなく C であると主張するにとどまっている (A の所有権取得の主要事実に対する積極否認にすぎない) のである。

事後的な所有権喪失原因のなかったことが請求原因であると解した場合、C が A から本件土地の死因贈与を受けた事実は、主要事実の否認の理由たる間接事実となる。

しかし、事後的な所有権喪失原因のあったことが抗弁であると解されるため、上記事実は所有権喪失の抗弁の主要事実となる。

したがって、原審が、Y が原審の口頭弁論において抗弁として主張しない死因贈与の事実を認定することは、弁論主義に違反する。

#### [論点 7] 代理人による契約締結

裁判所は、代理人による契約締結の事実が主張されていない場合に、これを認定することができるか。

X は Y に対して売買代金の支払を求める訴えを提起し、X が Y との間で絵画甲を代金 100 万円で売却する旨の契約を締結したと主張したが、Y は売買契約締結の事実を否認した。裁判所は、X 及び Y の当事者尋問の結果から、X の代理人 A と Y との間で絵画甲の売買契約が締結されたとの心証を得たため、X も Y もそのような事実を主張していないにもかかわらず、X の代理人 A と Y との間で本件絵画の売買契約が締結されたという事実を判決の基礎にして、請求認容判決を言い渡した。

一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当する。弁論主義の一環として、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。

民法 99 条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に帰属させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代理行為・先立つ代理権の授与を定めている。

X の代理人 A と Y との間で絵画甲の売買契約が締結されたという事実は、これらの要件事実に該当する具体的事実であるから、主要事実に当たる。

上記事案では、上記事実が当事者 X・Y のいずれからも主張されていないから、裁判所が上記事実を判決の基礎にすることは、弁論主義第 1 テーゼに違反する。

A 司 H24 司 H29

最判 S33.7.8・百 43

(判例の位置付け)

判例は、契約が「当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはない」という理由から、契約が当事者間で成立したとの主張がなされていれば、裁判所が当事者から主張されていない代理人による契約締結の事実を認定することは、弁論主義に反しないとしている。

判例については、代理人による契約締結の事実は主要事実であるとした上で、弁論主義違反にはなるが、不意打ちのなかった認定であるとして、原判決を破棄して事件を原審に差し戻す理由とまではならないとする趣旨であると理解すべきである。

高橋 [上] 427 頁・430 頁

**[論点 8] 別口債務への弁済**

被告が弁済の抗弁を主張した場合に、裁判所は、当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることができるか。

X が Y に対して 100 万円の売買代金の支払を求める訴訟において、Y は、代金債権に対する弁済として 100 万円を支払ったと主張した。裁判所は Y の X に対する 100 万円の支払は代金債権ではなく貸金債権に対する弁済としてなされたものであるとの心証を得たため、X も Y もそのような事実を主張していないにもかかわらず、上記の心証に従って Y による代金債権に対する弁済の事実は認められないとして、請求認容判決を言い渡した。

B

最判 S46.6.29・百 A13

弁済の抗弁の要件事実としては、①債務者又は第三者が債権者に対し債務の本旨に従った給付をしたことのみならず、②その給付が当該債権（訴求債権）についてなされたことも必要であると解される（判例）。

そうすると、別口債務への弁済という事実は、②訴求債権についての弁済という抗弁事実と両立しない、抗弁事実の積極否認の理由たる間接事実に位置付けられるから、弁論主義の適用がない。

したがって、裁判所が当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることは、弁論主義には反しない。

これに対し、弁済の抗弁の要件事実は①のみで足り、別口債務への弁済は、弁済の抗弁に対する再抗弁であるとする見解によれば、別口債務への弁済の事実は、再抗弁事実として主要事実に位置付けられる。

釈明義務が問題となる余地はある。

**[論点 9] 事後的な所有権喪失原因**

事案：X が Y に対して土地所有権に基づく妨害排除請求権として土地所有権移転登記抹消登記手続を求める訴訟において、裁判所は、①X は、本件土地を Y に代物弁済した後（X→Y：代物弁済）、②A からの借入金により買い戻した上で（Y→X：買戻し）、③直ちに A のための譲渡担保に供したところ、弁済期の徒過により、所有権を喪失した（X→Y：譲渡担保＋弁済期徒過）という心証に基づいて、請求棄却判決を下した。

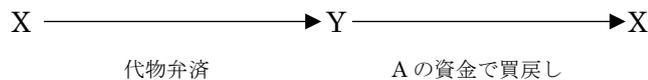
①・②については当事者から主張されているが、③については当事者から主張されていない。では、裁判所が③も判決の基礎にして請求棄却判決を言い渡す場合に、③についても当事者からの主張を要するか。

A 予 H28

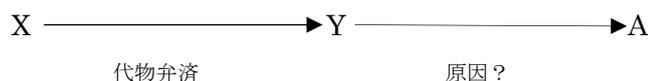
最判 S41.4.12・百 A14

訴訟物：XのYに対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転  
登記抹消登記手続請求権

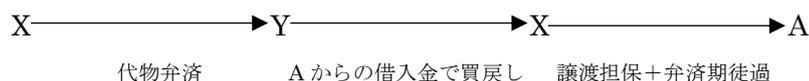
原告X：本件土地は、XからYに代物弁済した後に、Aの資金で買い戻した。



被告Y：YがXから代物弁済を受けた後、Aに移転した。なお、Xが期間内に一定の金員をAに持参すればXに売却するという契約があったが、Xは期間内に金員を持参しなかった。



原 審：Xは、本件土地をYに代物弁済した後、Aからの借入金により買い戻した上で、直ちにAのための譲渡担保に供したところ、弁済期の徒過により、所有権を喪失した。



(要旨)

原審は、①XからYへの代物弁済、②その後のXによるYからの買い戻しを認定した上で、③その後、XがAのための譲渡担保に供したという事実を認定している。

③は、所有権喪失の抗弁の要件事実①、それに対する再抗弁事実②を前提とした、事後的な所有権喪失原因であるから、再々抗弁事実(すなわち、主要事実)に位置付けられる。

したがって、当事者が主張していない③を認定し、これを判決の基礎とすることは、弁論主義に違反する。<sup>3)</sup>

百 A14 解説

#### [論点 10] 公序良俗違反

公序良俗違反(民法 90 条)という一般条項についても弁論主義が適用されるか。

例えば、XのYに対する貸金返還請求訴訟において、裁判所は、X及びYの当事者尋問の結果から、賭博資金としての貸付けであるためXY間の金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であるとの心証を得たが、XもYも賭博資金としての貸付けであることは主張していなかったという事案において、裁判所は、XY間の金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であると判断して請求棄却判決を言い渡すことができるか。

確かに、弁論主義の根拠は私的自治の訴訟法的反映にあるから、実体法上当事者の自由な処分が認められていない公序良俗違反については、弁論主義

B

最判 S36.4.27・百 44

<sup>3)</sup> 本判決については、裁判所が判決の基礎にしたい事実は③も含めて全て当事者により主張されており、その事実をどのように法的に評価・構成するかについてと当事者と裁判所との間で食い違いがあったに過ぎないとして、弁論主義違反はなく、法的観点指摘義務違反が問題になるとの見方もある(百 A14 解説)。

が後退し得る。

しかし、不意打ち防止という弁論主義の機能面から考えれば、公序良俗違反の阻却事由（評価障害事実）の存在について十分な弁論の機会を与えるべきであり、そのためには評価根拠事実についても当事者から主張される必要がある。

そこで、公序良俗違反についても弁論主義の適用があり、公序良俗違反の評価根拠事実が当事者によって主張されている必要があると解する。

他方で、公序良俗違反は規範的要件であり、規範的評価は裁判所の専権事項であるから、公序良俗違反による無効の主張までは不要であると解する（判例）。

#### 〔論点 11〕 間接反証事実

間接反証は、ある主要事実について証明責任を負う者が、経験則から見て主要事実を推認させるに十分な間接事実を証明した場合に、相手方がその間接事実とは別個の、しかもそれと両立しうる間接事実を証明することによって主要事実への推認を妨げ真偽不明に持ち込む証明活動をいう。

判例は、家屋の所有権につき両当事者が争う場合に、①その一方が常に家屋税の支払を続けてきたという事実（＝間接事実）が認められるなら、当該家屋の所有権がその当事者に帰属するという強い推定が働き、他方当事者がこれを覆すには、②所有者でない者に家屋税を負担させる内容の契約その他の特別の法律関係が存在する事実（＝間接反証事実）を証明しなければならず、②の事実は、当事者の主張がなければ裁判所は判決の基礎としてはならないとする（判例）。

しかし、間接反証事実である②は、あくまでも間接事実にすぎないから、主要事実適用説からは、弁論主義の適用はない。

#### 〔論点 12〕 権利抗弁と事実抗弁の区別

X（土地賃貸人）はY（借地人）に対して、甲土地の所有権に基づき建物収去土地明渡しを求める訴えを提起し、甲土地の賃貸借契約の終了原因について主張する一方で、訴訟提起前にYから建物買取請求権（借地借家法13条）を行使する旨の意思表示があったとも主張した。裁判所は、当該訴訟においてYから建物買取請求権を行使する旨の主張がなされていないにもかかわらず、Yによる建物買取請求権行使の事実を判決の基礎にして建物退去土地明渡しを命じる判決を言い渡すことができるか。

XはYに対して絵画甲の売買契約に基づいて絵画甲の引渡しを求める訴えを提起し、XY間における絵画甲の売買契約締結の事実について主張する一方で、訴訟提起前にYから同時履行の抗弁権を行使する旨の意思表示があったと主張した。裁判所は、当該訴訟においてYから同時履行の抗弁権を行使する旨の主張がなされていないにもかかわらず、Yによる同時履行の抗弁権の行使の事実を判決の基礎にして引換給付判決を言い渡すことができるか。

1. 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当する。

弁論主義の一環として、裁判所は、当事者によって主張されていない事

B

高橋〔上〕551頁

大判 T5.12.23・百 45

①による推定は、経験則に基づく事実上の推定にすぎないから、所有権の所在に関する証明責任が転換されるわけではない。

A 司 H21 司 H29

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）、ここでいう事実に少なくとも主要事実が含まれる。

そして、弁論主義は裁判所・当事者間の役割分担の規律であるから、主張責任を負わない当事者から主張された主要事実でも、当事者の主張責任が果たされているといえ、これを判決の基礎とすることができる（主張共通の原則）。

もっとも、権利抗弁は、権利を行使する旨の意思表示が権利主体によってなされなければ裁判所がこれを判決の基礎とすることができないという意味で、主張共通の原則の例外をなすものである。

## 2. 権利抗弁と事実抗弁をどのように区別するべきか。

権利抗弁は、相手方の請求権を根本から否定する永久的抗弁権ではなく、一時的にその請求権の作用を阻止するにすぎない延期的・停止的抗弁権であるために、その機能を発揮するためには相手方からの請求に対してその都度行使されることを要するのである。

そこで、延期的・停止的抗弁権が権利抗弁、永久的抗弁権が事実抗弁に位置づけられると解する。<sup>4) 5)</sup>

### [論点 13] 過失相殺（民法 422 条 2 項、722 条 2 項）

X の Y に対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟（請求額は 1000 万円）において、Y による相当因果関係を否定するための主張の中で X の過失が損害拡大に繋がったという事実が含まれていたが、Y は過失相殺をすべきであるとの主張はしていなかった。裁判所は、過失相殺をすることができるか（論証 1）。

4) 権利抗弁と事実抗弁の区別については、①権利抗弁は「権利者による訴訟上での権利行使の意思表示」を必要とするものであるとする見解（高橋 [上] 450～451 頁、百第 5 版 51 解説 2 (2) 参照）と、②権利抗弁は「権利者による権利行使の意思表示」を必要とするものであるとして、権利行使の意思表示の必要性を「訴訟上」におけるものに限定しない見解（和田 281 頁、リークエ 228～229 頁）がある。論証中の見解は、①を前提とするものである。

高橋 [上] 450～451 頁は、⑦取消権・解除権・建物買取請求権などの私法上の形成権は、訴訟で初めて行使される場合には、その旨の意思表示が必要であり権利抗弁である、⑧催告・検索の抗弁、同時履行の抗弁、留置権の抗弁も権利抗弁である、⑨対抗要件の抗弁も権利抗弁であるとして、権利抗弁を 3 つに分類する見解について、⑦については「訴訟外又は訴訟前に行使されていた場合には、その事実については通常の抗弁（事実抗弁）と同じとなり、訴訟内での意思表示は必要ではない。その意味では、真正でない権利抗弁だとも言う」として批判している。ここから、高橋 [上] 450～451 頁では、権利抗弁を「権利者による訴訟上での権利抗弁の意思表示」を必要とするものに限定し、訴訟外又は訴訟前における権利行使の有無により権利抗弁であるかどうかの結論が変化する私法上の形成権については真正な権利抗弁ではないとする理解に立っているといえる。

①に属する延期的・停止的抗弁権か永久的抗弁権かで区別する見解（論証中の見解）は、権利抗弁の基礎となる抗弁権の実体法的性質だけに着目して、権利抗弁と事実抗弁を区別しようとする見解である（百 51 第 5 版解説 2 (2) 参照）。これに対し、②の見解は、私法上の形成権については訴訟外又は訴訟前における権利行使の有無により（つまり、権利行使の方法により）権利抗弁該当性を判断するという意味で、権利行使の方法も考慮する見解である。

①の見解からは、私法上の形成権＝権利抗弁という関係になるわけではない。例えば、平成 21 年司法試験で出題された建物買取請求権は、行使方法を問わず、事実抗弁である。また、過失相殺は、原告の請求を原告の過失割合の限度で永久的に否定するものだから、事実抗弁となる。狭義の一般条項についても、同様である（例えば、公序良俗違反については、原告が請求原因として主張する契約（債権的請求の発生原因など）を無効ならしめ、原告の請求を永久的に否定するだから、事実抗弁である、と説明することになる）。

5) 判例は、土地賃貸人の借地人に対する建物取去土地明渡請求訴訟において、被告が予備的主張としての建物買取請求権の行使を主張しているが留置権行使の意思表示まではしていなかったという事案において、①裁判所が留置権の抗弁を判決の基礎として引換給付判決を下すためには、留置権取得の事実関係としての建物買取請求権行使の事実が訴訟上主張されているだけでは足りず、権利者である土地賃借人により留置権行使の意思表示がなされていることが必要である、②権利者による権利取得を窺わしめる事実が訴訟上現れたにもかかわらず、その権利者が訴訟上これを行使しない場合にあっては、裁判所は権利者に対しその権利行使の意思の有無をたしかめ、あるいはその権利行使を促すべき責務を負うものではないと判示している（最判 S27.11.27・百 47）。

伊藤 337 頁

百第 5 版 51 解説

A

上記の損害賠償請求訴訟において、YがXの過失を基礎づける事実すら主張していない場合、裁判所は、証拠調べの結果からXの過失が損害拡大に繋がったとの心証を得たとき、過失相殺をすることができるか（論証2）。

（論証1）過失相殺の主張の要否（権利抗弁か否か）

弁論主義の根拠は私的自治の原則の訴訟法的反映による当事者意思の尊重にあり、その機能は不意打ち防止にある。

当事者意思を尊重するのであれば、加害者が過失相殺の主張をしている場合に限り過失相殺をするべきであるし、不意打ち防止の機能面からは、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する明確な契機を与えるために加害者による過失相殺の主張を必要とするべきであるとも思える。

しかし、賠償額の減額事由である被害者の過失の存在が主張立証されているにもかかわらず、加害者からの過失相殺の主張がないことをもって過失相殺ができないとしたのでは、当事者間の公平ないし信義則という過失相殺の趣旨に照らし妥当でない。

しかも、過失相殺には、当事者間の公平ないし信義則の見地から認められるものであるという意味で、一般条項（公序良俗、権利濫用、信義則）に近い側面も認められるから、私的自治に支えられている弁論主義をある程度後退させることができる。

さらに、過失を基礎づける事実について当事者から主張されていれば、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する契機が与えられているといえるから、加害者による過失相殺の主張を不要と考えても被害者に対する不意打ちに当たるとはいえない。

そこで、過失相殺は権利抗弁ではなく事実抗弁であり、加害者からの過失相殺の主張がなくても、裁判所が過失相殺をすることが可能であると解する（判例）。

（論証2）「過失」を基礎づける事実の主張の要否

確かに、過失相殺には当事者間の公平ないし信義則の見地から認められるものであるという意味で一般条項に近い側面もあるという点を強調し、弁論主義の根拠である私的自治も弁論主義の機能である不意打ち防止の要請も譲歩するべきであるとして、裁判所は（当事者により提出された）証拠から過失の存在について心証形成することができたなら、当事者から過失を基礎づける事実についての主張がなくても過失相殺をすることができると解する余地もある。

しかし、過失相殺における「過失」は、損害賠償請求権の減額という法律効果の発生に直接必要なものとして法律（民法722条2項）が定める要件事実であり、その「過失」を基礎づける事実（ここでは、評価根拠事実）は、「過失」という要件事実該当する具体的事実として主要事実に当たる。

そうすると、本来的には、「過失」を基礎づける事実が弁論主義の適用対象である。

また、加害者による過失相殺の主張のみならず「過失」を基礎づける事実

上田 333～334 頁

高橋 [上] 457～458 頁参照 [一般条項に関する記述参照]

最判 S43.12.24・百 A15

高橋 [上] 457～458 頁参照 [一般条項に関する記述参照]、上田 334 頁

上田 333 頁、高橋 [上] 459 頁

高橋 [上] 459 頁

の主張すら不要であると考え、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する契機が全く与えられないまま裁判所により過失相殺がされる可能性もあり、不意打ち防止という弁論主義の機能を著しく害する。

そこで、「過失」を基礎づける事実には弁論主義が適用されると解する。

#### 〔論点 14〕 主張事実と認定事実との細部の不一致

当事者の主張した事実と裁判所の認定事実とは、どこまで一致していなければならないのか。

主張事実と認定事実との細部の一致まで要求すると、当事者にとって酷であるとともに、具体的事例の解決にとっても正義に反する結果を導きかねない。

そこで、弁論主義の根拠が私的自治の訴訟法的反映にあり、その機能が不意打ち防止にあることにかんがみ、主張事実と認定事実との齟齬が、①主張当事者の意思に反するものではなく、かつ、②相手方当事者に不意打ちとならないのであれば、弁論主義に反しないと解する。

#### 〔論点 15〕 主張の解釈の限界

主張事実と認定事実との間に社会観念上の同一性が認められない場合において、当事者の主張を解釈することにより、裁判所の認定事実の方に当事者の主張を合わせる事が許されるか。

弁論主義の根拠が私的自治の訴訟法的反映にあり、その機能が不意打ち防止にあることにかんがみ、当事者の主張を解釈することにより裁判所の認定事実と当事者の主張を合わせることは、①主張当事者の意思に反するものではなく、かつ、②相手方当事者に不意打ちとならないのであれば、弁論主義に反しないと解する。

(具体例)

- ・建物賃貸借契約の解約に基づく家屋明渡請求訴訟において、原告が訴え提起以前に建物賃貸借契約を解約したと主張したが、解約告知の主張事実が証拠上認められなくても、訴え提起行為自体に解約の意思表示が包含されている(判例)。
- ・被告は原告の先代から贈与を受けたと主張したが、当事者の事実上の主張の援用等口頭弁論の全趣旨によれば単純な贈与を主張したのではなく、死因贈与を主張したものである(判例)。
- ・手形法 16 条 1 項の適用を主張するには、連続した裏書きの記載のある手形を所持する事実を主張することを要するが、原告が連続した裏書きの記載のある手形を所持し、その手形に基づき手形金の請求をしている場合には、当然に手形法 16 条 1 項の適用の主張がある(判例)。

B

判例がいう「社会観念上同一性が認められる限りで」という表現は、上記①・②の要件を意味していると解し得る。

B 司 H29

最判 S27.11.27

最判 S26.2.22

最判 S45.6.24

## 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。

#### 1. 既判力の意義

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とずぎず、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控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条後段、刑訴法337条1号）とは異なる。

#### 2. 既判力の本質・根拠

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。

A

A

A

B

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の両面がある、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。<sup>1)</sup>

#### 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。<sup>2)</sup>

#### 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

<sup>1)</sup> 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。

<sup>2)</sup> 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

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。）。

A

司 H27 司 H28 予 H24 予 R4

### 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、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、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。<sup>1)</sup>

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

<sup>1)</sup> 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（基礎応用 75頁・(1)ア）。司 H21

弁以降も含む)の存否を推認する間接事実に位置付けられる場合であっても、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。<sup>2)</sup>

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。<sup>3)</sup>

### (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

<sup>2)</sup> 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、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ことと異なるから、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])。

<sup>3)</sup> 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斷されることになる。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。<sup>4)</sup>

(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

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 37①

<sup>4)</sup> 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、㉗「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、㉘「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。㉗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。㉘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との関係**

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

予 H24

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。<sup>5)</sup>

### 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 580～581  
頁等

司 H27

<sup>5)</sup> 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（訴えが不合法却下される）（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るとする前記（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。

## 第14章 多数当事者訴訟

### 第1節 共同訴訟

共同訴訟とは、一定の訴訟手続における原告又は被告、若しくはその両名が多数人によって構成される訴訟を意味する。

共同訴訟は、通常共同訴訟と必要的共同訴訟に大別される。

#### 1. 通常共同訴訟

##### [38条] 共同訴訟の要件

訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくときは、その数人は、共同訴訟人として訴え、又は訴えられることができる。訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくときも、同様とする。

case1 : 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。

case2 : X 及び Y は、Z が運転する普通自動車と衝突したことにより損害を被ったとして、共同原告となって、Z に対して損害賠償を求める訴えを提起した。

#### (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）。

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。例えば、(ア) 数人の被告に対して目的物に関する自己の所有権確認を求めるときは訴訟物が同一であり、(イ) 同一土地の数人の不法占拠者を共同被告とするときは訴訟物たるそれぞれの不法占拠者に対する明渡請求権の基礎となる原告の土地所有権が共通であり、また、(ウ) 債権者が主債務者と保証人を共同被告とするときにも訴訟物の基礎となる権利関係が共通であるといえる。

②の例としては、同一の不法行為に基づく数人の被害者による損害賠償請求や、売買の無効を原因として買主及び転得者を被告とする売主の所有権移転登記抹消登記手続請求などが挙げられる。

③の例としては、約束手形の振出人及び裏書人に対する請求や、数通の手形振出人に対する請求、数個の土地について所有者が占有者に対して明渡しを求める場合などが挙げられる。③では、共同訴訟人に関する請求相互間の関係は①・②に比べて希薄であるから、併合請求の裁判籍は認められない（7条但書）。

#### (2) 共同訴訟人独立の原則

##### [39条] 共同訴訟人の地位

共同訴訟人の一人の訴訟行為、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為及び共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。

伊藤 692 頁

A

司 H18 司 H23 司 H30 司 R2

予 H30

司 H18 司 H23 司 R2

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。

例えば、case2 において、X が訴えを取り下げる旨の陳述をした場合、その効力は XZ 間の訴訟においてのみ効力を有し、YZ 間の訴訟においては効力を有しない（その結果、XZ 間の訴訟だけが終了し、YZ 間の訴訟は存続する。）。

#### 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

A

case1 において、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礎とすることは、弁論主義に違反するはずである。

もっとも、共同訴訟人間の主張共通の原則を認めることができないか。

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ことである。

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 1 テーゼに抵触する。

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。<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> 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

## 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

case1 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。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、裁判所が取り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るか。

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。

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となるため、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、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。

また、歴史的に一つしかない事実については、その認定判断も一つしかあり得ないから、共同訴訟人間の証拠共通の原則を認めなければ、裁判所に対して矛盾した判断をさせることとなり、自由心証主義（247 条）の不当な制約となる。

そこで、共同訴訟人の一人が提出した証拠の証拠調べに関与する機会が他の共同訴訟人にも与えられているのであれば、同訴訟人間の証拠共通の原則が認められると解する。<sup>2)</sup>

A 司 H18 司 R2

高橋 [下] 370 頁～382 頁

高橋 [下] 372 頁

講義案 118 頁、高橋 [下] 372 頁

令和 2 年司法試験・採点実感

中野ほか 587～588 頁、高橋 [下] 377 頁(61)

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 90）。

<sup>2)</sup> 例えば、case1 の事案を変えて、X が Y に対する貸金返還請求訴訟と Z に対する保証債務履行請求訴訟を格別に提起した上で、Y のみが弁済の事実を証明するための証拠として受取証書を提出し、受取証書に

## 2. 同時審判申出共同訴訟

[41 条] 同時審判の申出がある共同訴訟

- ① 共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存し得ない関係にある場合において、原告の申出があったときは、弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない。
- ② 前項の申出は、控訴審の口頭弁論の終結の時までにしなければならない。
- ③ 第 1 項の場合において、各共同被告に係る控訴事件が同一の控訴裁判所に各別に係属するときは、弁論及び裁判は、併合してしなければならない。

case3 : X は、Y の代理人であると主張する Z との間で、X が所有するある動産を代金 100 万円で売却する旨の契約を締結し、その動産を Z に引き渡したにもかかわらず、Z が代金を支払わないことから、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。

### (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（＝いずれかの請求は認められるという原告の期待を保護するため）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・一部判決の禁止以外については、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。<sup>3) 4)</sup>

ex 1. 本人に対する契約上の請求と無権代理人に対する請求（民法 117 条 1 項）

➡先立つ代理権授与の事実が本人に対する契約上の請求の発生原因事由（請求原因事実）である一方で、無権代理人に対する請求の発生障害事由（抗弁）となる（民法 117 条 1 項）から、両請求の併存は法律上予定されていない。

ex 2. 工作物の占有者に対する損害賠償請求（民法 717 条 1 項本文）と所有者に対する損害賠償請求（民法 717 条 1 項但書）

についての証拠調べが終了した後に両訴訟の弁論が併合された通常共同訴訟が形成されたという場合には、Z は受取証書の証拠調べに関与していない。したがって、裁判所は、証拠調べに関与する機会がなかった Z に対して、弁論の併合後に形式的証拠力を争う機会を保障するために受取証書の成立の真正（228 条 1 項）についての認否を求めるべきであり、この手続を経なければ証拠共通の原則は働かない。

<sup>3)</sup> 伊藤 654 頁・13) では、「法律上併存し得ない関係」について、「同一の事実がある請求権を発生せしめる事実である一方で、別の請求権の発生を妨げる事実である関係」を意味すると理解されている。

<sup>4)</sup> 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は、「法律上併存し得ない関係」に当たらないから、同時審判関係は成立し得ない。もっとも、このような場合にも統一審判が望ましいのが通常であり、同時審判申出共同訴訟の制度が設けられたこと考慮すれば、実務上の運用として原告の意思を尊重し、特別の事情のない限り、裁判所は弁論の分離をしないことが要請される（伊藤 700 頁）。

A

司 H24 予 H30

予 H30

伊藤 698 頁

伊藤 698 頁

➡占有者の無過失が、占有者に対する請求の発生障害事由（抗弁）である一方で（民法 717 条 1 項本文）、所有者に対する請求の発生原因事由（請求原因）となる（民法 717 条 1 項但書）から、両請求の併存は法律上予定されていない。

ex 3. 不法行為の加害者が X 又は Y のいずれかである場合

伊藤 698 頁

➡これについては、「両者に対する損害賠償請求権が併存することはあり得ないが、事実の次元での併存が不可能であるというのみであり、…同一の事実がある請求権を発生せしめる事実である一方で、別の請求権の発生を妨げる事実である関係が認められない」として、「法律上両立し得ない関係」が否定されると説明されている。前述した定義に即した説明をするならば、一方に対する損害賠償請求の発生原因事由（請求原因事実）は他方に対する損害賠償請求の発生障害事由（抗弁）とならないから、「法律上両立し得ない関係」は認められない、と説明することになる。

ex 4. X との間で売買契約を締結した者が Y なのか Z なのかという形で、契約の相手方が Y なのか Z なのか争われている事案

リークエ 550 頁

➡Y に対する請求の請求原因事実である XY 間での売買契約締結の事実は、Z 社に対する請求の抗弁事実ではなく、XZ 間での売買契約締結という請求原因事実の否認の理由たる間接事実（XZ 間での売買契約締結という請求原因事実の不存在を推認しうる間接事実）にすぎないというように、一方に対する請求の請求原因事実は他方に対する請求の請求原因事実の否認の理由にすぎないから、「法律上併存し得ない関係」は認められない。

### （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。

高橋 [下] 408 頁

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 2〕 控訴審における両負け防止の可能性

A 司 H24

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。

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）審判の規律

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。

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、Yが請求を認諾する旨の陳述をした場合には、XY間の訴訟においてのみ請求の認諾の効力が生じ、訴訟が終了することになる。

また、XがXY間の訴訟において代理権の存在について主張する一方で、Yが代理権の存在を争う旨の主張をしていたが、ZがXZ間の訴訟において代理権の存在について主張していないという場合において、裁判所が代理権が存在するとの心証を得たときには、裁判所がXY間の訴訟において代理権が存在すると認定して請求を認容するとともに、XZ間の訴訟において代理権が存在すると認定して請求を棄却することは、XZ間の訴訟との関係で弁論主義第1テーゼに違反することになる（したがって、裁判所は、双方の請求を認容する判決を言い渡すことになる。）。

### （5）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 3] 訴えの主観的予備的併合の肯否**

これについては、以下の理由から否定すべきである（判例）。

- ①主位的被告に対する請求認容判決の確定（予備的請求の審判申立ての解除条件の成就）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、及び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。
- ②また、主観的予備的併合も通常共同訴訟である以上、上訴の効力は他の共同訴訟人に及ばないから（39 条）、判決の統一は上訴審においては保障されない。
- ③さらに、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。<sup>5)</sup>

伊藤 698 頁

B 予 H30

最判 S43.3.8・百 A28

**3. 必要的共同訴訟**

**[40 条] 必要的共同訴訟**

- ① 訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合には、その一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみその効力を生ずる。
- ② 前項に規定する場合には、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為は、全員に対してその効力を生ずる。
- ③ 第 1 項に規定する場合において、共同訴訟人の一人について訴訟手続の中断又は中止の原因があるときは、その中断又は中止は、全員についてその効力を生ずる。
- ④ …略…

**(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られないがたまたま共同訴訟となった場合には裁判資料の統一・手続進行の統一が図られることになる類似必要的共同訴訟とがある。

講学上、一定範囲の者の共同訴訟となることが要求されることを「訴訟共同の必要」、40 条により裁判資料の統一・手続進行の統一が要求されることを「合一確定の必要」と呼ぶ。

A

高橋 [下] 314～356 頁

<sup>5)</sup> 「ほとんど」とされるのは、同時審判申出共同訴訟では審判の同時性はあるが 40 条の準用がないため、共同被告ごとに異なる訴訟行為も許容されるからである。

## 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」第2版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第3版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「新民事訴訟法」第6版(著:新堂幸司-弘文堂)
- ・「民事訴訟法」第7版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第8版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第4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」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事訴訟法講義案」3訂版(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第6版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(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)